

ISSN 1870-4670
eISSN 2448-7899

Revista Latinoamericana de Derecho Social

Núm. 39, julio-diciembre de 2024



Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Directora

Dra. Mónica González Contró

Secretario académico

Dr. Mauricio Padrón Innamorato

Jefa del Departamento de Publicaciones

Mtra. Wendy Vanesa Rocha Cacho

Coordinación de Revistas

Mtro. Ricardo Hernández Montes de Oca

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

Cuidado de la edición: Celia Carreón Trujillo, Enrique Rodríguez Trujano, Alejandro Montiel

Formación en computadora: Ricardo Hernández Montes de Oca



REVISTA LATINOAMERICANA DE DERECHO SOCIAL

Directora

Patricia Kurczyn Villalobos

Subdirector

Alfredo Sánchez-Castañeda

COORDINACIÓN EDITORIAL

Ricardo Hernández Montes de Oca

Coordinación de Revistas

CONSEJO EDITORIAL

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

CONSEJO ASESOR

José Fernando Franco González-Salas; Porfirio Marquet; Diego Valadés; Jorge Witker.

MIEMBROS FUNDADORES

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

VOCAL

Miguel Ángel Pastrana González.

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

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

Número de 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

Asistentes

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

Teléfono: 56227250 / ext. 85231

E-mail: rlds.ij@unam.mx

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

Primera edición: 28 de agosto de 2024

2024. Universidad Nacional Autónoma de México

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Círculo Maestro Mario de la Cueva s/n

Ciudad de la Investigación en Humanidades

Ciudad Universitaria, Coyoacán, 04510 Ciudad de México

Hecho en México

ISSN 1870-4670

eISSN 2448-7899

Contenido

Artículos

La accidentalidad del mercado laboral argentino: relaciones entre género, actividad económica y tipo de incapacidad laboral	3
Ana M. Sánchez-Sánchez	
David Ruíz-Muñoz	
Francisca J. Sánchez-Sánchez	
El principio de irrenunciabilidad en el código del trabajo chileno	21
Pedro Pablo Irueta Uriarte	
Una propuesta para convertirnos en detectives espaciales del derecho laboral: hacia una espacialización del derecho del trabajo	61
Andrés Rodríguez Morales	
Constitucionalismo digno: derechos sociales y dignidad humana en la Corte Constitucional Colombiana.	107
Johnny Antonio Dávila	
La huella del razonamiento jurídico-social.	139
Carlos Ortega-Laurel	
Víctor Amaury Simental Franco	

Sinergias y posibilidades para edificar el derecho a la mejora continua de las condiciones de vida en la Corte Interamericana de Derechos Humanos	165
Isaac de Paz González	
Un seguro de desempleo para México	197
Verónica Lidia Martínez Martínez	
Tiempo, teletrabajo y desconexión digital: una reflexión a partir de la reforma en materia de teletrabajo en México . .	225
Eduardo Pérez Alonso	
Walkability legal workers in CAS COVID-to-CAS regular in Peru. Processes and perspectives	267
Michael Lincoln Trujillo Pajuelo	
Liliana Rocío Rimapa Navarro	
Yolanda María Pinto Bouroncle	
Yanira Guisella Lázaro Ortiz	
El servicio social en salud del Perú: ni discriminatorio ni inconstitucional	287
Luis García-Westphalen	
Julio Francisco Villarreal	
El buen vivir y la economía feminista como alternativa al desarrollo.	309
César Alveiro Montoya Agudelo	
Pastor Emilio Pérez Villa	
Ana Cristina Ortega Barro	
Jhon Jaime Arango Benjumea	
Víctor Hugo Uribe	

*Comentarios
legislativos y/o jurisprudenciales*

El acoso laboral en el derecho ecuatoriano	371
María Claudia Sánchez Vera	
Karla Ayerim Yáñez	
Frank Luis Mila Maldonado	

La dignificación plena del trabajo doméstico asalariado: pasos adelante y tareas pendientes. Un repaso a las últimas reformas en España desde la perspectiva del feminismo jurídico.	395
Adoración Guamán Hernández	

Informe

Informe: seguridad social en México, 2023	449
Gabriela Mendizábal Bermúdez	

Reseñas

Escoffié, Carla, <i>País sin techo</i>, México, Grijalbo, 2023, 320 pp.	493
Teresa Isabel Jauregui Barajas	

Artículos

La accidentalidad del mercado laboral argentino: relaciones entre género, actividad económica y tipo de incapacidad laboral

The accident rate in the Argentine labor market: relationships between gender, economic activity and type of work incapacity

Le taux d'accidents sur le marché du travail argentin: relations entre sexe, activité économique et le type d'incapacité professionnelle

Ana M. **Sánchez-Sánchez**

 <https://orcid.org/0000-0002-6591-954X>

Universidad Pablo de Olavide. España

Correo electrónico: amsansan@upo.es

David **Ruiz-Muñoz**

 <https://orcid.org/0000-0003-4538-7774>

Junta de Andalucía. España

Correo electrónico: david.ruiz.m@juntadeandalucia.es

Francisca J. **Sánchez-Sánchez**

 <https://orcid.org/0000-0001-5325-3667>

Universidad Pablo de Olavide. España

Correo electrónico: fsansan@upo.es

Recepción: 28 de noviembre de 2022

Aceptación: 9 de abril de 2024

DOI: <https://doi.org/10.22201/ij.24487899e.2024.39.19470>

RESUMEN: Introducción: La incapacidad laboral, y la consiguiente dependencia de los empleados, es uno de los desafíos más notables que se plantean actualmente dentro del ámbito laboral, debido a los costes directos e indirectos motivados por las ausencias de los trabajadores. Objetivo: Detectar posibles relaciones entre el género del trabajador y el sector económico donde desarrollan su actividad profesional, respecto a las tipologías de incapacidades laborales devengadas (permanentes o temporales) dentro del mercado laboral argentino en el año 2015. Método: Para el análisis de las variables y de sus relaciones se han empleado los modelos de elección discreta binaria, más concretamente el modelo conocido como *logit*, cuyo uso está ampliamente contrastado dentro del ámbito del estudio de los riesgos y accidentes laborales y de la investigación sanitaria. Resultado: Se obtiene la evidencia de que los hombres son más propensos a sufrir procesos de incapacidad permanente que las mujeres. Igualmente, se demuestra que hay determinados sectores económicos donde la probabilidad de sufrir incapacidades laborales de tipo permanente es mayor que en otros. Conclusiones: Se evidencia la necesidad de aportar una perspectiva de género en los planes de prevención de riesgos laborales.

Palabras clave: salud laboral, ausencia por enfermedad, género, incapacidad laboral, riesgos laborales, sectores de actividad.

ABSTRACT: Introduction: Work incapacity and the consequent dependence of employees, is one of the most notable challenges currently posed within the labour sphere, due to the direct and indirect costs motivated by worker absences. Objective: To detect possible relationships between the gender of the worker and the economic sector where they carry out their professional activity with respect to the types of work incapacity accrued (permanent or temporary), within the Argentinean labour market in 2015. Method: Binary discrete choice models were used to analyse the variables and their relationships, more specifically the so-called logit model, the use of which is widely contrasted within the field of the study of occupational risks and accidents and health research. Results: Evidence is obtained that men are more likely to suffer permanent incapacity processes than women. It is also shown that there are certain economic sectors where the probability of suffering permanent work incapacity is greater than others. Conclusions: There is evidence of the need to include a gender perspective in occupational risk prevention plans.

Keywords: occupational health, sick leave, gender, incapacity for work, occupational risks, sectors of activity.

RÉSUMÉ: Introduction: L'incapacité de travailler et la dépendance des employés qui en résulte est l'un des défis les plus notables qui se posent actuellement sur le lieu de travail, en raison des coûts directs et indirects causés par les absences des travailleurs. Objectif: Détecter les relations possibles entre le sexe du travailleur et le secteur économique où

il exerce son activité professionnelle en ce qui concerne les typologies d'incapacité de travail accumulées (permanentes ou temporaires) sur le marché du travail argentin en 2015. Méthode : Pour l'analyse des variables et de leurs relations, des modèles de choix binaires discrets ont été utilisés, plus précisément le modèle dit logit, dont l'utilisation est largement contrastée dans le domaine de l'étude des risques professionnels et des accidents du travail et de la recherche en santé. Résultat: Il est prouvé que les hommes sont plus susceptibles de souffrir d'une invalidité permanente que les femmes. Il est également démontré qu'il existe certains secteurs économiques où la probabilité de souffrir d'incapacité permanente de travail est plus élevée que dans d'autres. Conclusions: La nécessité d'intégrer une perspective de genre dans les plans de prévention des risques professionnels est évidente.

Mots clés: santé au travail, genre, incapacité de travail, risques professionnels, secteurs d'activité

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Materiales y métodos.* III. *Resultados.* IV. *Discusión.* V. *Conclusiones.* VI. *Bibliografía.*

I. Introducción

La discapacidad laboral, y la dependencia de los empleados incapacitados, constituye uno de los retos más relevantes a los que se enfrenta actualmente el mercado laboral, en gran medida debido al creciente envejecimiento de la población. Las incapacidades generan un gasto directo originado por los subsidios derivados, a lo que hay que añadir los costes de la atención sanitaria y los años de vida productiva perdidos.¹ La Organización Internacional del Trabajo (OIT) estima que los accidentes y las enfermedades profesionales provocan una pérdida del 4 por ciento del producto interior bruto (PIB). Es decir, cerca de 2.8 billones de dólares en costos directos e indirectos de los accidentes y las enfermedades, siendo los accidentes de trabajo, la principal causa del absentismo laboral.²

¹ Duran, Xavier *et al.*, "Occupational factors associated with the potential years of working life lost due to a non-work related permanent disability", *Work*, Estados Unidos, vol. 45, núm. 3, 2013, pp. 305-309, <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/23241695/>.

² Organización Internacional del Trabajo, *Urge una acción mundial para combatir las enfermedades profesionales*, 2013, http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/news/WCMS_211645/lang-es/index.htm.

Según la OIT, en el año 2014 cada 15 segundos se produjo la muerte de un trabajador, a causa de accidentes o enfermedades relacionadas con el trabajo; y en ese mismo periodo de tiempo, 153 trabajadores padecieron un accidente laboral. Es decir, 6300 personas murieron diariamente a causa de accidentes o enfermedades laborales.

Estos accidentes laborales y enfermedades profesionales pueden derivar en una incapacidad temporal transitoria del trabajador, es decir, el trabajador se encuentra impedido temporalmente para el trabajo, por lo que necesita de asistencia médica. Por otro lado, el accidente laboral puede llevar a la incapacidad permanente, situación en la que el trabajador, después de haber estado sometido a tratamiento médico, presenta reducciones anatómicas o funcionales graves, susceptibles de determinación objetiva y presumiblemente definitivas que disminuyan o anulen su capacidad laboral. Estas reducciones pueden provocar al trabajador una incapacidad en alguno de los siguientes grados: incapacidad permanente en grado parcial, incapacidad permanente en grado total, incapacidad permanente en grado absoluto o incluso a una gran invalidez.

Los accidentes laborales pueden generarse por factores inmediatos o básicos: inmediatos son aquellos que dan lugar a un accidente de modo directo, y están originados por actos inseguros, como pueden ser comportamientos inadecuados de los trabajadores y condiciones inadecuadas, como instalaciones, equipos, herramientas y maquinaria que no estén en buen estado, provocando riesgos de sufrir un accidente a los trabajadores.

Por lo anteriormente expuesto, es importante poder identificar situaciones potenciales de riesgo o actuaciones incorrectas o indebidas, por parte de los empleados, generadas, en muchas ocasiones, por la automatización de tareas o por una normalización del riesgo. Esto provoca que, en determinadas situaciones, las instrucciones existentes para evitar las situaciones de riesgo no sean tenidas en cuenta por los empleados, convirtiéndose esta actitud en un factor potenciador de los accidentes laborales.

Por su reciente relevancia tras la pandemia COVID-19, deben destacarse las condiciones inadecuadas en las que están desarrollando habitualmente sus tareas, cierto tipo de empleados, los teletrabajadores. Se entiende al *teletrabajo* como una actividad laboral que se desarrolla fuera de las instalaciones de la empresa, con el uso de tecnologías de la información y de la comunicación; sin embargo, una gran parte de este tipo de empleados no dispone de los medios básicos adecuados, como mesas y sillas ergonómicas, ni de las condiciones

básicas para desarrollar sus tareas.³ Para la búsqueda de una solución efectiva de los accidentes laborales es primordial analizar y controlar las causas básicas, que derivan en las causas inmediatas integradas por factores personales, como hábitos de trabajo erróneos, uso inadecuado de equipos, herramientas e instalaciones, defectos físicos o mentales, y factores del trabajo, como supervisión y liderazgo deficiente, políticas, procedimientos, guías o prácticas inadecuadas, o planificación o programación inadecuada del trabajo.⁴

Una variable importante a valorar, en el análisis de las incapacidades laborales, es el género del trabajador, ya que los resultados de este tipo de análisis permitirían desarrollar medidas de prevención más eficientes.⁵ Sin embargo, para el desarrollo de este tipo de análisis, se plantea la dificultad de que un gran porcentaje de países no suministran estadísticas sobre las enfermedades profesionales, y sólo una minoría de ellos recoge datos desglosados por género. Esto dificulta, no sólo la identificación de accidentes y enfermedades profesionales que afectan específicamente a las mujeres y los hombres, sino que obstaculiza la elaboración de medidas de prevención eficaces para todos.

Cabe destacar que, a pesar de la existencia de leyes relativas a las buenas prácticas para el mantenimiento de las condiciones de trabajo y un entorno seguro para los trabajadores y zonas próximas a los centros de trabajo, la baja participación de los trabajadores disminuye su efectividad, dando lugar a una elevada

³ Cockburn, William y Hurtado, Miren, “Perspectiva europea sobre los riesgos laborales en el ámbito del teletrabajo”, *Archivos de prevención de riesgos laborales*, España, vol. 24, núm. 2, 2021, pp. 95-98, <https://archivosdeprevencion.eu/index.php/aprl/article/view/119>.

⁴ Vicente-Herrero, Ma. Teófila *et al.*, “El teletrabajo en salud laboral”, *Revista CES Derecho*, Colombia, vol. 9, núm. 2, 2018, pp. 287-297, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6805230>.

⁵ Organización Internacional del Trabajo, *Investigación de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales. Guía práctica para inspectores del trabajo*, Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 2015, https://www.ilo.org/global/topics/safety-and-health-at-work/resources-library/publications/WCMS_346717/lang-es/index.htm; Campos, Ana Isabel, “La incidencia del género en la prevención de riesgos laborales”, *Anuario jurídico y económico escorialense*, España, núm. 54, 2021, pp. 119-146, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8162267>; Superintendencia de Riesgos del Trabajo, *Informe sobre la situación de género en el sistema de riesgos del trabajo*, Argentina, Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, 2022, <https://www.srt.gob.ar/estadisticas/genero/anual/Informe%20Situaci%C3%B3n%20de%20Genero%20A%C3%B1o%202021.pdf>

mortalidad por accidentes de trabajo, especialmente en los países en desarrollo o emergentes.⁶

Si nos centramos en el caso específico del mercado laboral argentino, donde la clase obrera ha marcado su evolución durante gran parte del siglo XX, a pesar del cambio de las reglas macroeconómicas, se consolida una estructura segmentada que debilita al conjunto. Mientras que los nuevos acuerdos políticos y sociales no han fructificado en un programa que modifique las consecuencias de la restauración neoliberal,⁷ la accidentabilidad ha estado marcada por la última ley dictada en este ámbito —la Ley 24.557 sobre Riesgos del Trabajo (LRT)—,⁸ promulgada en 1995, y mediante la cual se pretendían alcanzar los siguientes objetivos: reducción de la siniestralidad laboral a través de la prevención de los riesgos derivados del trabajo; reparación de daños derivados de accidentes laborales y de enfermedades profesionales (incluyendo la rehabilitación del trabajador damnificado); promoción de la recalcificación y de la recolocación de los trabajadores damnificados; y promoción de la negociación colectiva laboral, para la mejora de las medidas de prevención y de las prestaciones reparadoras.

Esta ley proporciona una serie de medios para facilitar los objetivos propuestos, como son: la creación de un seguro social obligatorio gestionado por agentes privados (ART), favoreciendo la competencia y garantizando protección oportuna e inmediata al trabajador, facilitando prestaciones médicas (asistencia médica y farmacéutica, prótesis y ortopedia, rehabilitación, recalcificación profesional, servicio funerario) y prestaciones monetarias; y la creación de la Superintendencia de Riesgos del Trabajo (SRT), una entidad autárquica, dependiente del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de la Nación.

⁶ Santana, Vilma Sousa *et al.*, “Accidentes de trabajo fatales y violencia interpersonal en Brasil, 2000-2010”, *Salud Colectiva*, Buenos Aires, vol. 9, núm. 2, mayo-agosto, 2013, pp. 139-149, <https://www.redalyc.org/pdf/731/73129415002.pdf>; Álvarez, Sonia *et al.*, “Comportamiento de la accidentalidad y enfermedad laboral en Colombia 1994-2016”, *Revista de la Asociación Española de Especialistas en Medicina del Trabajo*, España, vol. 28, núm. 1, 2019, pp. 10-19, <https://repository.javeriana.edu.co/handle/10554/51706>.

⁷ Salvia, Agustín y Gutiérrez, Pablo, “La estructura social del trabajo en Argentina en el cambio de siglo: cuando lo nuevo no termina de nacer”, *Papeles de Población*, México, vol.19, núm.76, abril-junio, 2013, pp. 163-200, https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_artext&pid=S1405-74252013000200006

⁸ Superintendencia de Riesgos del Trabajo, *Ley de Riesgos del Trabajo*, publicada en el *Boletín Nacional* el 4 de octubre de 1995, <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/ley-24557-27971>

La aplicación de dicha LRT, ha generado resultados positivos en aspectos relacionados con la disminución de la accidentabilidad. Los índices de incidencia de fallecimientos han experimentado una tendencia descendente desde su inicio, al igual que el índice de incidencia de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, desde 1997. Esto contrasta con la cantidad de coberturas, que asciende de manera constante; lo cual indica que, en términos relativos, la situación de accidentabilidad ha mejorado desde la implementación de la LRT.

Más recientemente, se ha procedido a la aprobación de una reforma de ley a las Aseguradoras de Riesgos de Trabajo para reducir juicios laborales,⁹ con la finalidad de disminuir la cantidad de juicios laborales en Argentina, que se han incrementado de forma exponencial desde el año 2003. Mediante esta norma, se ha establecido que, las demandas por accidentes laborales, deben obtener el aval de una comisión médica especial antes de pasar a la vía judicial.

Lo anteriormente expuesto demuestra la oportunidad de estudiar la accidentalidad en el mercado laboral argentino, centrándonos en el análisis del tipo de incapacidad laboral que los accidentes pueden provocar. Por ello, se plantean dos objetivos: primero, analizar, con base en los accidentes laborales, la relación existente entre variables tales como el género del trabajador, el tipo de actividad económica desarrollada, y el tipo de incapacidad laboral devengada; segundo, determinar las probabilidades de que el trabajador sufra un accidente laboral que lo lleve a una incapacidad de tipo permanente, proporcionándose dichas probabilidades por género y por actividad económica.

Estos análisis permitirán extraer conclusiones, con los que se podrán establecer planes de actuación de mejora en los sectores económicos con mayor incidencia de incapacidad de tipo permanente.

II. Materiales y métodos

Se realiza un estudio descriptivo y transversal, analizando distintos factores que pueden influir en el tipo incapacidad laboral, como los sectores de actividad económica o el género de los trabajadores. Los datos usados para el estudio han

⁹ Superintendencia de Riesgos del Trabajo, *Decreto 54/2017: Riesgos del Trabajo*, publicado en el *Boletín Oficial de la República Argentina* el 20 de enero de 2017, <https://www.boletinoficial.gob.ar/#!DetalleNorma/158154/20170123>

sido facilitados por la OIT a través de su base de datos denominada ILOSTAT; y más específicamente, los datos relativos al tema de seguridad y salud en el trabajo para Argentina, en el año 2015.¹⁰ El año objeto de nuestro análisis presenta la particularidad de la incorporación obligatoria al mercado laboral de empleados del hogar o trabajadores de casas particulares, lo que supuso el ingreso de 490,991 empleados al Sistema de Riesgos del Trabajo (SRT). El SRT dio cobertura en 2015 a 9,674,909 trabajadores, registrando un total de 422,373 accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, que conforman nuestra población objeto de estudio, de los cuales el 88.8 % sufrieron incapacidad temporal y el 11.2 % incapacidad permanente. De la población, el 21.5 % son mujeres, y el 78.5 % restante corresponde a hombres. En cuanto a la actividad económica, el 6.3 % de la población se dedica al sector de la agricultura, el 21.1 % a las manufacturas; el 11.7 % a la construcción; el 1.9 % a la explotación de minas y canteras, suministros de electricidad, gas y agua; el 30.3 % al comercio, transporte, hoteles, restaurantes y actividades empresariales, y el 28.8 % a administración pública y servicios y actividades comunales y sociales.

Para conseguir el objetivo planteado en el trabajo, vamos a utilizar los modelos de elección discreta binaria. Estos modelos determinan la elección o toma de decisión por parte de un individuo, entre diversas alternativas posibles. Si estas son solamente dos —como sería en nuestro caso— hablaremos de modelos de elección binaria; en concreto, del modelo conocido como *logit*, cuyo uso está ampliamente contrastado dentro del ámbito del estudio de los riesgos y accidentes laborales¹¹ y de la investigación sanitaria.¹²

El modelo identifica los factores que provocan el comportamiento de un individuo como respuesta a una causa o ante un proceso de decisión determinado. El modelo *logit*, es un modelo de elección binaria no lineal, basado en la

¹⁰ Disponible en: http://www.ilo.org/ilostat/faces/ilostat-home;ILOSTATCOOKIE=3pEGm1bzYyoGxw8bGaVTbyVUu3yEcrai9Mqa1EwKcJNSjwWt4bor!1186549031?locale=es&_adf.ctrl-state=1dk3889jby_33&_afLoop=12619643149622&_afWindowMode=0&_afWindowId=null#!%40%40%3F_afWindowId%3Dnull%26

¹¹ Bedoya-Marrugo, Elías A., *et al.*, “Modelo Logit para la Presencia de Problemas Osteomusculares en Trabajadores del Sector Hospitalario”, *Información Tecnológica*, Chile, vol. 30, núm. 2, 2019, pp. 181-188, https://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-07642019000200181&script=sci_abstract

¹² Lee, Jaehoon y Little, Todd D., “A practical guide to propensity score analysis for applied clinical research”, *Behaviour Research and Therapy*, Estados Unidos, vol. 98, 2017, pp. 76-90, <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S0005796717300141>

función de distribución logística. La estimación del modelo proporciona la probabilidad de elegir la opción 1, es decir:

$$\hat{Y}_i = \hat{P}_i = \Lambda(X_i \hat{\beta}) = \frac{1}{1 + e^{-X_i \hat{\beta}}}$$

Donde \hat{h}_i denota la probabilidad estimada de que el individuo i opte por la alternativa objeto de estudio (a la que se le asigna el valor 1).

Las variables objeto de análisis son las siguientes:

$$\text{Incapacidad} = \begin{cases} 1 & \text{si el individuo presenta incapacidad permanente} \\ 0 & \text{si el individuo presenta incapacidad temporal} \end{cases}$$

$$\text{Género} = \begin{cases} 1 & \text{si el individuo es hombre} \\ 0 & \text{si el individuo es mujer} \end{cases}$$

La variable actividad económica es una variable de tipo cualitativo con seis categorías, las cuales son: agricultura; manufacturas; construcción; explotación de minas y canteras, suministros de electricidad, gas y agua; comercio, transporte, hoteles, restaurantes y actividades empresariales; administración pública y servicios y actividades comunales y sociales. Esto nos lleva a definir las siguientes variables:

$$\text{Actividad}_1 = \begin{cases} 1 & \text{si el individuo trabaja en el sector de la agricultura} \\ 0 & \text{si el individuo no trabaja en el sector de la agricultura} \end{cases}$$

$$\text{Actividad}_2 = \begin{cases} 1 & \text{si el individuo trabaja en el sector de manufacturas} \\ 0 & \text{si el individuo no trabaja en el sector de manufacturas} \end{cases}$$

$$\text{Actividad}_3 = \begin{cases} 1 & \text{si el individuo trabaja en el sector de la construcción} \\ 0 & \text{si el individuo no trabaja en el sector de la construcción} \end{cases}$$

Actividad_4 = $\left\{ \begin{array}{l} 1 \text{ si el individuo trabaja en el sector del comercio, transporte, hoteles, restaurantes y actividades empresariales} \\ 0 \text{ si el individuo no trabaja en el sector del comercio, transporte, hoteles, restaurantes y actividades empresariales} \end{array} \right.$

Actividad_5 = $\left\{ \begin{array}{l} 1 \text{ si el individuo trabaja en el sector de la administración pública y servicios y actividades comunales y sociales} \\ 0 \text{ si el individuo no trabaja en el sector de la administración pública y servicios y actividades comunales y sociales} \end{array} \right.$

En nuestro caso, la categoría que recoge si el individuo trabaja en el sector de la explotación de minas y canteras, suministros de electricidad, gas y agua sería la conocida como categoría base o referente, que es sobre la que se comparan las otras categorías. Hemos tomado esta categoría como referencia, pues, al tratar los datos, es la que presenta menos individuos con discapacidad permanente, tanto para los hombres como para las mujeres.

Para el tratamiento estadístico de los resultados se ha usado el programa IBM SPSS Statistics v22.0.0 y Econometric Views v9.5.

III. Resultados

Para estudiar la relación existente entre el tipo de incapacidad laboral, el género y la actividad económica, se aplica el test Chi-cuadrado de independencia (Chi²), cuyos resultados se muestran en el Cuadro 1, los cuales indican que el tipo de incapacidad laboral depende del género del trabajador y de la actividad económica.

Cuadro 1. Análisis de independencia con respecto al tipo de incapacidad

Variabes	Chi ²	Nivel significación
Género	2203,006	0,000*
Actividad económica	1979,591	0,000*

*p<0,01. Fuente: ILOSTAT – O.I.T. Elaboración propia.

Una vez establecida la relación de dependencia entre las variables es interesante determinar entre qué categorías de las variables analizadas se establece dicha relación. Para dar respuesta a esta cuestión se estima el modelo *logit*, siendo la variable dependiente la incapacidad laboral, mientras que las variables independientes serían el género y los distintos sectores de la actividad económica. El modelo teórico quedaría:

$$\text{Incapacidad} = \hat{a}_1 + \hat{a}_2 \text{Género} + \hat{a}_3 \text{Actividad}_1 + \hat{a}_4 \text{Actividad}_2 + \hat{a}_5 \text{Actividad}_3 + \hat{a}_6 \text{Actividad}_4 + \hat{a}_7 \text{Actividad}_5 + u$$

Donde u denota la variable perturbación aleatoria del modelo.

El Cuadro 2 ofrece los coeficientes estimados del modelo *logit*, con los que se puede construir la ecuación de regresión *logit* estimada. Ahora, se podrá predecir la probabilidad de que un individuo presente incapacidad de tipo permanente:

$$P[\text{Incapacidad} = \text{permanente}] = \frac{1}{1 + e^{2,504 + 0,575 \text{Género} + 0,210 \text{Actividad}_1 + 0,173 \text{Actividad}_2 + 0,171 \text{Actividad}_3 + 0,145 \text{Actividad}_4 + 0,146 \text{Actividad}_5}}$$

Cuadro 2. Modelo logit

Variabes	Coefficientes estimados	Estadístico Z	Nivel significación
Constante	-2.504	-67.355	0.000*
Género	0.575	37.058	0.000*
Actividad_1	0.210	5.530	0.000*
Actividad_2	0.173	4.936	0.000*
Actividad_3	-0.171	-4.662	0.000*
Actividad_4	-0.145	-4.146	0.000*
Actividad_5	-0.146	-4.074	0.000*
Estadístico LR	3413.382		
Nivel significación (LR)	0.000*		

* $p < 0,01$. Fuente: ILOSTAT – O.I.T. Elaboración propia.

La estimación del modelo lleva a poder establecer las siguientes afirmaciones: la probabilidad de que un individuo tenga una incapacidad permanente es

mayor para los hombres que para las mujeres (dado que). Los coeficientes estimados indican que, la probabilidad de incapacidad permanente, es mayor para los que trabajan en el sector de agricultura y manufacturas que para los que trabajan en la explotación de minas y canteras, suministros de electricidad, gas y agua. Los restantes coeficientes estimados, todos ellos con signo negativo, muestran que, la probabilidad de incapacidad permanente, es menor para los que trabajan en los sectores de construcción, comercio, transporte, hoteles, restaurantes y actividades empresariales; administración pública y servicios y actividades comunales y sociales, que para los que trabajan en la explotación de minas y canteras.

El Cuadro 2 (Estadístico Z y nivel de significación) indica que, todas las variables, son significativas para explicar la variable incapacidad laboral, es decir, el modelo está bien definido y es válido. Esto también se puede comprobar con la prueba del test de Razón de Verosimilitud (Estadístico LR). Dicha prueba evalúa si el modelo de regresión *logit* es significativo en su conjunto (Cuadro 2), pudiéndose afirmar que el modelo construido es significativo globalmente.

El modelo *logit* estimado (Cuadro 3) clasifica correctamente el 88.8 % de los casos, un porcentaje bastante alto.

Cuadro 3. Tabla de clasificación

	Predicción del tipo de incapacidad		Corrección de porcentajes
	Temporal	Permanente	
Temporal	375255	0	100
Permanente	47117	0	0
Porcentaje global			88.8

Fuente: ILOSTAT – O.I.T. Elaboración propia.

El Cuadro 4 ofrece los promedios de los efectos marginales de cada variable sobre la probabilidad de incapacidad permanente, lo que indica que, la probabilidad media de presentar incapacidad permanente, es un 6.038 % superior en los hombres, que en las mujeres. La probabilidad media de presentar incapacidad permanente es un 2.517 % superior en el sector agricultura, que en el sector de

explotación de minas y canteras, suministros de electricidad, gas y agua. La probabilidad media de presentar incapacidad permanente es un 2.380 % superior en el sector manufacturas, que en el sector de la explotación de minas y canteras, suministros de electricidad, gas y agua. La probabilidad media de presentar incapacidad permanente, es un 2.085 % inferior en el sector de construcción, que en el sector de la explotación de minas y canteras, suministros de electricidad, gas y agua. La probabilidad media de presentar incapacidad permanente es un 1.785 % inferior en el sector del comercio, transporte, hoteles, restaurantes y actividades empresariales, que para los que trabajan en el sector de explotación de minas y canteras, suministros de electricidad, gas y agua. Y, por último, la probabilidad media de presentar incapacidad permanente es un 1.788 % inferior en el administración pública y servicios y actividades comunales y sociales, que en el sector de la explotación de minas y canteras, suministros de electricidad, gas y agua.

Cuadro 4. Efectos marginales medios

Variables	Efectos marginales <i>logit</i> (%)
Género	6.038
Actividad_1	2.517
Actividad_2	2.380
Actividad_3	-2.085
Actividad_4	-1.785
Actividad_5	-1.788

Fuente: ILOSTAT – O.I.T. Elaboración propia.

IV. Discusión

En primer lugar, con los resultados obtenidos se ha demostrado la existencia de una relación de dependencia entre los tipos de incapacidades laborales con

el género del trabajador y la actividad económica desarrollada, corroborándose resultados similares a los obtenidos en otros trabajos.¹³

Una vez demostrada, las relaciones indicadas, se obtiene evidencia sobre la mayor probabilidad de sufrir una incapacidad permanente, por parte de los trabajadores que de las trabajadoras.¹⁴

Asimismo, se contrasta que, la posibilidad de sufrir una incapacidad permanente, es menor en los sectores de la construcción, y terciarios (comercio, transporte, hoteles, restaurantes, actividades empresariales, administración pública y servicios y actividades comunales y sociales), que para los que trabajan en la explotación de minas y canteras.¹⁵

V. Conclusiones

Aunque existen problemas metodológicos y dificultades de carácter administrativo, es posible y necesario analizar y determinar la incidencia de las incapacidades laborales, para que, de este modo, se puedan controlar, cuantificar y reducir los daños y los costes que generan en los distintos sectores y ramas de actividad económica.

¹³ Gómez, Antonio R. y Suasnavas, Pablo R., “Incidencia de accidentes de trabajo declarados en Ecuador en el período 2011-2012”, *Ciencia & Trabajo*, Chile, vol.17, núm. 52, abril, 2015, pp. 49-53, https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-24492015000100010#:~:text=En%20el%20a%C3%B1o%202011%20se,%2C%20aument%C3%A1ndose%20en%20130%2C77

¹⁴ Hakkoymaz, Hakan *et al.*, “Evaluation of Occupational Accidents in a Tertiary Emergency Department Introduction”, *Eurasian Journal of Emergency Medicine*, Turquía, vol. 19, núm. 2, 2020, pp. 121-126, [https://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0213-91112021000200130](https://www.researchgate.net/publication/342399070_Evaluation_of_Occupational_Accidents_in_a_Tertiary_Emergency_Department_Introduction/link/5ef90857299bf18816efe4a3/download?_tp=eyJjb250ZXh0Ijp7InBhZ2UiOiJwdWJsaWNhdGlvbiIsInByZXZpb3VzUGFnZSI6bnVsbH19;Serra, Laura, <i>et al.</i>, “Incapacidad permanente y mortalidad prematura en una cohorte de afiliados a la Seguridad Social en España, 2004-2015”, <i>Gaceta Sanitaria</i>, España, vol. 35, núm. 2, marzo-abril, 2021, pp. 130-137, <a href=)

¹⁵ Benavides, Fernando G. *et al.*, “Incidencia de incapacidad permanente en una cohorte de trabajadores afiliados a la Seguridad Social, 2004-2007”, *Gaceta Sanitaria*, España, vol. 24, núm. 5, septiembre, 2010, pp. 385-390, https://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0213-91112010000500005

La incapacidad laboral no es sólo un indicador de resultado o de gestión sanitaria, sino que también es un referente de calidad de vida. Se debe profundizar en la recogida, análisis y utilización de los datos de incapacidad, más allá de las simples referencias a su coste o distribución geográfica, para lograr una mejora de la información y en el tratamiento analítico de las bases de datos que redunden en una mejor explotación epidemiológica. De esta manera, se podrá cumplir el objetivo de facilitar la comunicación de información clínica a través de convenios institucionales, que permitan compartir datos para mejorar la protección de la salud pública, ya que, de este modo, se producirá una mejora en la toma de decisiones clínicas y sanitarias.

El tratamiento de esta información, con una finalidad preventiva, implica un mayor control de los riesgos laborales, lo que supone una mayor protección y un descenso de situaciones peligrosas, derivando en un mayor grado de intencionalidad en conductas de riesgo por los empleados y en un descenso del deber objetivo de tutela por parte del empleador.

Con los resultados obtenidos, se evidencia la necesidad de aportar una perspectiva de género hacia los planes de prevención de riesgos laborales, ya que existen diferencias en cuanto a los riesgos a los que se exponen los trabajadores dependiendo de su género, y no sólo motivado por las diferentes ocupaciones y actividades desarrolladas, sino por otras causas relacionadas con la diferente vulnerabilidad, o con las propias condiciones laborales, muchas veces determinadas por aspectos de género, como se evidencia con el dato de que el 97 % de los empleados de hogar accidentados durante el año 1995 hayan sido mujeres, debido a que la mayor parte de estos trabajadores sean de dicho género.

La investigación de los accidentes laborales es básica para poder desarrollar acciones preventivas basadas en la evidencia científica. La investigación etiológica es el punto de partida para el desarrollo de medidas y la implantación de estrategias de intervención en el mercado laboral.

Se podría indicar que, a modo de posible complemento a la investigación desarrollada sobre la accidentalidad laboral del mercado argentino, resulta incompleto hablar de la evolución de la misma sin analizar la evolución de la cobertura del sistema de riesgos del trabajo, ya que, la finalidad principal de los índices de incidencia, es el establecimiento de relaciones entre los casos notificados y la población de referencia, pudiendo realizar comparativas interanuales ante variaciones de cualquiera de ellos. Asimismo, sería interesante desarrollar un trabajo semejante al actual para ver el efecto producido por el Decreto 54/2017 de

Riesgos del Trabajo sobre las incapacidades laborales, y comparar los resultados con los obtenidos en nuestra investigación.

Otra posible línea de investigación consiste en el análisis de la capacidad de control del uso de la Inteligencia Artificial, y del denominado como *internet de las cosas* para la obtención de información y su tratamiento mediante técnicas algorítmicas, lo que podría facilitar el deber de seguridad del empresario respecto a la salud de sus empleados y ver el grado de cumplimiento de las normas establecidas por parte de los trabajadores.

VI. Bibliografía

Álvarez, Sonia *et al.*, “Comportamiento de la accidentalidad y enfermedad laboral en Colombia 1994–2016”, *Revista de la Asociación Española de Especialistas en Medicina del Trabajo*, España, vol. 28, núm. 1, 2019, pp. 10-19, <https://repository.javeriana.edu.co/handle/10554/51706> (fecha de consulta: 28 de junio de 2024)..

Bedoya-Marrugo, Elías A. *et al.*, “Modelo *logit* para la presencia de problemas osteomusculares en trabajadores del sector hospitalario”, *Información Tecnológica*, Chile, vol. 30, núm. 2, 2019, pp. 181-188, https://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-07642019000200181&script=sci_abstract (fecha de consulta: 28 de junio de 2024).

Benavides, Fernando G. *et al.*, “Incidencia de incapacidad permanente en una cohorte de trabajadores afiliados a la Seguridad Social, 2004–2007”, *Gaceta Sanitaria*, España, vol. 24, núm. 5, septiembre, 2010, pp. 385-390, https://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0213-91112010000500005 (fecha de consulta: 28 de junio de 2024).

Campos, Ana Isabel, “La incidencia del género en la prevención de riesgos laborales”, *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, España, núm. 54, 2021, pp. 119-146, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8162267> (fecha de consulta: 28 de junio de 2024).

Cockburn, William y Hurtado, Miren, “Perspectiva europea sobre los riesgos laborales en el ámbito del teletrabajo”, *Archivos de Prevención de Riesgos Laborales*, España, vol. 24, núm. 2, 2021, pp. 95-98, <https://archivosdeprevencion.eu/index.php/aprl/article/view/119> (fecha de consulta: 28 de junio de 2024)..

- Duran, Xavier *et al.*, “Occupational factors associated with the potential years of working life lost due to a non-work related permanent disability”, *Work*, Estados Unidos, vol. 45, núm. 3, 2013, pp. 305-309, <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/23241695/> (fecha de consulta: 28 de junio de 2024).
- Gómez, Antonio R. y Suasnavas, Pablo R., “Incidencia de accidentes de trabajo declarados en Ecuador en el período 2011-2012”, *Ciencia y Trabajo*, Chile, vol.17, núm. 52, abril, 2015, pp. 49-53, https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-24492015000100010#:~:text=En%20el%20a%C3%B1o%202011%20se,%2C%20aument%C3%A1ndose%20en%20130%2C77 (fecha de consulta: 28 de junio de 2024).
- Hakkoymaz, Hakan *et al.*, “Evaluation of Occupational Accidents in a Tertiary Emergency Department Introduction”, *Eurasian Journal of Emergency Medicine*, Turquía, vol. 19, núm. 2, 2020, pp. 121-126, https://www.researchgate.net/publication/342399070_Evaluation_of_Occupational_Accidents_in_a_Tertiary_Emergency_Department_Introduction/link/5ef90857299bf18816efe4a3/download?_tp=eyJjb250ZXh0Ijp7InBhZ2UiOiJwdWJsaWNhdGlvbIIsInByZXZpb3VzUGFnZSI6bnVsbH19 (fecha de consulta: 28 de junio de 2024).
- Lee, Jaehoon y Little, Todd D., “A practical guide to propensity score analysis for applied clinical research”, *Behaviour Research and Therapy*, Estados Unidos, vol. 98, 2017, pp. 76-90, <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S0005796717300141> (fecha de consulta: 28 de junio de 2024).
- Organización Internacional del Trabajo, *Investigación de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales. Guía práctica para inspectores del trabajo*, Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 2015, https://www.ilo.org/global/topics/safety-and-health-at-work/resources-library/publications/WCMS_346717/lang-es/index.htm (fecha de consulta: 28 de junio de 2024).
- Organización Internacional del Trabajo, *Urge una acción mundial para combatir las enfermedades profesionales*, 2013, http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/news/WCMS_211645/lang-es/index.htm (fecha de consulta: 28 de mayo de 2024).
- Salvia, Agustín y Gutiérrez, Pablo, “La estructura social del trabajo en Argentina en el cambio de siglo: cuando lo nuevo no termina de nacer”, *Papeles de Población*, México, vol. 19, núm. 76, abril-junio, 2013, pp. 163-

- 200, https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-74252013000200006 (fecha de consulta: 28 de mayo de 2024).
- Santana, Vilma Sousa *et al.*, “Accidentes de trabajo fatales y violencia interpersonal en Brasil, 2000-2010”, *Salud Colectiva*, Argentina, vol. 9, núm. 2, mayo-agosto, 2013, pp. 139-149, <https://www.redalyc.org/pdf/731/73129415002.pdf> (fecha de consulta: 28 de mayo de 2024).
- Serra, Laura, *et al.*, “Incapacidad permanente y mortalidad prematura en una cohorte de afiliados a la Seguridad Social en España, 2004-2015”, *Gaceta Sanitaria*, España, vol. 35, núm. 2, marzo-abril, 2021, pp. 130-137, https://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0213-91112021000200130 (fecha de consulta: 28 de mayo de 2024).
- Superintendencia de Riesgos del Trabajo, *Decreto 54/2017: Riesgos del Trabajo*, publicado en el *Boletín Oficial de la República Argentina* el 20 de enero de 2017, <https://www.boletinoficial.gob.ar/#!DetalleNorma/158154/20170123> (fecha de consulta: 28 de mayo de 2024).
- Superintendencia de Riesgos del Trabajo, *Informe sobre la situación de género en el sistema de riesgos del trabajo*, Argentina, Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, 2022, <https://www.srt.gob.ar/estadisticas/genero/anual/Informe%20Situaci%C3%B3n%20de%20Genero%20A%C3%B1o%202021.pdf> (fecha de consulta: 28 de mayo de 2024).
- Superintendencia de Riesgos del Trabajo, *Ley de Riesgos del Trabajo*, publicada en el *Boletín Nacional* el 4 de octubre de 1995, <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/ley-24557-27971> (fecha de consulta: 28 de mayo de 2024).
- Vicente-Herrero, Ma. Teófila *et al.*, “El teletrabajo en salud laboral”, *Revista CES Derecho*, Colombia, vol. 9, núm. 2, 2018, pp. 287-297, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6805230> (fecha de consulta: 28 de junio de 2024).

El principio de irrenunciabilidad en el código del trabajo chileno

The principle of irrenunciability in the Chilean labor code

Le principe d'inaliénabilité dans le code du travail chilien

Pedro Pablo Irureta Uriarte

 <https://orcid.org/0009-0000-6589-6504>

Universidad Complutense de Madrid. España

Correo electrónico: ppirureta@gmail.com

Recepción: 29 de enero de 2023

Aceptación: 26 de febrero de 2024

DOI: <https://doi.org/10.22201/ij.24487899e.2024.39.19471>

RESUMEN: El principio de irrenunciabilidad ha sido consagrado en el Código del Trabajo chileno, como una garantía frente a actos de abandono unilateral de derechos legales. De esta manera, el legislador no circunscribe la irrenunciabilidad como una figura propia ni de intangibilidad ni de indisponibilidad. Por el contrario, el legislador la estructura como una prohibición de abdicar libremente del ejercicio de un derecho legal que ya ha sido adquirido por su titular, sin contraprestación, y dejando abierta la puerta a supuestos de transacción (aun cuando ello ocurra durante la vigencia del contrato). Más allá de la irrenunciabilidad, opera la inderogabilidad de la norma laboral, la cual permanece durante toda la vigencia del vínculo contractual y permite asegurar la adquisición del derecho.

Palabras clave: derecho del trabajo, irrenunciabilidad, principios de derecho laboral.

ABSTRACT: The principle of inalienability has been recognized in the Chilean Labor Code as a guarantee against acts of unilateral abandonment of legal rights. In this way, the legislator does not circumscribe the inalienability as an own figure of either intan-

gibility or unavailability. On the contrary, the legislator structures it as a prohibition to freely abdicate the exercise of a legal right that has already been acquired by its owner, without consideration, and leaving the door open to assumptions of transaction (even if this occurs during the contract). Beyond the inalienability, the non-derogation of the labor law operates, which remains during the entire validity of the contractual link and ensures the acquisition of the right.

Keywords: labor law, inalienability, principles of labor law.

RÉSUMÉ: Le principe d'inaliénabilité a été inscrit dans le Code du Travail Chilien en tant que garantie contre les actes d'abandon unilatéral des droits légaux. Ainsi, le législateur ne circonscrit pas l'inaliénabilité comme sa propre figure ou l'intangibilité ou l'indisponibilité. Au contraire, le législateur la structure comme une interdiction d'abdiquer librement l'exercice d'un droit légal déjà acquis par son titulaire, sans contrepartie, et laissant la porte ouverte aux cas de transaction (même lorsque celle-ci se produit pendant la validité du contrat). Au-delà de l'inaliénabilité, opère la non-dérogation du droit du travail, qui demeure pendant toute la durée de validité de la relation contractuelle et permet d'assurer l'acquisition du droit.

Mots-clés: droit du travail, inaliénabilité, principes du droit du travail.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La evolución de la irrenunciabilidad en la legislación laboral chilena*. III. *La inderogabilidad normativa, la renunciabilidad y la indisponibilidad de derechos*. IV. *La irrenunciabilidad de derechos en el código del trabajo*. V. *Los actos de renuncia a través de la transacción*. VI. *Conclusiones*. VII. *Bibliografía*.

I. Introducción

El denominado “principio de irrenunciabilidad” es, probablemente, una de las figuras más emblemáticas del sistema de garantías que existe en el derecho del trabajo, y una consecuencia natural de su propia *ratio legis*.¹ Su reconocimiento es casi simultáneo con la aparición de la legislación laboral, y refleja el carácter esencialmente tutelar de dicha normativa, permitiendo estructurar un delicado equilibrio entre orden público laboral y libertad de empresa. Si el desarrollo del ordenamiento jurídico del trabajo ha estado orientado por una función protec-

¹ Por todos, Guidotti, Franco, “Il fondamento giuridico dell'indisponibilità del diritti del prestadore di lavoro”, *Il Diritto del lavoro*, Italia, año 29, 1955, p. 365; y Giugni, Gino, “Le rinunzie e le transazioni del lavoratore: riesame critico”, *Il Diritto del Lavoro*, Italia, año 44, 1970, p. 3.

tora y de reequilibrio de intereses, entonces, para ello, el principio de irrenunciabilidad ha resultado fundamental.

La garantía de la irrenunciabilidad ha permanecido en los textos laborales a pesar de la evidente transformación que han vivido algunas de sus figuras más clásicas. Si bien es cierto que en muchos casos se ha podido observar una mayor armonía entre la racionalidad económica y el carácter tutelar de las normas laborales, ello no ha impedido que, este principio, se mantenga como el mecanismo idóneo para asegurar el cumplimiento de los fines del derecho del trabajo.

Pero esta garantía no se explica, exclusivamente, por un interés individual del trabajador; también se conecta con una función más amplia de tutela del interés general: si no existiera la irrenunciabilidad, la disponibilidad sería la regla general, y la protección que proclama el sistema de derechos laborales quedaría desvirtuada y vacía de contenido. Por el contrario, el reconocimiento expreso de la irrenunciabilidad deja al descubierto el carácter imperativo y de derecho necesario, que presentan las normas laborales, cuestión que obliga a rechazar cualquier pretensión omisiva de esta garantía.² De este modo, se reconoce que los intereses que se encuentran en juego, dentro del orden laboral, no pueden estar relegados a la mera autonomía contractual, cuestión que por lo demás es coincidente con la hipótesis que plantea el artículo 12 del Código Civil (CC), el cual prohíbe las renunciaciones que no miran únicamente al interés individual del renunciante, así como aquellas en que no esté prohibida su renuncia.³ En este contexto, cualquier supuesto de abandono de un derecho laboral debe estar expresamente permitido en la ley, ya que, en este ámbito, la regla general es la irrenunciabilidad, y la excepción su disponibilidad.⁴

El carácter irrenunciable de la legislación laboral deja al descubierto, por otra parte, que dentro del diseño de la norma, no cabe sino ejecutar el mandato del

² Barassi, Ludovico, *Tratado de derecho del trabajo*, Buenos Aires, Alfa, 1949, p. 105; y Ramos, Margarita Isabel, *La garantía de los derechos de los trabajadores (irrenunciabilidad e indisponibilidad)*, Valladolid, Lex Nova, 2003, p. 31.

³ Alessandri, Arturo, Somarriva, Manuel, y Vodanovic, Antonio, *Tratado de Derecho Civil*, 7a. ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2011, p. 341. Véase, además, Ojeda, Antonio, *La renuncia de derechos del trabajador*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1971, p. 27; y Escribar, Héctor, *Tratado de derecho del trabajo*, t. 1, Santiago, Zig-Zag, 1944, p. 253.

⁴ Un ejemplo se encuentra en el actual artículo 159 núm. 2 del Código del Trabajo chileno, donde el legislador admite expresamente la renuncia al empleo; en el artículo 68 del CT, que permite que, el feriado progresivo, “sea susceptible de negociación individual o colectiva”; o en el artículo 243 del CT, cuando el fuero laboral termina por “renuncia al sindicato”.

legislador.⁵ Si las normas laborales son imperativas, entonces la hipótesis regulada debe ser perentoriamente cumplida por los intervinientes. Desde esta perspectiva, la imperatividad se estructura como un concepto esencial de la norma laboral, cuestión que la convierte en inderogable,⁶ ya que permite establecer las condiciones y premisas sobre las cuales se puede desplegar la autonomía de la voluntad. Como ha dicho Mazzotta, el sistema está diseñado para garantizar la protección obligatoria,⁷ cuestión que resalta el valor de la imperatividad.

La irrenunciabilidad de derechos laborales es de aquellas figuras que son frecuentemente invocadas, pero sobre las cuales no ha existido un estudio pormenorizado y unitario dentro del Derecho del Trabajo chileno. La mayoría de los textos nacionales se refieren a esta garantía de manera general, como si se tratase de una figura previamente conocida y sobre la cual no existen problemas interpretativos. No obstante, la regulación de esta materia en el Código del Trabajo (CT) chileno es bastante más restringida de lo que inicialmente podría esperarse, y se aleja de cualquier pretensión que intente asimilar irrenunciabilidad con indisponibilidad. Debido a lo anterior, en el presente artículo se analizan los alcances de esta particular regla del ordenamiento laboral, colocando énfasis en la norma del artículo 5o., inciso segundo, del Código del Trabajo. Con todo, y dada la extensión del presente artículo, se han excluido expresamente de este análisis figuras especiales vinculadas a la irrenunciabilidad, como son la

⁵ Fabris, Piera, *L'indisponibilità dei diritti dei lavoratori*, Milán, Dott, 1978, pp. 29 y ss. A mayor abundamiento, Bayón, Gaspar y Pérez, Eugenio, *Manual de derecho del trabajo*, vol. 1, Madrid, Marcial Pons, 1969-70, p. 247; y Macchiavello, Guido, *Derecho del trabajo*, t. 1, Santiago, Fondo de Cultura Económica, 1986, p. 432. A nivel de la jurisprudencia chilena, véase, además, *Sambueza con Banco del Estado*, Corte Suprema, casación en la forma y en el fondo, Rol núm. 4513-1997. Sin Rol. RDJ T. XCVI, sec. 3a., 7 de julio de 1999; *Meirone con Ecovesa*, Corte Suprema, Sin Rol. RDJ T. XCIII, sec. 3a., 06 de mayo de 1996; y *Leyton con Caja de Compensación Los Héroes*, Corte de Apelaciones de Santiago, recurso protección, Rol núm. 47-2003, 19 de mayo de 2003.

⁶ Ramos, Margarita Isabel, *op. cit.*, nota 2, p. 36. Véase, también, y entre otros, Plá, Américo, *Los principios del Derecho del Trabajo*, 4a. ed., Montevideo, FCU, 2015, p. 122; Pasco, Mario, “En torno al principio de irrenunciabilidad”, en Pasco Cosmópolis, Mario (coord.), *En torno a los principios del derecho del trabajo*, México, Porrúa, 2005, p. 69; y Ferro, Víctor, “El principio de irrenunciabilidad en la interpretación constitucional”, en *Los principios del derecho del trabajo en el derecho peruano. Libro homenaje al profesor Américo Plá Rodríguez*, Lima, Grijley, 2009, p. 168. En el plano jurisprudencial, véase *Ingesur con Navarro*, Corte Suprema, casación en el fondo, Rol núm. 2804-2003. RDJ T. CI, sec. 3a., 27 de mayo de 2004; y *Morales con Bata*, Corte Suprema, casación en el fondo, Rol núm. 1480-2003. RDJ T. CI, sec. 3a., 29 de abril de 2004.

⁷ Mazzotta, Oronzo, *Diritto del Lavoro*, 6a. ed., Milan, Giuffré Editore, 2016, p. 880.

novación, el desistimiento, la prescripción y caducidad de derechos laborales. También se ha excluido, el estudio de la irrenunciabilidad en el ámbito de la autonomía colectiva.

II. La evolución de la irrenunciabilidad en la legislación laboral chilena

Como se ha dicho, en Chile, el carácter irrenunciable de las normas laborales ha estado presente desde los orígenes de la legislación social. Antes de la incorporación de esta normativa, la autonomía contractual era la regla general y regulaba cualquier prestación de servicios.⁸ No obstante, las primeras manifestaciones legislativas ya evidenciaban una propuesta de irrenunciabilidad para los derechos legales. Así se refleja, por ejemplo, en la Ley del Descanso Dominical de 1907, la cual contenía una referencia acotada de esta garantía en el sentido de que el descanso semanal debía ser “obligatorio e irrenunciable para los menores de dieciséis años para las mujeres”.⁹ La misma lógica seguía el artículo 2o. de la Ley de Sala Cuna de 1917 (en el entendido de que era irrenunciable para la madre trabajadora el tiempo destinado a amamantar a sus hijos); y el artículo 17 de la Ley sobre Indemnizaciones por Accidentes del Trabajo de 1916, el cual establecía que los derechos derivados de esa normativa, “así como las indemnizaciones y rentas a que den lugar, no pueden renunciarse, ni cederse, ni compensarse, ni embargarse, y, en general, es nulo todo acto contrario a las disposiciones de esta ley”.¹⁰ Este tipo de normas ya comenzaban a evidenciar el rol que se le asignaba a este incipiente ordenamiento, como un garante de los derechos del trabajador.

Curiosamente, la Ley núm. 4.053 (de 1924), sobre el contrato de trabajo, no estableció un enunciado tan perentorio con respecto a la irrenunciabilidad, aun cuando su artículo 1o. se encargaba de reafirmar la preferencia de las normas laborales, por sobre las disposiciones generales.¹¹ No ocurría lo mismo con la Ley núm. 4.059 (de 1924), relativa a los empleados particulares, la cual expresamente consagraba en su artículo 4o. una disposición clásica de irrenunciabili-

⁸ Véase, Rojas, Irene, “El modelo normativo del sindicato en las Leyes Sociales de 1924”, *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, Chile, núm. 38, 2016, p. 311.

⁹ Artículo 1o., Ley núm. 1990, de 1907.

¹⁰ Ley núm. 3.185, de 1917; y Ley núm. 3.170, de 2016.

¹¹ Dicho artículo señalaba que el “contrato de trabajo, tanto individual, como colectivo se reñirá por las disposiciones de la presente lei con preferencia a las leyes jenerales” (*sic*).

dad: “Es nula toda estipulación que prohíba a los empleados unirse y asociarse libremente o que importe renuncia de cualquiera de los derechos que a su favor consagra esta ley”.

El Código del Trabajo chileno de 1931 mantuvo la orientación expresada por sus antecesores legales, pero amplió la cobertura de la irrenunciabilidad. En efecto, el pretérito artículo 575 (665) de dicho código estableció que los “derechos otorgados por las Leyes del Trabajo son irrenunciables”. De esta manera, se incorporaba dentro de la garantía tanto al contrato de trabajo celebrado por obreros como por empleados, sin perjuicio de que otras normas de ese texto legal establecieran la irrenunciabilidad para casos particulares (*v. gr.*, el derecho de alimentación del hijo por parte de la madre trabajadora, o la irrenunciabilidad de los permisos de maternidad, a que se referían los artículos 162 y 318, respectivamente). La importancia que tuvo la consagración del antiguo artículo 575 (665) fue de tal magnitud, que el código de 1931 estructuró la irrenunciabilidad como un pilar del orden público laboral, y no como una simple norma protectora de intereses particulares.

La orientación legislativa recién expresada se mantuvo durante toda la vigencia del código de 1931, e incluso en la versión original del Decreto Ley núm. 2.200 de 1978, demostrando con ello la importancia que, la cultura laboral chilena, le otorgaba a este principio de irrenunciabilidad. Con todo, el criterio inicial del Decreto Ley núm. 2.200 fue modificado a poco andar, ya que la Ley núm. 18.372, de 1984, circunscribió esta regla en una redacción que perdura hasta el día de hoy. De esta manera, a partir del año 1984 se modificó la estructura de la irrenunciabilidad al disponer que los “derechos establecidos por las leyes laborales son irrenunciables, mientras subsista el contrato de trabajo”. Se trata, sin lugar a dudas, de un cambio relevante que circunscribe la garantía al simple acto de renuncia abdicativa y unilateral acaecido durante el tiempo de ejecución del contrato.¹²

Lo que ocurrió es que, bajo el amparo del código de 1931, la discusión dogmática y jurisprudencial estuvo abocada a resolver tres problemas interpretativos.¹³ El primero de ellos, referido a si la irrenunciabilidad se vinculaba sólo a los derechos del Código del Trabajo, o sí, por el contrario, abarcaba cualquier

¹² Thayer, William, y Novoa, Patricio, *Manual de derecho del trabajo*, 6a. ed., t. 4. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2021, p. 23.

¹³ Véase Lagos, Gustavo, *Derecho del trabajo*, Santiago, Universitaria, 1957, p. 7.

derecho de las leyes de naturaleza social; en segundo lugar, se buscaba determinar si, la irrenunciabilidad de derechos, sólo se aplicaba al trabajador o también al empleador; y por último, se intentó determinar si la irrenunciabilidad estaba centrada exclusivamente en la renuncia anticipada de derechos, o si también afectaba a los derechos ya devengados (entendiendo por tales, las prestaciones que se adeudan por servicios ya realizados).

En el primer caso, la doctrina de la época fue enfática en concluir que el pretérito artículo 575 (665) del código establecía una irrenunciabilidad amplia y referida a todos los derechos reconocidos por las leyes del trabajo (y no sólo a los del código).¹⁴ En la segunda de las cuestiones planteadas, la jurisprudencia dictada bajo la vigencia del código de 1931, era bastante uniforme en concluir que la irrenunciabilidad obligaba, también, al empleador, pues uno de los objetivos principales que tenía el orden laboral era civilizar precisamente el poder empresarial.¹⁵ Por último, con respecto a la cobertura temporal de la renuncia, lo cierto es que la jurisprudencia mayoritaria estimaba que esta garantía no impedía la renuncia de derechos ya adquiridos en virtud de una prestación efectivamente realizada y que podían extinguirse por la celebración de un finiquito.¹⁶

En el fondo, se partía de la base de que la renuncia no podía ser anticipada, y que tampoco tenía lugar durante la vigencia de la relación laboral; pero nada impedía que ella se ejerciera libremente con respecto a derechos ya devengados una vez extinguida la relación laboral.¹⁷ Lo que primaba en estos criterios era una exigencia de certeza jurídica de los finiquitos y de estabilidad de las relaciones jurídicas, sin perjuicio de la visión asumida por los tribunales, en orden de que, una vez terminado el contrato de trabajo, no podía limitarse la libertad del sujeto para disponer de sus propios derechos. Y este fue el criterio que asumió en su momento la Ley núm. 18.372 (de 1984).

¹⁴ Escribar, Héctor, *op. cit.*, p. 253.

¹⁵ Véase, por todas, *Universidad de Concepción*, Corte Suprema, queja, Sin Rol. RDJ T. XXXIII, sec. 1a., 18 de agosto de 1936, p. 444. Para un estudio de esta temática en la actual etapa de evolución del derecho del trabajo chileno, véase Quiróz, Felipe, “Las manifestaciones del principio protector laboral sólo son aplicables en beneficio del trabajador”, *Derecho y Justicia*, Chile, núm. 4, 2014, pp. 139 y ss.

¹⁶ Por todas, *Compañía Salitrera en Liquidación*, Corte Suprema, queja, Sin Rol. RDJ T. XXXII, sec. 1a., 23 de noviembre de 1934; *Conrads Greve con Raab, Rochette*, Corte Suprema, queja, Sin Rol. RDJ T. XXXVII, sec. 1a., 27 de julio de 1939.

¹⁷ Lagos, Gustavo, *op. cit.*, p. 9. A nivel jurisprudencial véase *Caja de Crédito Minero*, Corte Suprema, queja, Sin Rol. RDJ T. II, sec. 3a., 19 de mayo de 1952.

A partir de dicha reforma legal, la estructura de la irrenunciabilidad ha permanecido intacta en la legislación laboral chilena, supeditando su aplicación sólo al período de vigencia del contrato, y admitiendo la validez de la renuncia celebrada con posterioridad a la relación laboral. Asimismo, se trata de una regulación que se aleja de la indisponibilidad y opta por la prohibición de un acto unilateral de derechos, sin contraprestación, dejando abierta la puerta a supuestos de transacción (aun cuando ello ocurra durante la vigencia del contrato).

III. La inderogabilidad normativa, la renunciabilidad y la indisponibilidad de derechos

La irrenunciabilidad de derechos tiene que convivir con tres figuras que modalizan y explican sus alcances: la intangibilidad, la inderogabilidad y la indisponibilidad. De estos tres conceptos, el de la intangibilidad es probablemente el que genera mayores dificultades prácticas. En efecto, la intangibilidad supone la imposibilidad, que un derecho laboral sea limitado a través de otras normas de similar o superior jerarquía. De esta manera, la intangibilidad se estructura como una especie de *principio de irreversibilidad o de progresividad*, que concibe al sistema normativo en una lógica de escalera ascendente, que no admite la posibilidad de que, otras normas jurídicas, dejen sin efecto beneficios ya otorgados por el orden laboral. Si bien está recogido en algunos instrumentos internacionales, este tipo de principios dejan al descubierto una aspiración más programática que operativa, aplicable por lo demás a todos los derechos fundamentales.¹⁸ Por ello, en la mayoría de los casos, la intangibilidad es planteada como una aspiración; pero no como un elemento estructural de la irrenunciabilidad de derechos. Si así fuera, el sistema jurídico carecería de adecuados mecanismos de adaptación a nuevas realidades, cuestión que incluso podría inmovilizar el ámbito de la autonomía colectiva.

¹⁸ Por excepción, la lógica de la intangibilidad ha sido recogida en el artículo 35 de la Constitución de Ecuador: “El Estado garantizará la intangibilidad de los derechos reconocidos a los trabajadores, y adoptará las medidas para su ampliación y mejoramiento”. También parece recogerla el numeral 8o. del artículo 19 de la Constitución de la OIT, que reitera el criterio de conservación o no derogación del régimen más favorable para el trabajador en la aplicación de una regla laboral. Sobre el particular, véase, además, Pasco, Mario, *op. cit.*, p. 71.

Una cuestión distinta ocurre con la inderogabilidad, y la consecuente imperatividad, de la norma laboral. Esta figura prohíbe invasiones externas de los espacios ya cubiertos por la ley, sin perjuicio de que, en determinados casos, sea la propia legislación la que permita abrir escenarios acotados de invasión.¹⁹ Lo anterior obliga a distinguir supuestos de inderogabilidad relativa y absoluta. La *inderogabilidad absoluta*, o de *derecho necesario absoluto*, no deja espacio para modificaciones contractuales y se centra en mandatos de prohibición, donde la infracción se sanciona con la nulidad. Un ejemplo de ello se regula en el artículo 18 del CT, el cual es perentorio al disponer que “queda prohibido a los adolescentes con edad para trabajar realizar labores en horario nocturno en establecimientos industriales y comerciales”; o también en aquellos casos en que se establece un mandato imperativo máximo (*v. gr.*, la duración de la jornada ordinaria de trabajo “no excederá de cuarenta y cinco horas semanales”). Una hipótesis legal como esta, no deja espacio para una modificación normativa a través de la autonomía individual o colectiva, y su infracción sólo podrá traer aparejada la nulidad absoluta de la cláusula, o pacto que contiene la renuncia prohibida.²⁰ Aun cuando no existe una regla expresa, todo indica que esa es la lógica que subyace en el inciso tercero, del artículo 5o. del CT, cuando señala que los “contratos individuales y los instrumentos colectivos de trabajo podrán ser modificados, por mutuo consentimiento, en aquellas materias en que las partes hayan podido convenir libremente”. Si se lee con detenimiento, esta disposición legal está señalando que en aquellas materias en que no se puede pactar, se produce una inderogabilidad absoluta.

A diferencia de los casos anteriores, en la inderogabilidad relativa se admite una relación de *suplementariedad* o de *complementariedad* —fundamentalmente a través del instrumento colectivo o el acuerdo individual— a fin de mejorar los mínimos legales, o bien, para contribuir con el legislador en el desarrollo integral de una materia.²¹ Un supuesto ilustrativo puede observarse en la norma del

¹⁹ D'Eufemia, Giuseppe, “Norme inderogabili e interessi legittimi nel rapporto di lavoro”, *Rivista di Diritto del Lavoro*, Italia, año 21, 1969, pp. 14 y ss.

²⁰ En el mismo sentido, el inciso quinto del artículo 195 del CT chileno: “Los derechos referidos en el inciso primero no podrán renunciarse y durante los períodos de descanso queda prohibido el trabajo de las mujeres embarazadas y puérpera”; y el inciso primero del artículo 357 del CT: “Estará prohibido al empleador ofrecer o aceptar la reincorporación individual de los trabajadores en huelga, salvo en las condiciones establecidas en este artículo”.

²¹ Véase, Ramos, Margarita Isabel, *op. cit.*, p. 104; y De la Villa, Luis Enrique, “El principio

inciso quinto del artículo 38 del CT, para el caso de los trabajadores de casinos de juego, hoteles, pubs, discotecas, restaurantes, clubes, bares y similares, y de los operadores de turismo, donde la distribución de la jornada ordinaria semanal deberá sujetarse a lo dispuesto en el código, “salvo que las partes acuerden distribuir la jornada semanal de tal forma que el trabajador cuente con, a lo menos, veintinueve domingos de descanso en el lapso de un año o, alternativamente, con quince domingos de descanso en el lapso de seis meses”. Como se puede observar, se trata de una clara relación de complementariedad en la cual un acuerdo individual puede mejorar, perfeccionar o integrar el diseño legal mínimo en materia de jornada. Un criterio similar, ahora en el ámbito colectivo, se observa en el inciso segundo del artículo 306 del CT, al disponerse que la negociación colectiva puede establecer distintos acuerdos en materias tan disímiles como las responsabilidades familiares, los planes de igualdad de oportunidades y equidad de género en la empresa, acuerdos para la capacitación y reconversión productiva de los trabajadores, o mecanismos de solución de controversias, entre otras varias alternativas. En todos estos casos, el legislador está señalando que las disposiciones de orden legal son normas perentorias que no permiten una ordenación jurídica de índole distinta, salvo para complementar los beneficios que en ella se establecen.

La imperatividad e inderogabilidad de la norma laboral cumple la mayor parte de su finalidad, en la etapa previa a la adquisición del derecho. Más aún, la inderogabilidad se centra en la etapa de ejecución del contrato, en el momento genético de la regulación de la relación contractual, a fin de garantizar que el derecho efectivamente se adquiera.²² Una vez adquirido éste, se pone en juego la prohibición de renuncia,²³ de modo tal que el derecho adquirido no salga del patrimonio del trabajador. De esta manera, inderogabilidad e irrenunciabilidad

de la irrenunciabilidad de los derechos laborales”, *Revista de Política Social*, España, núm. 85, enero-marzo, 1970, p. 38. <https://www.cepc.gob.es/sites/default/files/2021-12/30368rps085007.pdf> (fecha de consulta: 28 de mayo de 2024).

²² Rodríguez-Piñero, Miguel, “Indisponibilidad de los derechos y conciliación en las relaciones laborales”, *Temas Laborales*, España, núm. 70, 2003, p. 28. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=801988> (fecha de consulta: 28 de mayo de 2024); y Ramírez, Juan Manuel, “Indisponibilidad de los derechos laborales”, en Goerlich Peset, José María (coord.), *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores. Libro homenaje a Tomás Sala Franco*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, p. 158.

²³ Blasco, Ángel, *La individualización de las relaciones laborales*, Madrid, Consejo Económico y Social, 1995, p. 288.

son dos garantías que se complementan y se requieren mutuamente: el derecho no podría nacer si no existiera la inderogabilidad; y ese mismo derecho, no podría gozarse, si el legislador no hubiese reconocido la prohibición de renuncia.

La indisponibilidad se aparta de los dos conceptos anteriores. Se trata de una garantía más amplia que la mera renuncia, y supone una limitación del poder dispositivo de todo individuo. Si se aceptara la tesis de la indisponibilidad, los derechos establecidos en la legislación laboral no podrían ser objeto de ninguna transformación, extinción o modificación. De este modo, la disponibilidad de un derecho supondría aceptar que un sujeto realice actos de disminución del patrimonio o de la esfera jurídica del derecho, perdiendo, limitando o alterando el ejercicio del mismo.²⁴

Aceptando que, entre indisponibilidad e irrenunciabilidad se produce una relación de género a especie, no cabe duda que la indisponibilidad es un concepto más extenso que el de la simple irrenunciabilidad.²⁵ Mediante la indisponibilidad, se prohíbe la celebración de actos o negocios jurídicos que transformen, modifiquen o extingan un derecho subjetivo, una cuestión que excluiría de la garantía todas aquellas enajenaciones, limitaciones o transacciones relativas a derechos, de los cuales se puede privar a un titular. La irrenunciabilidad, por el contrario, está referida a un espacio más acotado que busca impedir la dejación voluntaria del derecho por parte de su titular.²⁶ Si se quiere, la renuncia sería un tipo específico de disponibilidad, que se estructura como un típico acto unilateral de disposición de un derecho que ya ha sido adquirido. De allí que, en virtud de la renuncia, el trabajador extingue o abandona la titularidad del derecho, sin contraprestación alguna.²⁷ Esta distinción, por cierto, no ha sido especialmente recogida en la jurisprudencia chilena, ya que, en la práctica, los tribunales invocan indistintamente a la indisponibilidad o la irrenunciabilidad de derechos como si se trataran de figuras análogas (aun cuando son rigurosamente distintas).²⁸

²⁴ Betti, Emilio, *Teoria generale del negozio giuridico*, reimp. de la 2a. ed., Roma, Edizione Scientifiche Italiane, 2002, p. 292. Véase también Ramos, Margarita Isabel, *op. cit.*, nota 2, p. 40; y Ojeda, Antonio, *op. cit.*, p. 35.

²⁵ Blasco, Ángel, *op. cit.*, p. 291.

²⁶ Plá, Américo, *op. cit.*, p. 117.

²⁷ Ramírez, Juan Manuel, *op. cit.*, p. 151.

²⁸ Véase *Jaque con Farmacias Cruz Verde*, Corte Suprema, Unificación de jurisprudencia, Rol núm. 12.906-2014, 7 de abril de 2015. www.poderjudicial.cl: “En ese sentido la indisponibilidad significa que el trabajador no puede renunciar válidamente a los derechos que la norma es-

Algo de esta confusión parece haberse producido también en la lógica del inciso segundo del artículo 5o. del CT. En efecto, si al prohibirse la renuncia de derechos laborales, se está pensando en la interdicción de cualquier acto de transformación, modificación o extinción de un derecho, entonces el alcance de la norma es más amplio que el de la mera renuncia, toda vez que, esta última, se encuentra circunscrita al simple acto de abando no voluntario y unilateral de derechos ya adquiridos.²⁹ Por el contrario, si lo que subyace en el artículo 5o. del CT es la prohibición de disponibilidad, el alcance de la norma es evidentemente mayor. Y ello afecta de modo directo la procedencia de la transacción que, en rigor, no siempre supondrá disminución de derechos ciertos. Una mirada restrictiva del artículo 5o. CT circunscribe la garantía sólo al acto de renuncia; es decir, a la prohibición de abdicar libremente del ejercicio de un derecho legal que ya ha sido adquirido por su titular. Pero si se sostiene que la garantía se vincula con la indisponibilidad, entonces la prohibición es más amplia y abarca cualquier acto de transformación, modificación o extinción del derecho legal que se verifique durante la vigencia de la relación laboral.

Por último, cabe hacer presente que, ambas figuras (irrenunciabilidad e indisponibilidad), se diferencian de la inderogabilidad. Esta última es un atributo que se predica de ciertas normas y que impiden que sean dejadas sin efecto por las partes de un contrato. La inderogabilidad permanece durante toda la vigencia del vínculo contractual y permite asegurar la adquisición del derecho, en caso de ser procedente. De esta manera, la voluntad de la norma legal se impone sobre las partes, exigiendo que el comportamiento de éstas se adecue al mandato normativo. Y en caso de ejecutar una conducta contraria a la prevista en la ley, entonces dicho acto es nulo, ya que adolecería de objeto ilícito.³⁰ Desde esta

tablece en su favor, pues éstos forman parte del contrato e ingresan a su patrimonio”. En igual sentido, *Cevas con Sociedad de Cobranza*, Corte de Apelaciones de Santiago, nulidad, Rol núm. 1205-2013, 8 de enero de 2014, www.poderjudicial.cl; *Jara con Matthews*, Corte de Apelaciones de Chillán, nulidad, Rol núm. 47-2013, 27 de mayo de 2013, www.poderjudicial.cl; *Empresa de Correos de Chile con Inspección Provincial*, Corte de Apelaciones de Antofagasta, nulidad, Rol núm. 72-2013, 3 de julio de 2013. www.poderjudicial.cl

²⁹ Esta fue la lógica que siguió el artículo 2113 del Código Civil italiano, el cual por lo demás prohibió expresamente la transacción.

³⁰ Véanse los artículos 1461 y 1683 del CC. En igual sentido, *Olivares y otros con Steel*, Corte Suprema, casación en el fondo, Rol núm. 2127-1997. RDJ T. XCV, sec. 3a., 7 de diciembre de 1998.: “Tal renuncia está prohibida por la ley y, en consecuencia, es nula de nulidad absoluta por ilicitud del objeto. [...] media también un vicio de nulidad, por ilicitud de la causa”.

perspectiva, las normas contenidas en la legislación laboral deben ser cumplidas por el contratante, atendida su imperatividad y su carácter de orden público,³¹ sin que sea lícito que el potencial o real titular de los derechos deje sin efecto los mismos durante el transcurso del vínculo contractual. Por el contrario, la irrenunciabilidad y la indisponibilidad se despliegan a partir de la adquisición del derecho en el ámbito propio de la función aplicativa.

Las explicaciones precedentes permiten distinguir los dos atributos que presenta la legislación laboral. Por una parte, sus normas son imperativas e inderogables por los contratantes, cuestión que asegura la creación y adquisición del derecho para su titular. Por otra, la irrenunciabilidad —de origen legal y temporal (“mientras subsista el contrato”)— asegura el ejercicio mismo de un derecho ya creado; es decir, el trabajador está habilitado para realizar todos los actos que impliquen el goce y disfrute del mismo.³² De allí que sea ineficaz cualquier acto derogatorio de un derecho establecido en la legislación laboral.³³

IV. La irrenunciabilidad de derechos en el código del trabajo

El Código del Trabajo chileno establece, en su Título Preliminar, una norma clara y garantista: “Los derechos establecidos por las leyes laborales son irrenunciables, mientras subsista el contrato de trabajo”. Se trata de una regla amplia, que cubre toda clase de renunciaciones, sean estas expresa o tácitas, totales o parciales, realizada personalmente o por terceros, o bien que se materialice antes o durante el ejercicio de un derecho laboral.³⁴ Tal como se ha aplicado el precepto, también parecen incluirse en la prohibición algunos negocios jurídicos

³¹ Véase, entre otros, Ramos, Margarita Isabel, *op. cit.*, p. 38; Plá, Américo, *op. cit.*, p. 126; Pasco, Mario, *op. cit.*, p. 69; Ferro, Víctor, *op. cit.*, p. 168; De la Villa, Luis Enrique, *op. cit.*, p. 33; y Macchiavello, Guido, *op. cit.*, p. 432. A nivel jurisprudencial, véase, por todas, *Preller con AFP Planital*, Corte Suprema, casación en el fondo, Rol núm. 748-1999. Sin Rol. RDJ T. XCVI, sec. 3a., 25 de octubre de 1999.

³² Ojeda, Antonio, *op. cit.*, p. 58.

³³ Barcelón, Susana, “Un supuesto sobre la renunciabilidad de los derechos en materia de Seguridad Social”, *Aranzadi Social*, vol. 1, núm. 12, 2002, p. 3187. En igual sentido, Plá, Américo, *op. cit.*, p. 155.

³⁴ Véase Bayón y Pérez, *op. cit.*, p. 248. En el plano jurisprudencial, véase *Reyes con P. F. Servicios Generales*, Corte Suprema, casación en el fondo, Rol núm. 799-2003. RDJ T. XCIX, sec. 3a., 4 de noviembre de 2003.

cos abdicativos, que en rigor son distintos de la renuncia, como sería el caso de la remisión, la compensación, la transferencia o la condonación.³⁵ A mayor abundamiento, en la lógica del artículo 5o. del CT, los derechos laborales son intransmisibles, no pueden ser objeto de abandono, y tampoco pueden incluirse en otros negocios jurídicos que impliquen disposición encubierta del derecho (*v. gr.*, actos de condonación de deudas, la constitución de gravámenes sobre derechos laborales, o la sustitución en la asunción de deberes tributarios o en las obligaciones de seguridad social, por mencionar algunas hipótesis).³⁶ Con todo, resulta evidente que, la norma del artículo 5o. del CT, está prohibiendo la renuncia de derechos subjetivos, ya que la renuncia a leyes laborales imperativas sería inadmisibles.³⁷ Las leyes no se renuncian; a lo que sí se podría eventualmente renunciar, es al derecho que una norma legal establece.

La garantía de irrenunciabilidad cubre, por tanto, la imposibilidad de disponer de un derecho legal, pero no su ejercicio forzoso, cuestión que, por lo demás, sería imposible de fiscalizar. Dicho de otra manera, el no uso del derecho no conlleva directamente a la pérdida del mismo, salvo que el transcurso del tiempo ponga en movimiento otros mecanismos de extinción.³⁸ En esta línea, lo que el artículo 5o. del CT prohíbe es la posibilidad de que el trabajador se desprenda de un derecho beneficioso; pero no existiendo renuncia, él tiene plena libertad para ejercerlo cuando lo estime pertinente. Una cosa es tener la calidad de titular del derecho, y otra muy distinta es su ejercicio efectivo, ya que el no ejercicio de un derecho o el mero retraso no supone su renuncia.³⁹

Asimismo, la prohibición de renuncia no obsta a que los contratantes puedan optar por distintas situaciones jurídicas que admite el código. Por ejemplo, las partes son libres para celebrar un contrato de trabajo indefinido, o a tiempo parcial; o en el supuesto de un trabajador por obra, el artículo 67 del CT le permite optar por que el pago de su feriado proporcional sea diferido; o bien, en caso

³⁵ Guidotti, Franco, *op. cit.*, p. 367. En igual sentido, Giugni, Gino, *op. cit.*, p. 9.

³⁶ Véase Ramos, Margarita Isabel, *op. cit.*, p. 62.

³⁷ Alessandri, Arturo *et al.*, *op. cit.*, p. 339.

³⁸ Cano, Ignacio, *La renuncia a los derechos*, Barcelona, Bosch, 1986, p. 47. Desde una perspectiva más general, véase Fabris, Piera, *op. cit.*, p. 109.

³⁹ Bayón, Gaspar y Pérez, Eugenio, *op. cit.*, p. 249. En igual sentido, Cano, Ignacio, *op. cit.*, pp. 13 y 46; Vázquez, Antonio, *Tratado de derecho del trabajo*, t. 2, Buenos Aires, Astrea, 1982, p. 228; y Pacheco, Luz, “Características de la irrenunciabilidad de los derechos laborales en el Perú y en el Derecho comparado”, *Trabajo y seguridad social*, 2011, p. 17.

de despido discriminatorio, podrá optar entre la reincorporación o el pago de las indemnizaciones legales (artículo 489 del CT). Desde luego, en todos estos casos, se trata de alternativas que el propio legislador ha planteado.

El artículo 5o. del CT no es la única norma en que se recoge la exigencia de irrenunciabilidad. También se regula, por ejemplo, en el contrato de trabajadores portuarios eventuales, con turnos de más de cuatro horas, ya que ellos “tendrán derecho a un descanso de media hora, irrenunciable” (artículo 137 del CT); en el supuesto de los permisos de pre y post natal, o del permiso pagado de cinco días que le corresponden al padre en caso de nacimiento de un hijo (artículo 195 del CT); o bien, en las hipótesis de lactancia a que tiene derecho la trabajadora que tenga hijos menores de dos años (artículo 206 del CT). La misma lógica sigue el artículo 2o. de la Ley núm. 19.973 (de 2004), al declarar que los “días 1 de mayo, 18 y 19 de septiembre, 25 de diciembre y 1 de enero de cada año, serán feriados obligatorios e irrenunciables para todos los dependientes del comercio”, con las excepciones que señala la norma en cuestión; el artículo 88 de la Ley núm. 16.744 (de 1968), el cual indica que los “derechos concedidos por la presente ley son personalísimos e irrenunciables”; o la alternativa de cobro de beneficios de desempleo a que se refiere el artículo 17 de la Ley núm. 19.728 (de 2001): “El derecho anterior se entiende irrenunciable para todos los efectos”.

1. La irrenunciabilidad del derecho común

La norma del Código del Trabajo ha tenido que convivir, durante largo tiempo, con una disposición propia del derecho común. En efecto, el artículo 12 del CC chileno ha establecido una regla en materia de disponibilidad: “podrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes, con tal que sólo miren al interés individual del renunciante y que no esté prohibida su renuncia”. La renuncia, en estos casos, se estructura como un desapoderamiento de un derecho, y tiene como límite el interés colectivo y los supuestos de objeto ilícito.

La renuncia que estructura el CC trae consigo la concurrencia de requisitos, tanto subjetivos como objetivos. En el primer caso, la renuncia exige capacidad de obrar por parte del renunciante, poder de disposición y legitimación. En el ámbito objetivo, la renuncia requiere la dimisión de la titularidad activa de una posición jurídica. Desde esta perspectiva, sólo se pueden renunciar los poderes que se encuentran atribuidos, pero no las obligaciones o deberes. Ello no es

más que una garantía que permite asegurarle al contratante el ejercicio efectivo del derecho.

Leído correctamente este artículo, lo que se está señalando en definitiva es que, todo contratante, puede renunciar a aquellos atributos que están establecidos en beneficio propio, y que no afectan el interés general. Si los derechos de que se trata sólo miran al interés particular, entonces no existe inconveniente en su renuncia; por el contrario, si dichos derechos se conectan con el interés público y con normas imperativas, entonces los derechos salen de la esfera meramente individual. Lo anterior permite concluir que, de acuerdo con las reglas generales del CC, un derecho será renunciable, siempre y cuando su abandono sea indiferente tanto para su titular como para el sistema normativo,⁴⁰ en el entendido que el acto de abandono sólo se refiere a la esfera de poder del individuo.⁴¹ Pero si la renuncia traspasa el mero interés individual, y se sitúa en la esfera del interés colectivo, entonces al ordenamiento jurídico ya no le es irrelevante lo que haga el titular.

En este orden de ideas, la plena renunciabilidad de derechos ni siquiera se encuentra admitida en el ámbito del derecho privado. En ese sector del ordenamiento, también se consagran límites que impiden una disponibilidad completa pues se parte de la base que existen intereses colectivos o generales, conformados por normas inderogables e indisponibles, que impiden un despliegue absoluto de la autonomía de la voluntad.⁴²

De allí que parte importante de la doctrina concluya que, en rigor, reglas como las que establece el artículo 12 del CC serían suficientes para justificar la irrenunciabilidad de derechos laborales.⁴³ Si efectivamente estos derechos miran al interés colectivo, y se encuentran consagrados en normas de orden público,

⁴⁰ De la Villa, Luis Enrique, *op. cit.*, p. 22.

⁴¹ Ramos, Margarita Isabel, *op. cit.*, p. 47.

⁴² Véase Rodríguez-Piñero, Miguel, “El principio de la indisponibilidad de los derechos laborales y el nuevo papel de la autonomía contractual”, en De la Villa, Luis Enrique y López Cumbre, Lourdes (coords.), *Los principios del derecho del trabajo*, Madrid, Centro de Estudios Financieros, 2003, p. 110. En igual sentido, Guidotti, Franco, “Il fondamento giuridico dell’indisponibilità del diritto del prestadore di lavoro”, *Il Diritto del Lavoro*, Italia, año 29, 1955, p. 366.

⁴³ Bayón, Gaspar y Pérez, Eugenio, *Manual de derecho del trabajo*, vol. 1, Madrid, Marcial Pons, 1969-70, p. 22: “La doctrina laboralista ha defendido que simplemente con este (tipo de) preceptos podría construirse la doctrina de la irrenunciabilidad de los derechos en el ámbito laboral”.

nada imposibilitaría concluir que, la renuncia de derechos laborales, se encuentra prohibida, incluso desde la perspectiva del código civil.

Lo anterior no ha impedido, en todo caso, que el legislador laboral opte por una regla específica, de contornos particulares, y que en muchos sentidos va más allá de las hipótesis limitativas del derecho común.

2. La estructura jurídica de la irrenunciabilidad laboral

Como se ha dicho, la irrenunciabilidad que pregona el Derecho del Trabajo no sólo busca proteger al trabajador de la presión indebida del empleador; también y, sobre todo, proteger el ejercicio efectivo de sus derechos, a fin de evitar actos abdicativos, salvaguardando la finalidad del sistema de normas.⁴⁴

La renuncia es un concepto técnico jurídico claramente delimitado en cuanto a sus alcances. Mediante ella, se produce un abandono unilateral del derecho, sin contraprestación, ni sujeta a modalidad. En la renuncia no hay controversia ni concesiones recíprocas; simplemente se verifica un acto abdicativo, que disminuye el patrimonio del trabajador, sin que la compensación sea un requisito para ello. Esto es lo que permite afirmar que, la renuncia, es un sub tipo de indisponibilidad, en el entendido que esta última es una figura más amplia que cubre cualquier acto capaz de provocar una disminución en la esfera de un derecho, abarcando tanto la dejación de derechos plasmados en una renuncia, como en una transacción o negociación.⁴⁵ Una lectura preliminar del artículo 5o. del CT permite afirmar que el legislador ha optado, en principio, por una garantía más restrictiva, aun cuando en la práctica tribunales chilenos invocan la norma del código, como si se tratara de una prohibición general de disponibilidad.

En esta perspectiva, los espacios de renuncia laboral quedan circunscritos, básicamente, a aquellos actos del trabajador referidos a renuncia de derechos convencionales no vinculados a disposiciones de derecho necesario; es decir, a figuras propias de renuncia o reducción de derechos no establecidos en disposiciones legales, sino en contratos individuales de trabajo, decisiones unilaterales del empleador, costumbres o prácticas de empresa; o a la renuncia al puesto de

⁴⁴ Marín, Pascual, “La renuncia al beneficio de la ley en el Derecho civil”, *Annuario de Derecho Civil*, España, vol. 15, núm. 4, 1962, p. 849.

⁴⁵ Pacheco, Luz, *op. cit.*, p. 7.

trabajo, ya que si el trabajador es libre para contratar, también lo es para desligarse de su empleo.⁴⁶

A. La interdicción en el abandono de derechos

Una de las primeras características que se deriva de la norma del artículo 5o. del CT es que, la prohibición de renuncia se predica de los derechos; es decir, de aquella facultad o potestad jurídica que le es inherente al trabajador por expreso mandato legal, y que ha sido debidamente adquirido por éste. Con todo, la irrenunciabilidad de que trata el código, más que un atributo del sujeto titular propiamente tal, se estructura como una cualidad intrínseca aplicable al derecho reconocido por la norma laboral.⁴⁷ Ese derecho, en la lógica del legislador, prefigura un bien indispensable para el trabajador, y que justifica su interdicción de abandono.

La expresión *derechos* se ha entendido, por regla general, de manera amplia, incorporando dentro de la hipótesis no sólo el derecho patrimonial propiamente dicho, sino también las facultades jurídicas, pretensiones, beneficios o derechos en curso de adquisición. Incluso, alguna corriente dogmática ha pretendido extender el concepto a las expectativas razonables de adquisición del beneficio.⁴⁸ En el fondo, lo que subyace en estos criterios es la idea de que la irrenunciabilidad pretende cubrir cualquier figura legal beneficiosa para el trabajador, aunque no tenga rigurosamente la calidad jurídica de derecho, ya sea que se encuentre consolidada, en curso de adquisición, o con expectativa razonable de adquisición.

Sin perjuicio de lo anterior, la expresión *derechos*, que utiliza el artículo 5o. del CT, puede ser objeto de algunas matizaciones que circunscriben con mayor precisión sus límites. Por una parte, de acuerdo con la norma legal, la irrenunciabilidad se predica respecto de los derechos establecidos en el orden laboral. Lo anterior no impide que el término *legislación laboral*, que utiliza el código, sea entendido de manera amplia, de modo tal que todo acto legislativo que esta-

⁴⁶ Mercader, Jesús, *Los principios de aplicación del derecho del trabajo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, pp. 193 y 194.

⁴⁷ Ojeda, *op. cit.*, p. 60. Véase también García, María Amparo, *El recibo de finiquito y sus garantías legales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, p. 16.

⁴⁸ De la Villa, Luis Enrique, *op. cit.*, p. 17.

blezca derechos de carácter social debiera quedar cubierto en esta hipótesis. Por ello, la garantía no se encuentra circunscrita exclusivamente a los derechos que establece el Código del Trabajo, sino que pretende abarcar a todas las leyes que establezcan derechos en favor del trabajador.

Así, por ejemplo, caben dentro de la denominada legislación laboral, los derechos de seguridad social, los derechos de inembargabilidad del Código de Procedimiento Civil, las reglas sobre prelación de créditos laborales del CC, las normas reguladoras de los deberes de protección a la vida y seguridad del trabajador, así como cualquier otra norma que refleje un derecho de naturaleza laboral. Es decir, el carácter laboral de la legislación irrenunciable puede emanar de su carácter formal o bien del contenido propio de la norma legal (la cual, la mayor parte de las veces, no deja lugar a dudas en cuanto a su naturaleza). Dicho de otra manera, la exigencia de especialidad puede extraerse de cualquier disposición que regule alguna figura laboral, o bien, que surja de su propia *ratio*.⁴⁹

A mayor abundamiento, la palabra “legislación” no puede ser entendida en sentido formal o estricto, sino que, por el contrario, en un sentido material. Esta última opción permitiría incorporar, dentro de la irrenunciabilidad, a todas las normas reglamentarias dictadas por la Administración en ejercicio de sus poderes normativos,⁵⁰ y que establezcan derechos en favor del trabajador. Así ocurriría, por ejemplo, con los derechos que conceden algunos instrumentos emblemáticos en materia laboral, como el Decreto Supremo núm. 594 (de 2000), sobre condiciones sanitarias y ambientales básicas en los lugares de trabajo, y que concede derechos correlativos al trabajador respecto de la obligación del empleador en orden a mantener en los lugares de trabajo las condiciones

⁴⁹ Vázquez, Antonio, *op. cit.*, p. 226.

⁵⁰ Véase, Ramos, Margarita Isabel, *op. cit.*, p. 105; y Ojeda, Antonio, *op. cit.*, p. 85. Más enfático aún, Plá, Américo, *op. cit.*, p. 158: “Han de ser derechos legales, o sea, otorgados en leyes, reglamentos o resoluciones administrativas”; y De la Villa, Luis Enrique, *op. cit.*, p. 25: “el término leyes [...] debe ser entendid(o) en sentido amplio, equivalente a norma jurídica estatal, o incluso, a norma jurídica emanada de poderes normativos distintos al del Estado”. Y agrega en p. 36: “el término ley [...] debe referirse, por supuesto, a las leyes formales y a las disposiciones administrativas, a las reglamentaciones de trabajo, a los convenios colectivos y normas de obligado cumplimiento, e incluso a los reglamentos de régimen interior”. En esta línea, a nivel jurisprudencial, véase *Preller con AFP Planvital*, Corte Suprema, casación en el fondo, Rol núm. 748-1999. Sin Rol. RDJ T. XCVI, sec. 3a., 25 de octubre de 1999: “Tal irrenunciabilidad no sólo es referida a los que se podrían llamar derechos básicos o elementales [...], sino también a todos aquellos que fluyen de la reglamentación laboral [...]”.

sanitarias y ambientales necesarias para proteger la vida y la salud de los trabajadores que en ellos se desempeñan; o en el Decreto Supremo núm. 3 (de 1984), que Aprueba reglamento de autorización de licencias médicas por las Compín e Instituciones de Salud Previsional. Es decir, la norma reglamentaria crea y reconoce derechos para el trabajador, los cuales también se encontrarían amparados por la figura del artículo 5o. del CT. Lo que ocurre es que, una visión amplia y más garantista, reconduce el término “legislación” a cualquier norma beneficiosa, independiente de si ha sido dictada por el legislador o por la Administración, mediante el uso de reglamentos.

En síntesis, la expresión legislación laboral es genérica, incorpora dentro de sí normas de distinto alcance, ya sea que se trate de estatutos especiales o generales, pero que desde luego no se encuentran referidas exclusivamente a los preceptos del Código del Trabajo. Lo anterior tiene importancia, pues la generación de derechos laborales está esparcida en todo el ordenamiento jurídico, cuestión que obliga a analizar si la norma, y no tanto la fuente jurídica que la contiene, reviste el carácter de una disposición de orden laboral.

B. La naturaleza de los derechos

La irrenunciabilidad a que se refiere el artículo 5o. del CT no dice relación con supuestos de hecho, o con bienes o cosas,⁵¹ sino relación con aquellos derechos laborales que ya han ingresado al patrimonio de su titular. Desde esta perspectiva, se trataría de derechos ciertos, subjetivos, ya nacidos, incontrovertibles y de carácter patrimonial. Por el contrario, sí podrían ser objeto de renuncia los derechos contractualmente pactados y que sean superiores al mínimo legal, los usos y costumbres, y las posibilidades de comportamiento en el ejercicio de un derecho, tal como sucede por ejemplo con la figura de las vacaciones: el derecho es irrenunciable, pero nada impide que el trabajador se obligue a disfrutarlo, dentro de una determinada época o espacio geográfico, donde funciona la empresa.⁵²

La expresión legal también parece cubrir el caso de los derechos en curso de adquisición, o de ejercicio, supeditados al cumplimiento de un plazo. En estos casos, el derecho no se ha desplegado por una situación externa y objetiva, pero

⁵¹ Fabris, Piera, *op. cit.*, p. 1.

⁵² Véase Ojeda, Antonio, *op. cit.*, p. 165.

que, desde luego, se producirá en el futuro. Eso sucede en el caso del derecho a pensión de vejez, regulado en el artículo 3o. del Decreto Ley núm. 3.500 (de 1980), en que el derecho mismo nace cuando se llega a la edad de jubilación. A la misma conclusión podría arribarse en el supuesto de una trabajadora en estado de maternidad que renuncia por anticipado a los descansos de pre y post natal. Lo que aquí existe, es un derecho en curso de adquisición o ejercicio, y que encuentra resguardo en la norma del artículo 5o. del CT.⁵³

No obstante, tanto doctrina como jurisprudencia han ampliado la cobertura de la garantía incluso a las meras expectativas y a los derechos futuros. Ello permite sancionar la renuncia anticipada de derechos venideros (aunque técnicamente, no se puede renunciar a lo que no se tiene);⁵⁴ o bien, de derechos desconocidos por el trabajador, al momento de suscribir el instrumento abdicativo. Siguiendo esta tesis, la renuncia de expectativas estaría prohibida debido a que, una disponibilidad de esta naturaleza, impediría la asignación posterior del derecho para el eventual titular.⁵⁵ Es decir, si se acogiera la tesis de que, durante la relación laboral muchos de los derechos establecidos por la legislación sólo constituyen una mera expectativa, probablemente la protección de los derechos laborales sería ilusoria. A fin de cuentas, al ordenamiento laboral le interesa no sólo la adquisición del derecho, sino también su goce efectivo. Por ello, la irre-

⁵³ En el caso de la maternidad, parte importante de la jurisprudencia ha tenido un criterio restrictivo, en lo que respecta a supuestos de renuncia. Ese criterio parte de la base que las normas protectoras de la maternidad, no se establecen en el exclusivo beneficio de la madre trabajadora, sino que, también, en beneficio del hijo. Entre otras, véase *Reyes con P. F. Servicios Generales*, Corte Suprema, casación en el fondo, Rol núm. 799-2003. RDJ T. XCIX, sec. 3a., 4 de noviembre de 2003: “la protección a la mujer en estado de gravidez, si bien atiende a la trabajadora, persigue, fundamentalmente, resguardar los derechos del que está por nacer”. En igual sentido, *Yévenes con Santa Isabel*, Corte Suprema, Sin Rol. RDJ T. XCIX, sec. 3a., 21 de marzo de 2002. Por excepción, una corriente judicial ha puesto el énfasis en el hecho de que el fuero maternal limita al empleador, pero no a la trabajadora quien puede renunciar al fuero y poner término al contrato. En esta línea, y entre otras, *Rojas con Empresas Ingenac*, Corte de Apelaciones de Santiago, apelación, Rol núm. 1841-1992. RDJ T. LXXXIX, sec. 3a., 02 de octubre de 1992; y *Berrios con Líneas Aéreas Chilenas*, Corte de Apelaciones de Santiago, apelación, Rol núm. 4191-2002, 3 de junio de 2003, www.poderjudicial.cl

⁵⁴ Cano, Ignacio, *op. cit.*, p. 11.

⁵⁵ Como ha señalado Fabris, Piera, *op. cit.*, p. 48, la renuncia a derechos futuros se termina convirtiendo en una renuncia a derechos que se van adquiriendo gradualmente. A mayor abudamiento, véase De la Villa, Luis Enrique, *op. cit.*, p. 17; Giugni, Gino, *op. cit.*, p. 8; Vázquez, *op. cit.*, pp. 226 y 228; y Plá, *op. cit.*, p. 147.

nunciabilidad se dirigiría no sólo a los derechos ya adquiridos, sino a todos los que, por alguna razón, encuentren suspendida su exigibilidad o nacimiento, sea que estén sujetos a algún plazo legal o condición.⁵⁶

Lo que subyace en esta discusión es la diferencia entre inderogabilidad e irrenunciabilidad, entendiendo que ambas figuras no se superponen, sino que se complementan. De esta manera, cuando los efectos de la irrenunciabilidad terminan, entonces surge la limitación dada por la norma inderogable.⁵⁷ En efecto, el resguardo del artículo 5o. del CT se refiere esencialmente a los derechos ya adquiridos; pero en la práctica, más allá de la irrenunciabilidad, aparece la inderogabilidad de la norma laboral, con objeto de remover cualquier obstáculo que impida la adquisición de derechos, que normalmente llegarían al patrimonio del trabajador.⁵⁸ En esta lógica, la inderogabilidad protege tanto el nacimiento como el contenido de los derechos subjetivos de una norma imperativa; la irrenunciabilidad, por su parte, resguarda la subsistencia del derecho, evitando que el titular pueda despojarse de estos, e impidiendo además el abandono de aquellos derechos que ya han nacido y se han incorporado al patrimonio del trabajador.⁵⁹ Desde esta perspectiva, una renuncia anticipada no podría producir efectos, ya que se lo impide la inderogabilidad.

Lo anterior, en todo caso, no ha sido uniforme en el caso chileno. Alguna corriente jurisprudencial ha concluido, por ejemplo, que el derecho a la indemnización por años de servicios constituye, durante la vigencia del contrato de trabajo, una mera expectativa que sólo surge como derecho, una vez que se termina la relación laboral.⁶⁰ Dentro de este derrotero, se parte de la base de que, la irrenunciabilidad del artículo 5o. del CT, sólo puede aplicarse a aquellos de-

⁵⁶ Véase Ojeda, *op. cit.*, p. 79: “todo intento de las partes por evitar que este beneficio llegue a nacer en el caso previsto, es completamente ineficaz”. Y agrega en p. 148: “la renuncia a una expectativa de derecho ‘inderogable’, choca directamente con la voluntad de la ley que ordena su atribución, y por tanto es nula [...]”. Un criterio jurisprudencial en contrario puede consultarse en *Abumada con Valparaíso Store*, Corte Suprema, casación en el fondo, Rol núm. 4955-2005. RDJ T. CIV, sec. 3a., 8 de mayo de 2007.

⁵⁷ Rodríguez-Piñero, Miguel, *op. cit.*, p. 114.

⁵⁸ Mercader, Jesús, *op. cit.*, p. 176.

⁵⁹ Véase, Ojeda, Antonio, *op. cit.*, nota 3, p. 77. Así ocurre, por ejemplo, con el artículo 86 de la *Ley de Propiedad Intelectual* (núm. 17.336): “Son irrenunciables los derechos patrimoniales que esta ley otorga a los titulares de los derechos de autor y conexos”.

⁶⁰ Véase, por todas, *Bustos con Corporación*, Corte Suprema, casación en el fondo, Rol núm. 5032-2005, 17 de abril de 2007, www.poderjudicial.cl

rechos que se encuentran efectivamente adquiridos. El problema que presenta esta tesis es que no distingue adecuadamente entre expectativa de derecho y derecho en curso de adquisición, en el entendido de que, el segundo de los conceptos mencionados, presupone un derecho que ya ha nacido, pero su ejercicio se encuentra sometido a una condición propia de un hecho futuro.⁶¹ Tampoco logra distinguir la diferencia que se produce entre irrenunciabilidad e inderogabilidad, ya que no cabe duda de que, las partes de un contrato de trabajo, no están facultadas para dejar sin efecto una norma legal que todavía no se ha aplicado, pero que deberá aplicarse por su carácter imperativo.

C. La irrenunciabilidad temporal: mientras subsista el contrato de trabajo

Siguiendo una antigua corriente jurisprudencial, el artículo 5o. del CT limitó temporalmente la regla de irrenunciabilidad, en el sentido de que la garantía sólo se despliega, en tanto cuanto subsista el contrato de trabajo. Al obrar de esta manera, se dejan fuera del resguardo legal todas las actuaciones verificadas en los estadios previos a la contratación, así como aquellas que sucedan con posterioridad al término del vínculo. En la primera hipótesis, la exclusión de la garantía resulta evidente, pues la relación laboral ni siquiera ha nacido; por lo tanto, no hay disposición de derecho posible. En el segundo caso, ya extinguido el contrato, se parte de la base de que “no existen derechos laborales propiamente tales sino créditos de carácter pecuniario”.⁶²

Esta opción legislativa tiene un claro matiz subjetivo, e implícitamente tiende a fundar la prohibición de renuncia en una especie de vicio del consentimiento, que se produciría durante la ejecución del contrato, en atención al estado de desigualdad o de inferioridad del trabajador frente al empleador.⁶³ Las teorías subjetivas pretenden fundar la regla de irrenunciabilidad en una presunta disminución de la libertad consensual. Esta menor libertad tendría su origen en

⁶¹ Desde una perspectiva más vinculada a la Seguridad Social, pero aplicable al caso que se comenta, véase Gil, Juan, y Martín, Vicente, “Compromisos por pensiones: derechos en curso de adquisición y disponibilidad”, *Aranzadi Social*, España, núm. 5, 2001, p. 541.

⁶² Véase *Rebolledo con Comercial e Industrial Copibue*, Corte Suprema, casación en el fondo, Rol núm. 1599-2002. RDJ T. XCIX (2002), sec. 3a., 22 de agosto de 2002.

⁶³ Entre otros, Guidotti, Franco, *op. cit.*, p. 368; Barassi, Ludovico, *op. cit.*, p. 453; Ojeda, Antonio, *op. cit.*, p. 107; Vázquez, Antonio, *op. cit.*, pp. 224 y 229; y Plá, Américo, *op. cit.*, p. 132.

un estado de necesidad económica, en una suerte de temor reverencial hacia el empleador (asimilable a un supuesto de violencia moral), en una eventual ignorancia de los derechos, o simplemente en la presión que ejercería el empleador para conseguir la renuncia.⁶⁴ De esta manera, se sostiene, extinguida la relación laboral los hechos causantes del vicio desaparecerían, y por tanto, podrían validarse las renunciaciones post contractuales.⁶⁵

Con todo, no es la tesis subjetiva la que circunscribe temporalmente la irrenunciabilidad. En rigor, lo que explica la consagración de esta garantía es la posición de subordinación en la cual se encuentra el trabajador, y la necesidad de tutelar el interés general que subyace en el reconocimiento de derechos. Por lo demás, estas tesis subjetivas han sido ampliamente rechazadas a nivel doctrinal, aun cuando tuvieron en su momento algún respaldo, sobre todo en el derecho italiano.⁶⁶ En general, se parte de la base de que, la presión del empleador, no reviste la gravedad necesaria para llegar a producir un vicio de la voluntad, sin perjuicio de que el poder de dirección de éste debe ajustarse a las normas laborales imperativas.⁶⁷ Asimismo, la invocación de un estado de necesidad económica durante la vigencia de la relación laboral, tampoco parece conciliarse con alguno de los supuestos clásicos de nulidad del consentimiento. Menos

⁶⁴ La influencia de este criterio puede observarse, por ejemplo, en *Rivera con Hipermercado Nos*, Corte Suprema, Unificación de jurisprudencia, Rol núm. 12.514-2013, 23 de junio de 2014. www.poderjudicial.cl. Similar orientación sigue parte de la jurisprudencia, al señalar que la renuncia bajo amenaza de despido no sería una genuina renuncia, pues “no constituye un acto libre de su parte, su consentimiento es aparente y la mencionada renuncia tiene todos los caracteres de ser ficticia, por lo que no cabe darle valor”, *Vargas con Laboratorios Recalcine*, Corte de Apelaciones de Santiago, apelación, Rol núm. 2823-91. RDJ T. LXXXIX, sec. 3a., 15 de enero de 1992. En igual sentido, *Galoso con Comercial Ecsa*: “la pretendida renuncia de la actora no pudo ser voluntaria, por cuanto, en el contexto en que se gestó [...] se desprende que no pudo ser prestada en forma pura y simple; o, dicho de otro modo, fue presionada o forzada para formular la renuncia, por lo que su voluntad fue viciada”. A mayor abundamiento, *vid.* también, *Galaz con Servicios Prosegur*, Corte Suprema, casación en el fondo, Rol núm. 4841-2000, 6 de marzo de 2001. www.poderjudicial.cl

⁶⁵ Por cierto, esta supuesta falta de libertad que pretenden sancionar las teorías subjetivistas también se mantienen, después de extinguido el contrato, sin perjuicio de que gran parte de los derechos del trabajador se refieren a la disolución del vínculo (véase, Plá, Américo, *op. cit.*, p. 150).

⁶⁶ Por todos, Guidotti, Franco, *op. cit.*, pp. 368 y 369; Fabris, Piera, *op. cit.*, pp. 20 y ss.; y Barassi, Ludovico, *op. cit.*, p. 453.

⁶⁷ Por todas, *Sindicato de Trabajadores con Agrícola Ariztúa*, Corte Suprema. Rol núm. 2927-2001. RDJ T. XCVIII, sec. 3a., 15 de noviembre de 2001.

aceptable resulta la tesis de que, en la renuncia de derechos laborales ocurridos durante la vigencia del contrato, existiría una especie de incapacidad jurídica del trabajador. Si eso fuese así, no se logra entender por qué esa incapacidad sólo estaría presente en un determinado momento contractual, y no en otros.⁶⁸ Por tal razón, el fundamento temporal de la irrenunciabilidad no puede buscarse en la presunta existencia de un vicio del consentimiento, ya que ello también sería argumentable hipotéticamente en los estadios posteriores al término del contrato de trabajo.

El rechazo a las tesis subjetivas no implica, en todo caso, que el código chileno opte por una visión meramente objetiva, la cual plantea que la irrenunciabilidad debe extenderse incluso a aquellos períodos posteriores al término del contrato, debido a que, lo que se intentaría resguardar, es un bien que supera al mero interés singular del renunciante. Claramente, el código no establece una irrenunciabilidad amplia en el tiempo, pues centra la garantía en la época de ejecución del contrato. Y lo hace por una simple razón de seguridad jurídica.

Pero habrá que reconocer que existen otros casos en la legislación en que el resguardo de la indisponibilidad se extiende más allá de la subsistencia del vínculo. Así ocurre, por ejemplo, en el caso de los derechos de seguridad social: al existir un interés general comprometido, las normas reguladoras de seguridad social no pueden ser modificadas ni renunciadas por el beneficiario, pues se trata de “derechos personalísimos, inalienables, intransmisibles e irrenunciables”.⁶⁹ Por lo demás, estos derechos desbordan el ámbito de la relación laboral, y forman parte de una relación de previsión complementaria o conexas con aquella,

⁶⁸ Sobre el particular, véase, por todos, De la Villa, Luis Enrique, *op. cit.*, p. 25; Vázquez, Antonio, *op. cit.*, p. 229; Ojeda, Antonio, *op. cit.*, pp.107 y ss; y Bayon, Gaspar *et al.*, *op. cit.*, p. 233.

⁶⁹ Véase Novoa, Patricio, *Derecho de seguridad social*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 154. La misma lógica, en Alonso, Manuel, y Casas, María Emilia, *Derecho del Trabajo*, 26a. ed., Madrid, Civitas, 2009, p. 1200: “Las normas de seguridad social son aún más rígidas que las reguladoras del contrato de trabajo. No es ya que se prohíba toda renuncia [...], sino que las prestaciones, concreción de los derechos del beneficiario, no pueden ser objeto de cesión total o parcial [...] ni antes, ni durante, ni después de la vigencia del contrato de trabajo, ni de la concurrencia del evento protegido”. En el plano jurisprudencial, véase *Rebolledo con Comercial e Industrial Copibue*, Corte Suprema, casación en el fondo, Rol núm. 1599-2002. RDJ T. XCIX (2002), sec. 3a., 22 de agosto de 2002; *Flores con Elastopac II*, Corte Suprema, Unificación de jurisprudencia, Rol núm. 88.866-2016, 16 de mayo de 2017. www.poderjudicial.cl; y *Valenzuela con Correa*, Corte de Apelaciones de San Miguel, apelación, Rol núm. 69-2005, 9 de agosto de 2005. www.poderjudicial.cl

pero que se prolonga más allá.⁷⁰ Desde esta perspectiva, no serían admisibles actos de transacción, ni judicial ni extrajudicial, sobre derechos de seguridad social ya adquiridos,⁷¹ salvo que la legislación respectiva permita expresamente la renuncia.⁷² Una cosa distinta, desde luego, es que la acción de cobro tenga un plazo de prescripción, tal como ocurre en la hipótesis establecida en el artículo 79 de la Ley núm. 16.744; pero un derecho irrenunciable de esta naturaleza no cambia su *ratio* por el mero transcurso del tiempo.⁷³ No hay que olvidar que la irrenunciabilidad es distinta de la prescriptibilidad, la cual se estructura simplemente como una sanción ante el no ejercicio de un derecho.

Muy unido a lo anterior, la jurisprudencia ha precisado que, la acción de nulidad a que se refiere el artículo 162 del CT chileno, es irrenunciable mientras no se paguen íntegramente las cotizaciones previsionales. En efecto, si las cotizaciones de seguridad social no se encuentran pagadas al momento de extinguirse el contrato, el finiquito entre trabajador y empleador sólo tiene “poder liberatorio respecto a la causa y a la oferta de pago aceptada, pero carece de tal efecto en lo relativo a la acción de nulidad del artículo 162 del Código del Trabajo, pues la aplicación de esta norma legal es irrenunciable”.⁷⁴

⁷⁰ Serrano, María José, “La transacción y la renuncia de los derechos consolidados de los partícipes de un plan de pensiones, realizada en un finiquito”, *Relaciones Laborales*, núm. 1, 2008, p. 62.

⁷¹ Ramos, Margarita Isabel, *op. cit.*, nota 2, p. 166. En igual sentido, *Abarca Pavez y otros con Ex Caja de Previsión Social de los Empleados y Obreros de la Empresa Metropolitana de Obras Sanitarias* (1994). Si bien el artículo 5o. CT no señala expresamente esta prohibición de renuncia, la misma se encuentra recogida en el artículo 163 bis del CT, cuando regula la figura del finiquito en los supuestos que el empleador fuere sometido a un procedimiento concursal de liquidación. En efecto, “el finiquito suscrito por el trabajador deberá ser autorizado por un ministro de fe, [...], aun cuando las cotizaciones previsionales se encuentren impagas”. Y agrega: “c) Cualquier estipulación que haga entender que el trabajador renuncia total o parcialmente a sus cotizaciones previsionales se tendrá por no escrita”.

⁷² Supuestos de renuncia permitida pueden consultarse, por ejemplo, en los artículos 32 bis y 41 bis de la Ley núm. 18.933 (09/03/1990); o en el artículo 11 de la Ley núm. 6.174 (31/01/1938). Véase también el artículo único de la Ley núm. 20.317 (24/01/2009).

⁷³ De la Villa, Luis Enrique, *op. cit.*, p. 39.

⁷⁴ Véase, *Rebolledo con Comercial e Industrial Copihue*, Corte Suprema, casación en el fondo, Rol núm. 1599-2002. RDJ T. XCIX (2002), sec. 3a., 22 de agosto de 2002. En igual sentido, *Flores con Elastopac II*, Corte Suprema, Unificación de jurisprudencia, Rol núm. 88.866-2016, 16 de mayo de 2017. www.poderjudicial.cl; y *Sanhueza con Díaz*, Corte de Apelaciones de Antofagasta, apelación, Rol núm. 2644-2002. GJ núm. 270, 27 de diciembre de 2002.

Otra excepción a la temporalidad se produce en el caso de las invenciones laborales. De acuerdo con el artículo 14 de la Ley núm. 17.336 sobre Propiedad Intelectual, el autor, como titular exclusivo del derecho moral, “tiene por vida” una serie de facultades vinculadas a la paternidad e integridad de la obra. Pues bien, estos derechos son inalienables y es nulo cualquier pacto en contrario (artículo 16 Ley núm. 17.336). Se trata de una regulación mucho más tajante y garantista que la establecida en el CT, y que aparentemente no admite matizaciones.

Una lógica similar, aunque más restrictiva, se regula en el artículo 71 de la Ley núm. 19.039 sobre Propiedad Industrial. En este caso, los derechos establecidos en beneficio del trabajador “serán irrenunciables antes del otorgamiento de la patente, del modelo de utilidad o del esquema de trazado o topografía de circuitos integrados, según corresponda”. Como se ha dicho, se trata de una redacción más restrictiva que aquella que regula el artículo 5o. del CT, pues el trabajador inventor puede renunciar a sus derechos “una vez que la invención se haya patentado, incluso antes del término de su contrato”.⁷⁵

El mismo CT parece agregar otra excepción a la temporalidad, cuando señala, en su artículo 63 *bis*, que “en caso de término del contrato de trabajo, el empleador estará obligado a pagar todas las remuneraciones que se adeudaren al trabajador en un solo acto al momento de extender el finiquito”. Es decir, es el propio texto laboral el que establece el derecho a pago de la totalidad de las remuneraciones, pero después de extinguida la relación laboral. De esta manera, el código no se coloca en la hipótesis de que el pago de las remuneraciones pueda ser parcial, cuestión que parece contradecir el alcance temporal de la irrenunciabilidad que consagra el artículo 5o. del CT.

Por último, también se produce una excepción a la temporalidad en los casos en que la renuncia se verifica durante la ejecución del vínculo laboral, pero en instancias de conciliación administrativa o judicial.⁷⁶ Se parte de la hipótesis de que, en ambos casos, el trabajador estaría amparado por la autoridad del juez o del fiscalizador, razón por la cual las renunciaciones verificadas en estas instancias durante la vigencia de la relación laboral serían compatibles con la prohibición

⁷⁵ Véase Sierra, Alfredo, *Patentes de invención y derecho del trabajo*, Santiago, Legal Publishing/ Thomson Reuters, 2013, p. 120.

⁷⁶ Entre otros, Ramos, Margarita Isabel, *op. cit.*, p. 81; Rodríguez-Piñero, Miguel, *op. cit.*, p. 31; y Plá, Américo, *op. cit.*, p. 162.

del artículo 5o. del CT. Más aún, la presencia de una autoridad judicial o fiscalizadora permitiría valorar los matices y circunstancias que concurren en cada caso.⁷⁷ Siendo cierto lo anterior, no cabe duda de que la prohibición de renuncia durante la ejecución de la relación laboral también es aplicable en sede judicial o administrativa. El ordenamiento chileno regula parcialmente las facultades del juez y del inspector en materia de conciliación, pero no contempla mecanismos específicos que permitan variar la regla del artículo 5o. del CT, en alguna de dichas instancias. Lo que ocurre es que, en la mayoría de estos casos, más que una renuncia, lo que sí existe es una transacción que, al menos formalmente, sí estaría permitida en la lógica del artículo 5o. del CT.

D. El destinatario de la garantía

A diferencia de lo que ocurre en otros ordenamientos, el artículo 5o. del CT no aclara si la prohibición de renuncia se aplica exclusivamente al trabajador o si, por el contrario, también es predicable con respecto del empleador. Un análisis preliminar deja en evidencia que el titular del Poder de Dirección también goza de derechos laborales, y dentro de ellos podría incorporarse la irrenunciabilidad de las facultades jurídicas. Así ocurre por ejemplo en la indisponibilidad de las facultades de administración a que se refiere el artículo 306 del CT.

La prohibición de renuncia de derechos no implica que, cualquier norma laboral, siga ese mismo derrotero. Dentro del mismo CT, existen normas que —sin establecer precisamente derechos—, permiten la eventual renuncia de situaciones normativas que pueden ser perfectamente disponibles. Lo mismo podría afirmarse, respecto a las facultades que el ordenamiento jurídico le reconoce al empleador, para modificar las condiciones de trabajo. Ello ocurre, por ejemplo, en algunas hipótesis de *ius variandi*, en que la modificación no requiere acuerdo con el trabajador,⁷⁸ y a la cual el empleador podría renunciar a no ejer-

⁷⁷ Véase De la Villa, Luis Enrique, *op. cit.*, p. 60: “La doctrina se muestra más inclinada a aceptar renunciaciones o, con mayor rigor, actos de disposición del trabajador, si unas y otros se llevan a cabo ante órganos del Estado”. En igual sentido, Pacheco, Luz, “El test de disponibilidad de derechos en la nueva Ley procesal”, *Revista Laboral de la Ley*, Perú, núm. 76, 2014, p. 7: “la presencia del juez, [...] garantiza la libertad de los litigantes para convenir dentro de los límites autorizados”.

⁷⁸ Véase a este respecto la norma del inciso primero del artículo 12 del CT, en cuya virtud el empleador puede bajo, ciertas condiciones, alterar la naturaleza de los servicios, o el sitio o

cer el derecho en un caso en particular. A la misma conclusión se podría llegar, en caso de que el empleador decidiera no aplicar su poder disciplinario. Pero este tipo alternativas son abrumadoramente residuales; dentro de la esfera laboral, los supuestos de indisponibilidad son la regla general y, más allá de estos casos, la imperatividad de las reglas laborales impide la derogación por acuerdo contractual. Más aún, en no pocas hipótesis, la irrenunciabilidad emana del propio contenido de la norma o incluso de su finalidad.⁷⁹ De allí que podría sostenerse que, la prohibición de renuncia, también es aplicable a los derechos que la legislación le confiere al acreedor de trabajo.

No obstante, la doctrina es reacia a extender la prohibición de renuncia al empleador; se parte de la base de que éste no requiere de la tutela del ordenamiento para asegurar la efectividad de sus derechos.⁸⁰ Ello no ha impedido que, parte de la jurisprudencia chilena, asuma un criterio favorable a la irrenunciabilidad de derechos con respecto al empleador. Fundada en una fuerte razón de texto, concluye que la irrenunciabilidad se predica de los derechos laborales en general, independientemente de quien es el titular de dichos derechos. Como en el código existen normas que van en directo beneficio del empleador, nada impediría extenderle a este último la garantía de la irrenunciabilidad. Pero este criterio choca con otra corriente jurisprudencial que, a raíz del denominado *retardo desleal*, concluye que la garantía del artículo 50. del CT sólo beneficia al trabajador. En efecto, a diferencia de lo que pudiera argumentarse sobre la procedencia del perdón de la causal de despido, cuando del empleador se trata, en el caso de los trabajadores no sería admisible dicha figura pues sus derechos son irrenunciables durante la vigencia de la relación laboral.⁸¹ De allí que, habrá que concluir, la prohibición de renuncia sólo es predicable del trabajador. Los demás

recinto en que ellos deban prestarse. Se trata de una atribución unilateral que, aun cuando sea causal y expuesta a revisión administrativa o judicial, de todas formas, no afecta la regla de la irrenunciabilidad.

⁷⁹ Plá, Américo, *op. cit.*, p. 140. En igual sentido, Alonso, Manuel *et al.*, *op. cit.*, p. 1197: “[...] en principio, las normas laborales en bloque son de derecho necesario y están precedidas, por tanto, del principio de irrenunciabilidad”. Y agregan: “la lógica impone partir del carácter necesario de ésta, salvo determinación expresa o implícita cierta en contrario”.

⁸⁰ Véase, por todos, Montoya, Alfredo, *Derecho del trabajo*, 29a. ed., Madrid, Tecnos, 2008, p. 226.

⁸¹ Véase *Rivera con Hipermercado Nos*, Corte Suprema, Unificación de jurisprudencia, Rol núm. 12.514-2013, 23 de junio de 2014, www.poderjudicial.cl

casos de indisponibilidad por parte del empleador se explican mejor desde la inderogabilidad de la norma o desde la facultad de no ejercicio de un derecho.

3. Los efectos de la renuncia prohibida

De acuerdo con el artículo 5o. del CT, la renuncia prohibida es aquella que se produce mientras subsista el contrato de trabajo. Y el efecto inmediato que se deriva de ella es la nulidad absoluta del acto de disposición del derecho. Si las normas laborales establecen derechos en virtud de normas imperativas y de orden público, con carácter de derecho necesario, entonces la consecuencia natural es que esos derechos sean absolutamente irrenunciables.⁸² Ni siquiera la ratificación posterior por las partes puede sanear el vicio.⁸³

La sanción de nulidad absoluta se explica a partir de una renuncia abdicativa de derechos laborales que adolece de causa y de objeto ilícito, de conformidad con lo establecido en los artículos 1462 y 1467 del CC. Se trata de derechos intransferibles, y cuya disponibilidad se encuentra prohibida por ley o por el orden público. La nulidad deja al descubierto, no sólo la invalidez del negocio jurídico, sino además la ineficacia del acto, en el sentido de que no puede producir efecto alguno. Además, cualquier acto de renuncia contraviene una norma imperativa e inderogable, como es la establecida en el inciso segundo del artículo 5o. del CT. A la misma conclusión habría que arribar en caso de exclusión voluntaria de una norma imperativa. Aquí no existe una renuncia propiamente tal, pues se trata de un caso de inderogabilidad; sin embargo, el efecto es la nulidad o ineficacia de la referida exclusión.

Con todo, este efecto genera un problema con respecto a quien es el legitimado para alegar la nulidad. Como es sabido, el artículo 1683 del CC indica que, la nulidad absoluta, puede y debe ser declarada por el juez, aun sin petición de parte, cuando aparece de manifiesto en el acto o contrato. Por lo tanto, no habría inconveniente en que la nulidad absoluta por renuncia de derechos laborales sea declarada en sede judicial. Incluso, si la nulidad fuese pedida por la

⁸² Por todos, De la Villa, Luis Enrique, *op. cit.*, p. 36.

⁸³ Artículo 1683 del CC chileno. A nivel jurisprudencial, véase *Nayte y otros con Pietro Depetris*, Corte Suprema, Rol núm. 3380-98. RDJ T. XCVI, sec. 3a., 23 de agosto de 1999.

parte que ha celebrado el contrato, sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba, ello no sería óbice para declarar judicialmente la nulidad.

La nulidad absoluta del acto de renuncia no tiene por qué referirse a todo el contrato de trabajo, o al instrumento que incorpora la renuncia. Por el contrario, la nulidad afectará a las cláusulas que contravienen la norma de derecho necesario, permaneciendo vigente el resto del negocio jurídico. Dicho de otra manera, la “nulidad de parte del contrato no se comunica al resto”,⁸⁴ y la cláusula ilegal será reemplazada por aquella que disponga la norma declarada irrenunciable, toda vez que, la consecuencia de un acto contrario a la ley, es la sustitución automática de dicha cláusula (salvo el caso de los niños, niñas o adolescentes a que se refiere el artículo 17 del CT).⁸⁵

V. Los actos de renuncia a través de la transacción

La regla de irrenunciabilidad, que establece el Código del Trabajo chileno, se extiende durante toda la vigencia de la relación laboral. Extinguida ésta, la renuncia es válida.⁸⁶ Pero la garantía sólo está referida al acto de renuncia; por lo tanto, al menos teóricamente, nada impide —incluso durante la ejecución del contrato— que las partes celebren actos jurídicos bilaterales al estilo de una transacción. La renuncia de derechos, formulada una vez terminado el contrato, debe ser expresa, de forma tal que no quede lugar a dudas sobre la verdadera intención del renunciante; sobre todo si se considera que las renunciaciones no se presumen. De allí que el ordenamiento jurídico exija una voluntad clara y precisa que demuestre la disponibilidad del derecho.⁸⁷ Congruente con lo anterior, la

⁸⁴ Véase, Ramos, Margarita Isabel, *op. cit.*, p. 95. En igual sentido, Plá, Américo, *op. cit.*, p. 155.

⁸⁵ Mercader, Jesús, *op. cit.*, p. 182.

⁸⁶ Por el contrario, la renuncia de derechos durante la vigencia del contrato, aun cuando cumpla con todas las formalidades del artículo 177 del CT, carece de valor. Por todas, véase Martínez con Pozo, Corte de Apelaciones de Santiago, apelación, Rol núm. 455-90. GJ núm. 119, 18 de mayo de 1990; y Zambrano con Sodimac, Corte Suprema, casación en el fondo, Rol núm. 7896-2010, 1 de junio de 2011. www.poderjudicial.cl

⁸⁷ De la Villa, Luis Enrique, *op. cit.*, p. 11. En igual sentido, Cano, Ignacio, *op. cit.*, nota 38, p. 47: “[...] no cabe apreciar la existencia de una renuncia sino cuando su manifestación es de una voluntad clara y seria de dejar el derecho”.

renuncia debe ser interpretada restrictivamente, con un criterio de excepción,⁸⁸ sin que pueda extenderse por la vía de presunción a otros objetos distintos de aquellos a los cuales se renuncia, o bien, de aquellos que por inducción necesaria de sus palabras puedan reputarse comprendidos en la renuncia.⁸⁹

Cumpliendo con las formalidades legales, la renuncia se estructura como un acto jurídico unilateral, emanado de la voluntad del renunciante, y que deja al descubierto el despojo o abandono irrevocable de un derecho.⁹⁰ Por lo tanto, para que opere la renuncia no se requiere aceptación de la contraparte ya que no se trata de un acto *recepticio*.

Esto diferencia a la mera renuncia de la transacción, ya que, por definición, esta última se estructura como un acto bilateral y sinalagmático, de carácter oneroso, destinado a resolver un juicio pendiente, o precaver un litigio eventual. Técnicamente, la renuncia es distinta de la transacción, pues esta última supone un acto jurídico bilateral que tiene aparejada una contraprestación. Y para que este acto jurídico bilateral se aparte de la renuncia, resulta preciso que concurra una reciprocidad de prestaciones.⁹¹ Lo anterior no implica una exacta equivalencia de las mismas,⁹² pero sí al menos una lógica de compensaciones, que permita separarla de la renuncia propiamente tal. De allí que, en el evento de que la supuesta transacción, sólo implique una especie de negocio abdicativo gratuito, ella no adquiere el atributo liberatorio de este tipo de figuras,⁹³ ya que, en la renuncia, por definición, sólo se produce un abandono unilateral del derecho, sin contraprestación alguna.

Durante la ejecución del vínculo, el abandono de derechos suele presentarse en actos aparentemente bilaterales, en los cuales se produce una renuncia recíproca de las partes. Ello obliga a separar los supuestos de renuncia y transacción.⁹⁴ En efecto, de conformidad con el artículo 2446 del CC, la transacción es un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio

⁸⁸ Vázquez, Antonio, *op. cit.*, p. 227.

⁸⁹ Ojeda, Antonio, *op. cit.*, p. 169.

⁹⁰ Por todos, Alessandri, Arturo *et al.*, *op. cit.*, p. 340; De la Villa, Luis Enrique, *op. cit.*, p. 9; Mercader, Jesús, *op. cit.*, p. 182; y Cano, Ignacio, *op. cit.*, pp. 36 y 49.

⁹¹ Durán, Federico, "Transacción y renuncia de derechos en el pacto para la reintegración del trabajador despedido", *Revista de Política Social*, España, núm. 111, 1976, p. 225.

⁹² Ramos, Margarita Isabel, *op. cit.*, p. 71.

⁹³ Durán, Federico, *op. cit.*, p. 226; y García, María Amparo, *op. cit.*, p. 41.

⁹⁴ Por todos, Plá, Américo, *op. cit.*, pp. 143 y 160.

pendiente, o precaven un litigio eventual. Como es sabido, para que exista una verdadera transacción resulta indispensable el cumplimiento de a lo menos dos requisitos:⁹⁵ 1) por una parte, debe existir una contraprestación recíproca; es decir, tanto empleador como trabajador deben efectuar concesiones relativamente equivalentes o proporcionales. Desde esta perspectiva, no hay una verdadera transacción si la concesión se hace sólo por una de las partes, ya que ello equivaldría a una especie de renuncia encubierta bajo el formato de una transacción simulada; y 2) en segundo lugar, en este tipo de contratos bilaterales resulta indispensable la existencia de un derecho disputado (o bien de una duda razonable, tanto desde el punto de vista objetivo como subjetivo), que deje al descubierto una inseguridad en lo pertinente a la titularidad de determinados derechos. Por ello, y a diferencia de la renuncia, en la transacción no hay certidumbre sobre el derecho que se transige y existe una legítima duda sobre la factibilidad de acceder al beneficio en cuestión.⁹⁶ Si bien es cierto que pueden ser objeto de la transacción las relaciones jurídicas, es perentorio que las mismas no estén fuera de la facultad de disposición de las partes.

En términos generales, la transacción es considerada válida dentro de la esfera laboral; y la misma puede producirse en cualquier momento de la relación jurídico-contractual, siempre y cuando se transe sobre derechos renunciables.⁹⁷ Cuando el artículo 5o. del CT prohíbe la renuncia de derechos, está dejando a salvo la posibilidad que las partes celebren una transacción (en el entendido de que ella cumple con los requisitos exigidos por el artículo 2446 y siguientes del CC). Para arribar a una conclusión de esta naturaleza resulta, esencial que la aparente transacción no encierre una renuncia pura y simple, sin contraprestación. En este contexto, una figura altamente controvertida es la denominada *transacción disminutiva* o *renunciatoria* (*transactio impropie punitur*), en la cual no existe litigiosidad y en que la certidumbre de las posiciones jurídicas no genera mayores dudas. Lo que se cuestiona en este tipo de actos es que, mediante la pseudo-transacción, se encubra una disminución de beneficios o una renuncia prohibida.

⁹⁵ Enneccerus, Ludwig *et al.*, *Tratado de derecho civil*, t. 2, vol. 1, Barcelona, Bosch, 1950, pp. 511 y ss.

⁹⁶ Véase inciso segundo del artículo 2446 del CC chileno: “No es transacción el acto que sólo consiste en la renuncia de un derecho que no se disputa”.

⁹⁷ Blasco, Ángel, *op. cit.*, p. 292. Véase también Mazzotta, Oronzo, *op. cit.*, p. 880.

Como ha dicho la jurisprudencia, las partes no pueden transformar una figura conceptualmente clara, por el mero acuerdo de voluntades.⁹⁸

Desde esta perspectiva, la garantía del artículo 5o. del CT prohíbe, por cierto, todas aquellas transacciones que envuelvan una renuncia prohibida de derechos laborales. Esto implica que, durante la vigencia de la relación laboral, y siempre y cuando se cumpla con los requisitos legales de controversia y reciprocidad, la transacción de derechos laborales sería admisible, en el entendido de que no se trata de una mera renuncia sin contraprestación, o sobre un derecho que no tenga el carácter indubitado. Y durante la extinción del vínculo, la transacción no puede aceptarse válidamente cuando importe fraude de ley o causa ilícita, ya que, en estos casos, las partes no se encuentran facultadas para validar una figura irregular como esta.⁹⁹

En los finiquitos que se presentan como transacción, el temor que se ha planteado dice *relación*, precisamente con la posibilidad de esconder en sus términos una auténtica renuncia de derechos, ya sea por ignorancia, o por la falta de conciencia del trabajador sobre los alcances del documento. Por ello, cualquier transacción que esconda negocios jurídicos distintos del meramente transaccional, o que tengan causa torpe, deben ser tachadas de ilícitas.¹⁰⁰ También serán nulas aquellas transacciones obtenidas por títulos falsos o por dolo o violencia.

VI. Conclusiones

El principio de irrenunciabilidad se ha estructurado en el Código del Trabajo chileno a través de una garantía amplia, que cubre toda clase de renunciaciones, sean éstas expresa o tácitas, totales o parciales, realizada personalmente o por terceros, o bien que se materialice antes o durante el ejercicio de un derecho laboral.

A pesar de lo anterior, el Código del Trabajo no estructura la irrenunciabilidad como un supuesto de intangibilidad o indisponibilidad. Si se aceptara la in-

⁹⁸ *Establecimientos Chez Henry con Inspección del Trabajo*. Véase, además Plá, Américo, *op. cit.*, p. 121.

⁹⁹ Véase *Torres con Bata Chile, Corte de Apelaciones de Valparaíso*, nulidad, Rol núm. 181-2014, 15 de mayo de 2014. www.poderjudicial.cl

¹⁰⁰ Blasco, Ángel, *op. cit.*, p. 293.

tangibilidad, los derechos legales serían inmodificables por el propio legislador; y si se aceptara la indisponibilidad, los derechos establecidos en la legislación laboral no podrían ser objeto de ninguna transformación, extinción o modificación. Entre indisponibilidad e irrenunciabilidad se produce una relación de género a especie, siendo la indisponibilidad un concepto más extenso que el de la simple irrenunciabilidad. Con todo, en el derecho chileno, jurisprudencia y dogmática tienden a configurar la irrenunciabilidad de manera más amplia como si se tratara de un supuesto de indisponibilidad.

Consecuentemente, la irrenunciabilidad laboral se suele aplicar a negocios jurídicos abdicativos que, en rigor, son distintos de la renuncia, como sería el caso de la remisión, la compensación, la transferencia o la condonación. También se le vincula con la intransmisibilidad, con los actos de condonación de deudas, con la constitución de gravámenes sobre derechos laborales, o con la sustitución en la asunción de deberes tributarios o en las obligaciones de Seguridad Social.

La estructura del principio de irrenunciabilidad en el Código del Trabajo chileno relaciona la garantía con la prohibición de abdicar libremente del ejercicio de un derecho legal, que ya ha sido adquirido por su titular. La interdicción de renuncia es un subtipo de indisponibilidad, que admite la realización de determinados actos de transformación, modificación o extinción de derechos. De allí que, durante la vigencia de la relación laboral, la transacción pueda ser considerada válida, siempre y cuando cumpla con la exigencia de contraprestación y que ella misma recaiga sobre derechos que carecen de certidumbre. En este contexto, la *transacción diminutiva* o *renunciatoria*, en la cual no existe litigiosidad y en que la certidumbre de las posiciones jurídicas no genera mayores dudas, no sería admisible. A mayor abundamiento, durante la vigencia de la relación laboral, la transacción de derechos laborales sería admisible en el entendido que no se trata de una mera renuncia sin contraprestación ni tampoco que recaiga sobre un derecho que tiene el carácter indubitado.

La irrenunciabilidad que consagra el Código del Trabajo de Chile se diferencia de la inderogabilidad. Esta última es un atributo que se predica de las normas laborales, y que impiden que sean dejadas sin efecto por las partes de un contrato. La inderogabilidad permanece durante toda la vigencia del vínculo contractual y permite asegurar la adquisición del derecho, en caso de ser procedente. La irrenunciabilidad, por el contrario, se despliega a partir de la adquisición del derecho, en el ámbito propio de la función aplicativa.

VII. Bibliografía

- Abarca Pavez y otros con Ex Caja de Previsión Social de los Empleados y Obreros de la Empresa Metropolitana de Obras Sanitarias*, Corte de Apelaciones de Santiago, apelación, Rol núm. 2.705-94. GJ núm. 177, 26 de octubre de 1994.
- Abumada con Valparaíso Store*, Corte Suprema, casación en el fondo, Rol núm. 4955-2005. RDJ T. CIV, sec. 3a., 8 de mayo de 2007.
- Alessandri, Arturo, Somarriva, Manuel, y Vodanovic, Antonio, *Tratado de derecho civil*, 7a. ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2011.
- Alonso, Manuel, y Casas, María Emilia, *Derecho del trabajo*, 26a. ed., Madrid, Civitas, 2009.
- Aque con Farmacias Cruz Verde*, Corte Suprema, Unificación de jurisprudencia, Rol núm. 12.906-2014, 07 de abril de 2015. www.poderjudicial.cl
- Barassi, Ludovico, *Tratado de derecho del trabajo*, Buenos Aires, Alfa, 1949.
- Barcelón, Susana, “Un supuesto sobre la renunciabilidad de los derechos en materia de Seguridad Social”, *Aranzadi Social*, España, vol. 1, núm. 12, 2002.
- Bayón, Gaspar, y Pérez, Eugenio, *Manual de derecho del trabajo*, vol. 1, Madrid, Marcial Pons, 1969-70.
- Berríos con Líneas Aéreas Chilenas*, Corte de Apelaciones de Santiago, apelación, Rol núm. 4191-2002, 3 de junio de 2003. www.poderjudicial.cl
- Betti, Emilio, *Teoria generale del negozio giuridico*, reimpresión de la 2a. ed., Roma, Edizione Scientifiche Italiane, 2002.
- Blasco, Ángel, *La individualización de las relaciones laborales*, Madrid, Consejo Económico y Social, 1995.
- Bustos con Corporación*, Corte Suprema, casación en el fondo, Rol núm. 5032-2005, 17 de abril de 2007. www.poderjudicial.cl
- Caja de Crédito Minero*, Corte Suprema, queja, Sin Rol. RDJ T. II, sec. 3a., 19 de mayo de 1952.
- Cano, Ignacio, *La renuncia a los derechos*, Barcelona, España, Bosch, 1986.
- Cevas con Sociedad de Cobranza*, Corte de Apelaciones de Santiago, nulidad, Rol núm. 1205-2013, 8 de enero de 2014. www.poderjudicial.cl
- Conrads Greve con Raab, Rochette*, Corte Suprema, queja, Sin Rol. RDJ T. XXXVII, sec. 1a., 27 de julio de 1939.

- D'Eufemia, Giuseppe, “Norme inderogabili e interessi legittimi nel rapporto di lavoro”, *Rivista di Diritto del Lavoro*, Italia, año 21, 1969.
- De la Villa, Luis Enrique, “El principio de la irrenunciabilidad de los derechos laborales”, *Revista de Política Social*, España, núm. 85, 1970.
- Durán, Federico, “Transacción y renuncia de derechos en el pacto para la reintegración del trabajador despedido”, *Revista de Política Social*, España, núm. 111, 1976.
- Empresa de Correos de Chile con Inspección Provincial*, Corte de Apelaciones de Antofagasta, nulidad, Rol núm. 72-2013, 3 de julio de 2013. www.poderjudicial.cl
- Empresa de Correos de Chile con Inspección Provincial*, Corte de Apelaciones de Antofagasta, nulidad, Rol núm. 72-2013, 3 de julio de 2013. www.poderjudicial.cl
- Enneccerus, Ludwig, *et al.*, *Tratado de derecho civil*, t. 2, vol. 1, Barcelona, Bosch, 1950.
- Escribar, Héctor, *Tratado de derecho del trabajo*, t. 1, Santiago, Zig-Zag, 1944.
- Establecimientos Chez Henry con Inspección del Trabajo*, Corte Suprema, Rol núm. 568-89. RDJ T. LXXXVII, sec. 3a., 22 de marzo de 1990.
- Fabris, Piera, *L'indisponibilità dei diritti dei lavoratori*, Milán, Dott, 1978.
- Ferro, Víctor, “El principio de irrenunciabilidad en la interpretación constitucional”, en VV.AA., *Los principios del derecho del trabajo en el derecho peruano. Libro homenaje al profesor Américo Plá Rodríguez*, Lima, Grijley, 2009.
- Flores con Elastopac II*, Corte Suprema, Unificación de jurisprudencia, Rol núm. 88.866-2016, 16 de mayo de 2017. www.poderjudicial.cl
- Galaz con Servicios Prosegur*, Corte Suprema, casación en el fondo, Rol núm. 4841-2000, 06 de marzo de 2001. www.poderjudicial.cl
- Galoso con Comercial Ecsa*, Corte de Apelaciones de Concepción, apelación, Rol núm. 3684-2006, 6 de julio de 2007. www.poderjudicial.cl
- García, María Amparo, *El recibo de finiquito y sus garantías legales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.
- Gil, Juan y Martín, Vicente, “Compromisos por pensiones: derechos en curso de adquisición y disponibilidad”, *Aranzadi Social*, España, núm. 5, 2001.
- Giugni, Gino, “Le rinunzie e le transazioni del lavoratore: riesame critico”, *Il Diritto del Lavoro*, Italia, año 44, 1970.

- Guidotti, Franco, “Il fondamento giuridico dell’indisponibilità del diritti del prestadore di lavoro”, *Il Diritto del Lavoro*, Italia, año 29, 1955.
- Ingesur con Navarro*, Corte Suprema, casación en el fondo, Rol núm. 2804-2003. RDJ T. CI, sec. 3a., 27 de mayo de 2004.
- Jaque con Farmacias Cruz Verde*, Corte Suprema, Unificación de jurisprudencia, Rol núm. 12.906-2014, 07 de abril de 2015. www.poderjudicial.cl
- Jara con Matthews*, Corte de Apelaciones de Chillán, nulidad, Rol núm. 47-2013, 27 de mayo de 2013. www.poderjudicial.cl
- Lagos, Gustavo, *Derecho del trabajo*, Santiago, Universitaria, 1957.
- Leyton con Caja de Compensación Los Héroes*, Corte de Apelaciones de Santiago, recurso protección, Rol núm. 47-2003, 19 de mayo de 2003. www.poderjudicial.cl
- Macchiavello, Guido, *Derecho del trabajo*, t. 1, Santiago, Fondo de Cultura Económica, 1986.
- Marín, Pascual, “La renuncia al beneficio de la ley en el derecho civil”, *Anuario de Derecho Civil*, España, vol. 15, núm. 4, 1962.
- Martínez con Pozo*, Corte de Apelaciones de Santiago, apelación, Rol núm. 455-90. GJ núm. 119, 18 de mayo de 1990.
- Mazzotta, Oronzio, *Diritto del lavoro*, 6a. ed., Milán, Giuffré Editore, 2016.
- Meirone con Ecovesa*, Corte Suprema, Sin Rol. RDJ T. XCIII, sec. 3a., 6 de mayo de 1996.
- Mercader, Jesús, *Los principios de aplicación del derecho del trabajo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014.
- Montoya, Alfredo, *Derecho del trabajo*, 29a. ed., Madrid, Tecnos, 2008.
- Morales con Bata*, Corte Suprema, casación en el fondo, Rol núm. 1480-2003. RDJ T. CI, sec. 3a., 29 de abril de 2004.
- Nayte y otros con Pietro Depetris*, Corte Suprema, Rol núm. 3380-98. RDJ T. XCVI, sec. 3a., 23 de agosto de 1999.
- Novoa, Patricio, *Derecho de seguridad social*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1997.
- Ojeda, Antonio, *La renuncia de derechos del trabajador*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1971.

- Olivares y otros con Steel*, Corte Suprema, casación en el fondo, Rol núm. 2127-1997. RDJ T. XCV, sec. 3a., 7 de diciembre de 1998.
- Pacheco, Luz, “Características de la irrenunciabilidad de los derechos laborales en el Perú y en el Derecho comparado”, *Trabajo y Seguridad Social*, 2011.
- Pacheco, Luz, “El test de disponibilidad de derechos en la nueva Ley procesal”, *Revista Laboral de la Ley*, Perú, núm. 76, 2014.
- Pasco, Mario, “En torno al principio de irrenunciabilidad”, en Pasco Cosmópolis, Mario (coord.), *En torno a los principios del derecho del trabajo*, México, Porrúa, 2005.
- Plá, Américo, *Los principios del derecho del trabajo*, 4a. ed., Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2015.
- Preller con AFP Planital*, Corte Suprema, casación en el fondo, Rol núm. 748-1999. Sin Rol. RDJ T. XCVI, sec. 3a., 25 de octubre de 1999.
- Quiróz, Felipe, “Las manifestaciones del principio protector laboral sólo son aplicables en beneficio del trabajador”, *Derecho y Justicia*, Chile, núm. 4, 2014.
- Ramírez, Juan Manuel, “Indisponibilidad de los derechos laborales”, en Goerlich Peset, José María (coord.), *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores. Libro homenaje a Tomás Sala Franco*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.
- Ramos, Margarita Isabel, *La garantía de los derechos de los trabajadores (inderogabilidad e indisponibilidad)*, Valladolid, Lex Nova, 2003.
- Rebolledo con Comercial e Industrial Copibue*, Corte Suprema, casación en el fondo, Rol núm. 1599-2002. RDJ T. XCIX (2002), sec. 3a., 22 de agosto de 2002.
- Reyes con P. F. Servicios Generales*, Corte Suprema, casación en el fondo, Rol núm. 799-2003. RDJ T. XCIX, sec. 3a., 4 de noviembre de 2003.
- Rivera con Hipermercado Nos*, Corte Suprema, Unificación de jurisprudencia, Rol núm. 12.514-2013, 23 de junio de 2014. www.poderjudicial.cl
- Rodríguez-Piñero, Miguel, “El principio de la indisponibilidad de los derechos laborales y el nuevo papel de la autonomía contractual”, en De la Villa Gil, Luis Enrique y López Cumbre, Lourdes (coords.), *Los Principios del derecho del trabajo*, Madrid, Centro de Estudios Financieros, 2003.
- Rodríguez-Piñero, Miguel, “Indisponibilidad de los derechos y conciliación en las relaciones laborales”, *Temas Laborales*, España, núm. 70, 2003.

- Rojas con Empresas Ingenac*, Corte de Apelaciones de Santiago, apelación, Rol núm. 1841-1992. RDJ T. LXXXIX, sec. 3a., 2 de octubre de 1992.
- Rojas, Irene, “El modelo normativo del sindicato en las Leyes Sociales de 1924”, *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, Chile, núm. 38, 2016.
- Sanhueza con Banco del Estado*, Corte Suprema, casación en la forma y en el fondo, Rol núm. 4513-1997. Sin Rol. RDJ T. XCVI, sec. 3a., 7 de julio de 1999.
- Sanhueza con Díaz*, Corte de Apelaciones de Antofagasta, apelación, Rol núm. 2644-2002. GJ núm. 270, 27 de diciembre de 2002.
- Serrano, María José, “La transacción y la renuncia de los derechos consolidados de los partícipes de un plan de pensiones, realizada en un finiquito”, *Relaciones Laborales*, España, núm. 1, 2008.
- Sierra, Alfredo, *Patentes de invención y derecho del trabajo*, Santiago, Legal Publishing/ Thomson Reuters, 2013.
- Sindicato de Trabajadores con Agrícola Ariztúa*, Corte Suprema. Rol núm. 2927-2001. RDJ T. XCVIII, sec. 3a., 15 de noviembre de 2001.
- Thayer, William, y Novoa, Patricio, *Manual de derecho del trabajo*, t. 4., 6a. ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2021.
- Torres con Bata Chile*, Corte de Apelaciones de Valparaíso, nulidad, Rol núm. 181-2014, 15 de mayo de 2014. www.poderjudicial.cl
- Universidad de Concepción*, Corte Suprema, queja, Sin Rol. RDJ T. XXXIII, sec. 1a., 18 de agosto de 1936.
- Valenzuela con Correa*, Corte de Apelaciones de San Miguel, apelación, Rol núm. 69-2005, 9 de agosto de 2005. www.poderjudicial.cl
- Vargas con Laboratorios Recalcine*, Corte de Apelaciones de Santiago, apelación, Rol núm. 2823-91. RDJ T. LXXXIX, sec. 3a., 15 de enero de 1992.
- Vázquez, Antonio, *Tratado de Derecho del Trabajo*, t. 2, Buenos Aires, Astrea, 1982.
- Yévenes con Santa Isabel*, Corte Suprema, Sin Rol. RDJ T. XCIX, sec. 3a., 21 de marzo de 2002.
- Zambrano con Sodimac*, Corte Suprema, casación en el fondo, Rol núm. 7896-2010, 1 de junio de 2011. www.poderjudicial.cl

Una propuesta para convertirnos en detectives espaciales del derecho laboral: hacia una espacialización del derecho del trabajo

A proposal to become spatial detectives of labor
law: towards a spatialization of labor law

Une proposition pour devenir des détectives spatiaux du
droit du travail: vers une spatialisation du droit du travail

Andrés Rodríguez Morales

 <https://orcid.org/0000-0002-1845-3062>

Universidad de los Andes. Colombia

Correo electrónico: a.rodriguezr10@uniandes.edu.co

Recepción: 15 de junio de 2023

Aceptación: 8 de abril de 2024

DOI: <https://doi.org/10.22201/ij.24487899e.2024.39.19487>

RESUMEN: Desde los años setenta, la propuesta de espacializar el derecho se ha agrupado bajo la etiqueta de *geografía legal*, y participa en el campo de los estudios socio-jurídicos. Pese a ello, no existe un trabajo que realice una revisión de la literatura académica que ofrezca una lectura de los puntos de encuentro entre derecho laboral y *geografía legal*. En este artículo, presento nueve conexiones posibles a la hora de pensar el derecho del trabajo, desde una perspectiva espacial. Partiendo de mi propia posicionalidad, así como de mi proyecto de tesis doctoral, argumento que espacializar el derecho laboral permite comprender mejor la materialidad del trabajo y la forma en la que el derecho participa en su construcción.

Palabras clave: derecho y geografía, derecho laboral, geografía legal, imaginaciones espaciales, revisión de literatura.

ABSTRACT: Since the 1970s, the proposal to spatialize law has been grouped under the label of *legal geography*, and participates in socio-legal studies. Despite this, no work reviews the academic literature to offer a reading of the meeting points between labour law and legal geography. In this article, I present nine possible connections when thinking about labour law from a spatial perspective. Drawing from my own positionality, as well as from my doctoral thesis project, I argue that spatializing labor law allows for a better understanding of the materiality of work and the way in which law participates in its construction.

Keywords: law and geography, labour law, legal geography, spatial imagination, literature review.

RÉSUMÉ: Depuis les années soixante-dix, la proposition de spatialisation du droit est regroupée sous l'étiquette de *géographie juridique* et participe du champ d'application des études sociojuridiques. Malgré cela, il n'existe pas un document qui passe en revue la littérature académique et propose une lecture des points de rencontre entre le droit du travail et la géographie juridique. Dans cet article, je présente neuf connexions possibles lorsque l'on pense le droit du travail d'une position spatiale. M'appuyant sur ma propre position, ainsi que sur mon projet de thèse de Doctorat, je soutiens que la spatialisation du droit du travail permet de mieux comprendre la matérialité du travail et la manière dont le droit participe à sa construction.

Mots-clés: droit et géographie, droit du travail, géographie juridique, imaginaires spatiaux, revue de la littérature.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Espacio para el derecho y derecho en el espacio*. III. *Diálogos entre geografía legal y derecho laboral: siete puntos de conexión*. IV. *Discusión: la utilidad del análisis espacial para comprender el trabajo*. V. *Epílogo*. VI. *Bibliografía*.

I. Introducción

En mi proyecto de tesis doctoral, investigo el despido colectivo de un grupo de calibradores de ruta por parte de una empresa de transporte. Los calibradores de ruta —también llamados, en otras ciudades colombianas, “planilleros” o “controladores”— realizaban un oficio cada vez menos usual, debido a la formalización de sistemas de transporte masivo: avisaban a los conductores de los buses de servicio público si debían aumentar o disminuir su velocidad al prestar el servicio público de transporte.¹ Estos hombres trabajaron bajo el ardiente sol

¹ Redacción Cartel Urbano, “«El otro año esto no se sostiene»: Los calibradores de las ru-

de las amplias avenidas cucuteñas,² en beneficio de la empresa, sin que recibieran pago de prestaciones sociales o se les respetara la garantía del pago de un salario mínimo.

Hasta hoy, he rastreado un total de doce procesos laborales ordinarios originados en demandas presentadas por los calibradores de ruta de esa empresa. En esos doce procesos, un total de diecinueve trabajadores actuaron como demandantes. Catorce de los diecinueve demandantes, aducen haber sido despedidos por el jefe de rutas y controles, en mayo de 2007. Los cinco restantes afirman que su fecha de despido ocurrió en junio de 2003. En todos los procesos, los calibradores solicitaron que, en virtud del principio constitucional de primacía de las formas,³ se declarara la existencia de un *contrato realidad*, y se condenara a la empresa al pago de salarios y prestaciones sociales asociadas a la relación de trabajo.⁴ Sólo en seis de ellos los demandantes lograron la declaratoria de *contrato realidad* y, por ende, un fallo a su favor.

En la tesis busco documentar las barreras de acceso a la justicia que los calibradores despedidos afrontaron al demandar. En particular, tras hacer una reconstrucción de los casos utilizando los expedientes, quisiera analizar las estrategias de litigio utilizadas por las partes en los procesos, la distribución de

tas de los buses”, *Cartel Urbano*, Colombia, 24 de octubre de 2019. <https://cartelurbano.com/historias/el-otro-ano-esto-no-se-sostiene-los-calibradores-de-las-rutas-de-los-buses>

² Cúcuta es la capital del departamento de Norte de Santander. Es una ciudad fronteriza con Venezuela. La economía sumergida (*shadow economy*), conformada por “actividades de economía ilegal, informal, de corrupción, contrabando y actividades de economía subterránea” tiene una participación considerable en su economía. Véase Ramírez Zambrano, Jorge *et al.*, “Crisis y economía sumergida en Norte de Santander (Colombia)”, *Espacios*, Venezuela, vol. 39, núm. 16, 2019, pp. 75-137. Si se mide la informalidad como la falta de cotizaciones a salud y a pensión, según la Gran Encuesta Integrada de Hogares (GEIH) del 2019 del DANE, en Cúcuta el trabajo informal llegaba a un 85 %. Véase Eslava, Luis *et al.*, “Una nueva economía social: fortalezas y precariedades de la informalidad”, *Informalidad en los tiempos de COVID-19*, Bogotá, Informe 2, 18 de mayo de 2021. <https://repository.urosario.edu.co/handle/10336/31453>. El clima cucuteño es muy cálido, con una constante radiación solar y, además, húmedo. Véase Ortiz Díaz, Heybert Alberto *et al.*, “Análisis estadístico de variables climatológicas en la ciudad de Cúcuta”, *Respuestas*, Colombia, vol. 23, núm. 1, 2018, pp. 39-44.

³ Jaramillo Jassir, Iván Daniel, *Principios constitucionales y legales del derecho del trabajo en Colombia*, 3a. ed., Bogotá, Legis y Universidad del Rosario, 2020.

⁴ Goyes Moreno, Isabel, *Derecho laboral individual con enfoque de derechos y perspectiva de género*, Pasto, Universidad de Nariño, 2018.

poder y recursos⁵ presentes en los procesos, como producto de las normas procesales, y los motivos personales y vivencias previas que llevaron a los trabajadores a demandar. Esto permite llenar vacíos en la literatura académica socio-jurídica en Colombia, que se ha concentrado en estudiar el acceso a la justicia constitucional,⁶ y muy poco en el acceso a la justicia laboral. Los pocos estudios sobre el acceso a la justicia laboral, se concentran en analizar la demanda y oferta en esa especialidad de la jurisdicción ordinaria,⁷ en las razones por las que las personas demandan,⁸ y en las barreras de acceso a la justicia para solicitar protección del acoso laboral.⁹

Para abordar las barreras de acceso a la justicia de los calibradores, he formulado varias hipótesis. Entre ellas, he propuesto dos hipótesis geográficas: *a)* que, con el tiempo, los jueces laborales han dejado de lado de forma paulatina una imaginación espacial¹⁰ según la cual el trabajo que sucede en la calle no es un trabajo subordinado;¹¹ y *b)* que, tratándose de trabajadores callejeros, su presen-

⁵ Halley, Janet, “Distribution and Decision: Assessing Governance Feminism”, en Halley, Janet *et al.* (eds.), *Governance feminism: an introduction*, Minneapolis, University of Minnesota Press, 2018, pp. 253-267.

⁶ Porras-Santanilla, Laura y Fleischer, Friederike, “Bogotá street vendors using tutela as a sword: the symbolic power of law in practice”, *Third World Quarterly*, Reino Unido, 2023, pp. 107-143.

⁷ Ramírez Bustamante, Natalia, “Cumplimiento de la regulación y conflictividad laboral en Colombia: contribución a la misión de empleo 2021”, *Trabajo y Derecho*, Colombia, borrador núm. 3, 2021, <http://hdl.handle.net/1992/65685>

⁸ Ramírez Bustamante, Natalia, *op. cit.*

⁹ Entre otros, véase Camacho Ramírez, Adriana *et al.*, “Barreras al acceso a la justicia en el acoso laboral”, *Opinión Jurídica*, Colombia, vol. 13, núm. 25, 2014, pp. 121-138. En todo caso, los hallazgos de este último nodo de textos son difícilmente aplicables a mi estudio, pues el proceso de acoso laboral es un proceso especial, es decir, tiene una regulación diferente. Véase Botero Zuluaga, Gerardo, *Guía teórica y práctica de derecho procesal del trabajo y de la seguridad social*, 6a. ed., Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, 2021.

¹⁰ Como lo explicaré más adelante, las imaginaciones espaciales son las representaciones mentales “de cómo es y cómo debería ser un lugar, tanto en términos discursivos como materiales. Cuando se emplean en contextos jurídicos, estos imaginarios espaciales pueden tener efectos jurídicos significativos, por lo que se trata de imaginarios jurídico-espaciales”. Véase Layard, Antonia, “Freedom of Expression and Spatial (Imaginations of) Justice”, en Kochevov, Dimitry (eds.), *Europe’s justice deficit?*, Reino Unido, Hart Publishing, 2015, pp. 417-533.

¹¹ En los últimos años, la Sala de Casación Laboral ha reconocido la existencia de relaciones laborales en espacios alternativos a los clásicos del fordismo (oficinas y empresas). Por ejemplo, ha declarado contratos realidad tratándose de una vendedora ambulante de periódicos

cia física en la sede de la empresa, es considerada como uno de los indicios más fuertes que configura la subordinación, lo que dificulta que la mayoría de ellos pueda solicitar la declaratoria de *contrato realidad*.

Me explico: el derecho laboral fue diseñado para proteger a los trabajadores con una relación estándar de empleo.¹² Para ello, deben existir tres elementos: *a)* prestación personal del servicio; *b)* subordinación y, *c)* remuneración.¹³ En otras palabras, el derecho laboral sólo protege a los trabajadores que trabajan para otra persona (un empleador), excluyendo a los “autoempleados”.¹⁴ El problema está en que, para febrero de 2020, en Colombia, sólo 38% de los trabajadores de la población activa para trabajar (PEA) eran subordinados, mientras que el 55% de los trabajadores trabajaban “por cuenta propia”.¹⁵ A pesar de ello, el modelo de la relación estándar de empleo es el que se suele asociar a la idea de *trabajo*, mientras que los otros oficios se suelen relacionar con una suerte de economía de subsistencia, concentrada en la producción de los recursos diarios para vivir: “el rebusque”.¹⁶

Según mis hipótesis, debido al diseño del derecho del trabajo alrededor de la relación estándar de empleo, los jueces solían asociar a los trabajos que eran realizados en la calle con el “rebusque” o con el trabajo “informal”,¹⁷ lo que ha-

(Véase CSJ, Cas. Laboral, Descongestión núm. 1. SL105-2020. M.P. Martín Emilio Beltrán Quintero) y de un cantante que prestaba sus servicios en diferentes lugares (Véase CSJ, Cas. Laboral, Descongestión núm. 1. Sent. SL064-2020. M.P. Dolly Amparo Casaguango Villota).

¹² Porras, Laura, “The limits of state labour law: it’s inability to protect the working poor in Bogotá”, *Revista de Antropología y Sociología*, Colombia, vol. 20, núm. 2, 2018, pp. 13-34.

¹³ Valdés Sánchez, Germán G., *Derecho laboral individual*, 2a. ed., Bogotá, Universidad del Rosario y Legis, 2019.

¹⁴ Countouris, *op. cit.*; Porras, *op. cit.*

¹⁵ Ramírez Bustamante, Natalia, *op. cit.*

¹⁶ Porras, Laura, “Rebuscadores de la calle: a photograph of the working poor in Bogotá”, *Revista CS*, Colombia, núm. 60, 2019, p. 60.

¹⁷ El término “informal” es profundamente político. La expresión “trabajo informal” suele utilizarse para referirse a fenómenos distintos, desde perspectivas diferentes. Su origen se remonta a los años setenta, cuando el economista Keith Hart utilizó para describir el modelo de producción urbana que encontró en su trabajo en Ghana: una economía familiar, poco tecnificada, que requería poco capital y pocas habilidades para su producción. Véase Hart, Keith, “Informal income opportunities and urban employment in Ghana”, *The Journal of Modern African Studies*, Reino Unido, vol. 11, núm. 1, 1973, pp. 61-89. Desde entonces, ha sido utilizado de forma polisémica. Hay un debate intenso sobre cómo se debería entender la informalidad (véase Guha-Khasnobis, Basudeb *et al.*, “Beyond formality and informality”, en Guha-Khasnobis,

cía que fuera más difícil que declararan la existencia de un *contrato realidad* en los casos de los calibradores. Esto se debe a que, esa relación estándar de empleo, está concebida para el modelo de producción *fordista*, que se *espacializa* en una oficina o en una fábrica.¹⁸ Con el tiempo, debido a los pronunciamientos de la Corte Constitucional, que ha sostenido que esos rebuscadores están protegidos por el derecho al trabajo, y a la dispersión de las ideas *post-fordistas* sobre el trabajo (la posibilidad de trabajar en cualquier lugar¹⁹ debido a Internet, la importancia del trabajo intelectual ante la mecanización de varios oficios, entre otros),²⁰ los jueces abandonaron esa imaginación espacial. Ese abandono paulatino del imaginario espacial podría ser una de las razones que explica, por qué los fallos más recientes, son más proclives a declarar la existencia de un *contrato realidad* en los casos de calibradores.

Las hipótesis espaciales presentan retos para su comprobación, que no voy a tratar en este documento. No obstante, estas hipótesis son las que guían una agenda de investigación, dentro de la que se inscribe mi proyecto de doctorado, que defiende la importancia de espacializar²¹ el derecho laboral para compren-

Basudeb *et al.* (eds.), *Linking the formal and informal Economy*, Oxford, Oxford University Press, 2006, pp. 1-18) y cómo se debería medir (véase Bernal S., Raquel, *op. cit.*) y sobre sus causas y efectos en la economía (véase Sandoval Betancour, Gustavo, “Aportes positivos de la informalidad laboral a la economía”, *Revista de Investigación*, Colombia, vol. 7, núm. 2, 2014, pp. 106-122). Debido a esa polisemia, es una expresión que debe ser utilizada con precaución, siempre aclarando desde qué perspectiva se utiliza. En este texto, utilizo la expresión informal desde una perspectiva crítica, en la que se ve el proyecto de la formalidad como un proyecto colonial, producido por el derecho, en el que se concibe a lo ‘informal’ como improductivo y poco calificado, apartado de la economía del mercado, invisibilizando que tiene un aporte importante a la economía de los países y que subsidia la economía formal. En ese sentido, véase Alessandrini, Donatella *et al.*, “The dream of formality: racialization otherwise and international economic law”, *Journal of International Economic Law*, Reino Unido, vol. 25, núm. 2, 2022, pp. 207-223.

¹⁸ Laing, Andrew, “The post-fordist workplace: issues of time and place”, *Facilities*, Reino Unido, vol. 9, núm. 8, 1991, pp. 13-18.

¹⁹ En la geografía humana contemporánea, “Los lugares, no solo son producidos socialmente, sino que también son un reflejo de quienes somos, de nuestra identidad. De igual forma, los lugares cambian y son flexibles acordes con los significados que se les asignen o dejen de asignárseles”. Véase Sánchez Ayala, Luis, “El estudio de la geografía”, en Sánchez Ayala, Luis (ed.), *Geografía humana: conceptos básicos y aplicaciones*, Bogotá, Universidad de los Andes, 2012, p. 11.

²⁰ Laing, Andrew, *op. cit.*

²¹ Por *espacializar* me refiero a tomarse en serio el espacio en el que sucede un fenómeno social.

derlo, retarlo y describirlo mejor. Por esa razón, el objetivo de este texto es mostrar las posibilidades que ofrece la *geografía legal* para estudiar el derecho laboral, en general, y para comprender las relaciones sociales que documento en mi tesis, en particular. A lo largo del texto, argumento que la *geografía legal* es útil para comprender el derecho laboral y para enriquecer los estudios socio-jurídicos que se realizan en esta área del derecho.

Con ese fin, lo que resta del presente artículo se divide en tres partes. En la primera parte, presento a la *geografía legal* como un marco analítico útil para pensar en el derecho, así como sus principales nodos de desarrollo. En la segunda, defiendo la importancia de comprender al trabajo —y al derecho laboral— desde una perspectiva espacial, rastreando los trabajos académicos en los que esa idea está incipiente, agrupándolos en nodos que muestran las diversas formas en aproximarse a pregunta por el espacio²² en el trabajo. En la tercera sección, muestro cómo mi proyecto de tesis doctoral puede entrar en diálogo con esos nodos, y también formulo otras dos posibles aproximaciones, que, aunque no están disponibles en la literatura académica específica sobre *geografía legal*, son útiles para pensar el trabajo desde una perspectiva espacial. Finalmente, retomo la propuesta teórica del texto en el epílogo.

A lo largo del texto, presentaré la revisión de literatura, partiendo desde mi propia posicionalidad.²³ Tomé esa decisión político-metodológica porque, esta apuesta de traer la geografía al derecho, se basa en mis propias vivencias como estudiante y como profesor de derecho laboral.

²² Para la geografía humana “[e]l espacio es el área física del planeta donde se ubican y desarrollan todos los seres, cosas y fenómenos que habitan, ocupan y ocurren en él. No obstante, el espacio no puede ser entendido sin hacer referencia al factor social [...] el espacio no tiene significado por sí solo, sino que son las producciones y reproducciones sociales, materializadas por los significados y las definiciones que socialmente se le asigna, las que concretizan la noción espacial”. Véase Sánchez Ayala, Luis, *op. cit.*, p. 10.

²³ Como lo explican Ravitch y Riggan, el marco conceptual de los trabajos académicos parte de los intereses personales, “que, a su vez, están determinadas por la identidad y la posición del investigador”. Ese marco conceptual, que es el que termina moldeando los argumentos, termina reflejado en la revisión de literatura. Véase Ravitch, Sharon M. y Riggan, Matthew, *Reason and rigor: how conceptual frameworks guide research*, 2a. ed., Los Angeles, London, New Delhi, Singapore, Washington, D. C., Sage, 2017.

II. Espacio para el derecho y derecho en el espacio

Mi profesor de la asignatura “Teoría Constitucional y del Estado” era conocido por ser exigente, desordenado y por reprobar a un número considerable de estudiantes. Por su parte, mi profesor de la asignatura “Derecho Civil: Bienes” era un hombre de unos 50 a 60 años, famoso por su sentido del humor y por explicar con mucha claridad a través de ejemplos. Ambas materias me costaron demasiado esfuerzo. La presión que tenía para sacar buenas notas era considerable, pues financié mi pregrado gracias a una beca de excelencia académica, que exigía mantener un buen promedio.

Como me costaba comprender ambas materias, en mis tiempos libres leía varios manuales dogmáticos sobre esos temas. Con el tiempo, pude comprender sus categorías y utilizarlas para construir argumentos jurídicos. El derecho civil, por ejemplo, establece que ciertos objetos son “bienes inmuebles por adhesión”. Gracias a esta figura, el derecho presume que la vaca que “le sirve” a un predio hace parte de él. Por ende, la vaca dejaría de ser un bien mueble (móvil) y pasaría a ser parte integral del terreno.²⁴ También pude comprender los conceptos de “Estado”, “soberanía” y “Nación”, provenientes de la teoría alemana del Estado.²⁵ Sin embargo, ese proceso de disciplinamiento fue duro para mí.

Soy pésimo aprendiendo las cosas de memoria, por lo que, para poder estudiar un concepto debo comprender la razón por la que existe esa categoría. Precisamente por eso, me costó tanto entender el contenido de esos términos: no comprendía esas categorías porque me estaban tratando de enseñar conceptos provenientes de contextos diferentes al mío, de forma descontextualizada. No es casualidad que esas normas partan de ficciones espaciales. En la clase de *Bienes* trataban de explicarme que una vaca no se podía separar jurídicamente de un predio. Esa norma parte de una ficción espacial: que la vaca es un “objeto” inmóvil. Para mí era contraintuitivo, pues había visto a las vacas desplazarse entre predios varias veces. En la clase de *Teoría del Estado*, trataban de explicarme conceptos que parten de otro supuesto espacial: que el “Estado soberano” puede controlar de forma homogénea la totalidad del territorio. Y yo vivo y crecí en

²⁴ Medina Pabón, Juan Enrique, *Derecho civil. Bienes. Derechos reales*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2016.

²⁵ Bechara Llanos, Abraham Zamir, “Aproximación teórica al concepto de Estado: distinciones en torno a Heller, Jellinek y Carré de Malberg”, *Revista Jurídica Mario Alario D’Filippo*, Colombia, vol. 7, núm. 14, 2015, pp. 72-84.

un país (Colombia) en el que el control efectivo del territorio lo han detentado —y todavía lo detentan—²⁶ grupos armados ilegales.

¿Por qué el derecho se reproduce, enseña y aplica ignorando al espacio en el que suceden las relaciones sociales o tomándolo como un aspecto dado —como en esas dos clases que tomé en el pregrado—?²⁷ Con el fin de responder esa pregunta, desde los años 90 se ha construido un movimiento intelectual cada vez más prolífico que trata de espacializar el derecho y, a su vez, comprender cómo el derecho participa en la construcción del espacio: la geografía legal.²⁸ Sin embargo, el surgimiento de este movimiento intelectual es imposible de comprender sin explicar la propuesta de la producción social del espacio, su recepción dentro de la geografía humana marxista y el “giro espacial” que sucedió en las ciencias sociales, desde los años 80.²⁹

La producción social del espacio es una propuesta teórica de Henri Lefebvre,³⁰ que consiste en comprender al espacio no como un “contenedor vacío” —como lo solían ver mis profesores—, sino como una construcción política de relaciones sociales. En síntesis, para Lefebvre, el espacio no está dado *a priori*, sino que existe un proceso constante mediante el cual este es producido en tres campos: el físico (que depende de la percepción físico-natural del entorno), mental (en la abstracción lógica) y el social (producto de los deseos, proyecciones e imaginarios sobre el espacio). El proceso de construcción del espacio como tal está compuesto por una triada dialógica: el espacio percibido (en el que las acciones del colectivo se comportan como objetos y realidades permanentes), el espacio concebido (las representaciones del espacio y las ideo-

²⁶ Llorente, María Victoria, *Una boja de ruta para la seguridad territorial*, Bogotá, Fundación Ideas para la Paz, 2023. https://storage.ideaspaz.org/documents/fip_ne_hojarutaseguridad_final.pdf

²⁷ Pue, W. Wesley, “Wrestling with law: (geographical) specificity vs. (legal) abstraction”, *Urban Geography*, Reino Unido, vol. 11, núm. 6, 1990, pp. 566-585.

²⁸ Gillespie, Josephine y O'Donnell, Tayanah, “Progressive and critical legal geography scholarship”, *Boletín Geographical Research*, Australia, vol. 61, núm. 2, 2023, pp. 164-168.

²⁹ Esto no quiere decir que otras disciplinas no se hayan preguntado por el espacio y su relación con el derecho desde otras perspectivas. Véase Castro, María Victoria, “Estudio preliminar. Derecho, espacio y poder: trayectorias de la geografía legal y su utilidad para el análisis legal”, en *Derecho y geografía: espacio, poder y sistema jurídico*, Bogotá, Universidad de los Andes, Instituto Pensar, Siglo del Hombre, 2020, pp. 11-85.

³⁰ Butler, Chris, “Critical Legal Studies and the politics of space”, *Social and Legal Studies*, Reino Unido, vol. 18, núm. 3, 2009, pp. 313-332.

logías detrás de ellas) y el espacio vivido (la percepción directa de las personas antes de ser concebida). A través de esa tríada, el espacio se produce: a) materialmente (tras vivencias perceptibles en el espacio, como la modificación de la infraestructura); b) el conocimiento (creando una percepción sobre el espacio) y c) produciendo los significados del espacio.³¹

La propuesta de Lefebvre fue recibida por la geografía humana, particularmente por los geógrafos marxistas, quienes se agruparon bajo la palabra clave *geografía crítica*. Este proyecto intelectual, siguiendo a Lefebvre, concibe al espacio como un producto político, y se preocupa por pensar en las formas en las que esas construcciones sociales generan desigualdad y en proponer arreglos distributivos más justos.³² Esa propuesta fue recibida, entre otros, por dos geógrafos que son particularmente influyentes dentro de la geografía humana crítica: David Harvey³³ y Doreen Massey,³⁴ cuyas obras, con el tiempo, se volvieron fundacionales dentro del canon. Harvey, Massey y muchos otros académicos se inscribieron dentro de la propuesta de la “geografía crítica”, y se concentraron en estudiar los rasgos espaciales de las relaciones sociales y en cómo se construyen las relaciones de poder dentro de ellas.³⁵

No obstante, la influencia de la propuesta de la producción social del espacio trascendió a la geografía humana, y repercutió en otras ciencias sociales. A esa repercusión se le conoce como el “giro espacial”,³⁶ que implicó una fuerte transformación respecto de cómo se pensaba el espacio en los estudios sociales que sucedió en los años 80. Tras el giro, siguiendo la propuesta de Lefebvre, las ciencias sociales dejaron de ver al espacio como un ‘contenedor vacío’, y en su lugar, empezaron a pensar en el espacio como un producto de las relaciones sociales, a su vez, también permite su reproducción (operando de forma bidireccional). En esa concepción, el espacio se concibe como una producción política inacabada, que también es producido por las relaciones sociales.³⁷

³¹ Schmid, Christian, *Henri Lefebvre and the theory of the production of space*, Verso, 2022.

³² Blomley, Nicholas, “Uncritical critical geography?”, *Progress in Human Geography*, Reino Unido, vol. 30, núm. 1, 2006, pp. 87-94.

³³ Harvey, David, *Spaces of capital: towards a critical Geography*, New York, Routledge, 2002.

³⁴ Massey, Doreen, *For space*, London, Thousand Oaks y New Delhi, Sage, 2005.

³⁵ Butler, Chris, *op. cit.*

³⁶ Castro, María Victoria, *op. cit.*

³⁷ Schmid, Christian, *op. cit.*; Massey, *op. cit.*

Como ya lo anticipé, el problema que tuve para comprender la dogmática del derecho en mis clases de ‘Bienes’ y de ‘Teoría del Estado’ fue precisamente que, esas normas, veían al espacio como un contenedor vacío. Como lo explican Luke Bennett y Antonia Layard en el texto que inspira el título de este trabajo, la invitación de los geógrafos legales a los académicos legales es a convertirse en detectives espaciales. Con ello, los autores quieren decir que ‘hacer geografía legal’ implica develar las ocasiones en las que el derecho opera ‘anti-geográficamente’, es decir, ignorando que su aplicación sucede en un espacio concreto.³⁸ Los autores resaltan que, para encontrar esas relaciones entre derecho y geografía, es posible analizar tres operaciones claves.

La primera operación clave tiene que ver con comprender la relación de la operación del derecho con los fenómenos espaciales, o, en otras palabras, *explicar el impacto del derecho en el espacio*.³⁹ Un ejemplo claro podría ser el de las regulaciones para el uso del espacio público, en varias de las ciudades del sur global. En algunas de esas ciudades, se prohíben las ventas en el espacio público o se exige un permiso para poder desempeñar esa actividad.⁴⁰ Al prohibir esa actividad, no sólo se desincentiva el uso del espacio, sino que se cambia totalmente la forma en la que esos trabajadores desempeñan su trabajo, ya que el miedo a ser desalojados se vuelve constante.⁴¹ El derecho los hace un objeto *fuera de lugar*.⁴²

Ahora, el derecho no solamente puede impactar en el espacio. Precisamente, la segunda operación se concentra en *la construcción del espacio a través del derecho*. Para comprender esa operación, es importante recordar que la *geografía legal* defiende que existe una “relación co-constitutiva [entre el] derecho y el espacio”.⁴³

³⁸ Bennett, Luke y Layard, Antonia, “Legal Geography: becoming spatial detectives”, *Geography Compass*, Reino Unido, núm. 9, julio de 2015, pp. 406-422.

³⁹ *Idem*.

⁴⁰ Holland, Alisha C., *Forbearance as Redistribution: The politics of informal welfare in Latin America*, Cambridge, New York, Port Melbourne, Delhi y Singapore, Cambridge University Press, 2017.

⁴¹ Porras-Santanilla, Laura, “The *game*: Description and analysis of how street vendors keep working on the streets of Bogotá despite state intervention”, *Environment and Planning C: Politics and Space*, Reino Unido, 2022, pp. 1-16.

⁴² Meneses-Reyes, Rodrigo, “Out of place, still in motion: shaping (im)mobility through urban regulation”, *Social and Legal Studies*, Reino Unido, vol. 22, núm. 3, 2013, pp. 335-356.

⁴³ Villanueva, Joaquín, “Pathways of confinement: the legal constitution of carceral spaces in France’s social housing estates”, *Social and Cultural Geography*, Reino Unido, vol. 19, núm. 8, 2018, pp. 963-983.

En otras palabras, el derecho participa en la construcción del espacio, así como el espacio participa en la construcción del derecho.⁴⁴ Para ejemplificar esta operación, es útil pensar —así como lo hice en mi tesis de doctorado— en términos de adjudicación judicial. En la teoría jurídica la mayoría de los movimientos contemporáneos, desde parte del liberalismo,⁴⁵ pasando por el realismo jurídico norteamericano,⁴⁶ hasta los que hacen parte de los *Critical Legal Studies*,⁴⁷ defienden que la adjudicación judicial, en varios casos, es un proceso de creación del derecho en el que hay un margen de discrecionalidad para tomar decisiones en uno y otro sentido.⁴⁸

Los aportes de esos cánones de la teoría jurídica son útiles para comprender que el derecho no es adjudicado de forma imparcial, sino que, en su aplicación, hay inmersas consideraciones políticas. Sin embargo, estas perspectivas dejan de lado que, esas posiciones políticas, no suceden en un contenedor vacío, sino que *suceden en un espacio*. Asimismo, también olvidan que esa discrecionalidad sucede (o se oculta) *gracias al espacio*. Por ejemplo, la discrecionalidad judicial se puede ocultar *ignorando el espacio*, como lo muestra de forma brillante Blomley⁴⁹ en su trabajo sobre la determinación de los límites de un resguardo indígena en Canadá. La dogmática del derecho de propiedad establece que, para determinar un límite de un terreno con otro, si el lindero es un río, hay que determinar el punto medio entre sus riberas para establecer el límite exacto entre ambas propiedades.⁵⁰ Esa regla invisibiliza el hecho de que los ríos no tienen un cauce ni

⁴⁴ Bennett, Luke y Layard, Antonia, *op. cit.*

⁴⁵ Rodríguez, César, *Teoría del derecho y decisión judicial: en torno al debate entre H.L.A. Hart y R. Dworkin*, Santafé de Bogotá, Siglo del Hombre Editores y Universidad de los Andes, 1997, pp. 15-92.

⁴⁶ Pound, Roscoe y Llewellyn, Karl N., *El debate Pound-Llewellyn*, trad. de Jorge González Jácome, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2018.

⁴⁷ Kennedy, Duncan, *A critique of adjudication: fin de siècle*, Cambridge, Harvard University Press, 1998.

⁴⁸ Porras, Laura y Caselles, Karen, “¿Puede el derecho hacer visible el trabajo invisible de las mujeres más pobres? Una crítica a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia”, en Restrepo Medina, Manuel (ed.), *Crisis del Estado nación y de la concepción clásica de la soberanía*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2019, pp. 251-282.

⁴⁹ Blomley, Nicholas, “Simplification is complicated: property, nature, and the rivers of law”, *Environment and Planning A: Economy and Space*, Reino Unido, vol. 40, núm. 8, 2008, pp. 1825-1842.

⁵⁰ Medina Pabón, Juan Enrique, *op. cit.*

unas riberas estáticas y que, en ese caso, lo discrecional es el momento en el que se *toma la foto* o se define cuál es el cauce que se utilizará para delimitar la propiedad.⁵¹ También invisibiliza las relaciones sociales que construyen las comunidades alrededor de los ríos. En ese proceso judicial que estudió Blomley, los jueces realizaron una abstracción del espacio, una sobresimplificación. Al hacerlo, *produjeron un espacio ficto*, que es el reconocido y legitimado por el derecho.

Pero la discrecionalidad —disfrazada de objetividad— también puede operar *utilizando el espacio*. Por ejemplo, como lo muestro en mi tesis de maestría, el análisis para determinar si una pareja convivió o no a la hora de decidir sobre el reconocimiento de una pensión de sobrevivientes, está construido a través de reglas espaciales. La jurisprudencia sobre la materia sostiene que, para poder reconocer la pensión de sobrevivientes se debe probar, salvo una causa de fuerza mayor, que la pareja vivía bajo el mismo techo. Eso significa que el derecho favorece modelos de familia más tradicionales, en los que las relaciones sociales familiares necesariamente deben suceder dentro de una infraestructura. Al hacerlo, castiga a los modelos familiares en los que las relaciones sociales son distintas, como las parejas que tienen una relación estable, e incluso hijos, pero por alguna razón personal deciden tener dos hogares.⁵² En ese sentido, como lo explica Irus Braverman, los espacios en los que se aplica el derecho son claves, porque estos a su vez tienen un papel importante en la producción y aplicación del derecho, y, como consecuencia, permitieron y legitimaron una intervención del Estado.⁵³ Esas intervenciones repercuten materialidades especiales,⁵⁴ y, por ende, en las vidas cotidianas de las personas.⁵⁵

Finalmente, hay una tercera operación que se concentra en la forma en la que el derecho construye jurisdicciones y escalas, es decir, en la construcción jurídica

⁵¹ Blomley, Nicholas, “Simplification is complicated...”, *cit.*

⁵² *Idem.*

⁵³ Braverman, Irus, “Who’s afraid of methodology? advocating a methodological turn in legal Geography”, en Braverman, Irus *et al.* (eds.), *The expanding spaces of law: a timely legal Geography*, Stanford, Stanford University Press, 2014, pp. 120-141.

⁵⁴ En este texto utilicé la palabra “materialidad”, con la cual me refiero a las condiciones que permiten el surgimiento del derecho. Véase Yoon Kang, Hyo y Kendall, Sarah, “Legal materiality”, en Stern, Simon (eds.), *The Oxford Handbook of Law and Humanities*, Oxford, Oxford University Press, 2019, pp. 19-37.

⁵⁵ Delaney, David, “Legal Geography I: constitutivities, complexities, and contingencies”, *Progress in Human Geography*, Reino Unido, vol. 39, núm. 1, 2015, pp. 96-102.

en la que el derecho está llamado a operar.⁵⁶ En ese sentido, en los estados federales se puede pensar en las formas en las que el derecho de la Unión interactúa con el derecho de cada uno de los Estados;⁵⁷ pero también cuestionar la razón por la cual en los Estados occidentales la escala en la que opera el derecho es el territorio del Estado, mientras que en otras comunidades, el sistema jurídico funciona sobre el cuerpo.⁵⁸

Como se puede ver en estas formas en las que opera la relación entre derecho y geografía, la *geografía legal* nos permite dos cosas. Por un lado, desenmascarar lo que el derecho liberal oculta: que el espacio y el derecho son construcciones políticas.⁵⁹ Pero también nos permite evidenciar que detrás de los arreglos espaciales, hay arreglos distributivos, en los que algunos actores ganan y otros pierden.⁶⁰ Sin embargo, a pesar de que esos dos aspectos hablan de la importancia científica de esta propuesta teórica, no son la principal razón por la que los geógrafos legales *hacen geografía legal*. La razón principal es que, pensar el derecho en términos espaciales nos muestra que, el derecho, no solamente es un discurso, sino que sus efectos repercuten materialmente en el espacio.⁶¹ En otras palabras, precisamente como el derecho no funciona en un contenedor vacío sino en el espacio —donde están las relaciones sociales—, este tiene repercusiones materiales en la vida cotidiana de las personas —que son las que construyen esas relaciones sociales—.

Ahora bien, como lo explica María Victoria Castro,⁶² los estudios de *geografía legal* han concentrado su desarrollo en cuatro cánones dentro del derecho: en el

⁵⁶ Bennett, Luke y Layard, Antonia, *op. cit.*

⁵⁷ Ford, Richard T., “El territorio del derecho (una historia de la jurisdicción)”, en *Derecho y geografía: espacio, poder y sistema jurídico*, Bogotá, Universidad de los Andes, Siglo del Hombre, 2020, pp. 87-249.

⁵⁸ Castro, María Victoria, “Comunidad de Paz de San José de Apartadó: caracterización del sistema jurídico desde el punto de vista del positivismo jurídico”, en Moncada Roa, Patricia (ed.), *Introducción al derecho: obra en construcción*, Bogotá, Universidad de los Andes, 2011, pp. 251-309.

⁵⁹ Olarte Olarte, Carolina y Wall, Ilan rua, “The occupation of public space in Bogotá”, *Social and Legal Studies*, Reino Unido, vol. 21, núm., 3, 2012, pp. 321-339.

⁶⁰ Castro, María Victoria, “Estudio preliminar...”, *cit.*

⁶¹ Holder, Jane y Harrison, Carolyn, “Connecting law and Geography”, en Holder, Jane y Harrison, Carolyn (eds.), *Law and Geography*, Oxford, Oxford University Press, 2003, pp. 3-16.

⁶² Castro, María Victoria, “Estudio preliminar...”, *cit.*

derecho de propiedad (por ejemplo, sobre su delimitación⁶³ o sobre la tenue división entre espacio público o privado); en los estudios sobre jurisdicción (por ejemplo, en las formas en la que operan las escalas federal y local⁶⁴ o qué sucede cuando la aplicación del derecho opera sobre otras escalas, como el cuerpo);⁶⁵ la raza (las formas en las que los estereotipos raciales parten del espacio o tienen repercusiones en él);⁶⁶ y de los relacionados con la sexualidad y la moralidad (por ejemplo, si el derecho debería permitir que se tengan relaciones sexuales en público y los efectos espaciales de esa decisión).⁶⁷

Delaney ha sostenido que hay un creciente número de estudios de *geografía legal* en la economía política, en los estudios críticos del derecho internacional, en los estudios críticos sobre los animales y en la antropología legal.⁶⁸ Finalmente, yo añadiría que en las últimas décadas hay un creciente desarrollo de los estudios de geografía legal sobre comunidades étnicas y sus relaciones con el ambiente.⁶⁹

Sin embargo, que esos sean los cánones más desarrollados —o los que tienen desarrollos recientes— no significa que no sea posible utilizar a la *geografía legal* para enriquecer otras áreas del derecho. En el siguiente acápite, me concentro en tratar de explicar la potencialidad de analizar la dogmática clásica del derecho laboral —mi campo de estudio y acción— a través de los lentes espaciales.

⁶³ Blomley, Nicholas K. “Simplification is complicated...”, *cit.*

⁶⁴ Ford, Richard T., *op. cit.*

⁶⁵ Amaya-Castro, Juan Manuel, “Illegality regimes and the ongoing transformation of contemporary citizenship”, *European Journal of Legal Studies*, Italia, vol. 4, núm. 2, 2011, pp. 137-161.

⁶⁶ Oh, Reginald, “Re-mapping equal protection jurisprudence: a legal Geography of race and affirmative action”, *The American University Law Review*, Estados Unidos, vol. 53, núm. 6, 2004, pp. 1305-1360; Delaney, David, *Race, place, and the law 1836-1948*, Austin, University of Texas Press, 1998.

⁶⁷ Jessup, Brad y McIlwraith, Claire, “The sexual legal geography in *Comcare v PVYW*”, *University of New South Wales Law Journal*, Australia, vol. 38, núm. 4, 2015, pp. 1484-1506; Hubbard, Phil *et al.*, “Legal geographies—controlling sexually oriented businesses: law, licensing, and the geographies of a controversial land use”, *Urban Geography*, Reino Unido, vol. 30, núm. 2, 2009, pp. 185-205.

⁶⁸ Delaney, David, “Legal geography III: New worlds, new convergences”, *Progress in Human Geography*, Reino Unido, vol. 41, núm. 5, 2017, pp. 667-675.

⁶⁹ O'Donnell, Tayanah (eds.), *Legal Geography: Perspectives and Methods*, Abingdon, New York, Routledge, 2019.

III. Diálogos entre geografía legal y derecho laboral: siete puntos de conexión

Cuando era estudiante de pregrado, en mi clase de derecho laboral, por alguna razón, llegamos a una discusión poco usual en los cursos más tradicionales, como los que yo estaba tomando: los derechos fundamentales en el empleo. Para ello, el profesor, nos planteó un caso: ¿podría el empleador exigir a una secretaria el uso de una minifalda para desempeñar su trabajo? Recuerdo que me molestó la pregunta y levanté la mano para intervenir. En mi intervención, planteé que el conflicto era fácil de resolver. En particular, sostuve que para resolver ese conflicto era necesario constitucionalizarlo,⁷⁰ utilizando al derecho al libre desarrollo de la personalidad⁷¹ y que, en virtud de ese derecho, no era posible exigir a una trabajadora el uso de un uniforme que no tuviera relación con el desempeño de su función o con la protección de sus riesgos profesionales. Otros compañeros, todos hombres, manifestaron su desacuerdo y dijeron que exigir a la secretaria el uso de la minifalda hacía parte del ejercicio del *ius variandi*,⁷² es decir, de la facultad del empleador de dar instrucciones en el marco del trabajo y de modificar las condiciones, como una muestra del ejercicio de la subordinación.

Lo que el marco liberal de los derechos no nos muestra respecto de ese conflicto es que, si ese caso fuera resuelto como lo propusieron mis compañeros, la trabajadora tendría que utilizar obligatoriamente una minifalda, no en un lugar abstracto, sino en su lugar de trabajo. Eso podría variar las relaciones sociales que se construyen alrededor de su *lugar de trabajo*, donde es posible que pase más de 40 horas a la semana. Por ejemplo, es posible que la mujer se sienta incómoda, o, por el contrario, que su uso funcione como un mecanismo de liberación.⁷³ En todo caso, ese arreglo social usual —pero no por ello legítimo— según el cual los trabajadores deben utilizar el uniforme asignado sin la posibilidad de

⁷⁰ Calderón Villegas, Juan Jacobo, *La constitucionalización del derecho privado, la verdadera historia del impacto constitucional en Colombia*, 2a. ed., Bogotá, Universidad de los Andes, Temis, Universidad del Rosario, 2017.

⁷¹ Ángel Cabo, Natalia, “El concepto de libertad y el libre desarrollo de la personalidad”, en Alviar García, Helena (eds.), *Constitución y democracia en movimiento*, Bogotá, Universidad de los Andes, 2016, pp. 239-257.

⁷² Valdés Sánchez, Germán, *op. cit.*

⁷³ Kennedy, Duncan, “Sexual abuse, sexy dressing and the eroticization of domination”, *New England Law Review*, Estados Unidos, vol. 26, núm. 4, 1992, pp. 1309-1394.

cuestionarlo, representa un ejercicio de control sobre el cuerpo que reproduce estereotipos de género,⁷⁴ en un espacio sexualizado (la oficina).⁷⁵ Ahora que lo pienso, no debí sorprenderme cuando el mismo profesor, durante un entrenamiento para un concurso académico de derecho laboral, dio a entender que mi expresión de género no era lo suficientemente masculina para que yo fuera quien presentara la ponencia. Esto sucedió en una oficina de abogados. Al sancionar mi expresión de género, el reputado jurista estaba gobernando el tipo de espacios de trabajo que él suele frecuentar. Lo hizo porque yo estaba modificando la materialidad de su espacio.

De hecho, la materialidad está en el centro de la dogmática del derecho laboral. Hace poco caí en cuenta de lo obsesivos que podemos llegar a ser los laboristas⁷⁶ en ese sentido. En clase, durante este semestre, pedí a mis estudiantes que realizaran el análisis de una sentencia de la Sala de Casación Laboral. Por sugerencia de otra profesora del área, les di libertad creativa para que hicieran su análisis en el formato que prefirieran. Un talentoso estudiante decidió componer un rap para explicar el fallo. Esto dice un fragmento de la canción: “Ya lo dijo [el profesor], realidad sobre formas. Hechos y cultura que sobrepasan las normas”. Al escuchar el verso, recordé lo enfático que era en clase—inconscientemente— resaltando la importancia de la materialidad.

Pero esa obsesión no es gratuita. En la construcción dogmática del derecho laboral, la materialidad está en el centro, pues el objeto de la regulación del trabajo son las relaciones sociales que hay entre empleadores y trabajadores.⁷⁷

⁷⁴ Craik, Jennifer, “The cultural politics of the uniform”, *Fashion Theory*, Reino Unido, vol. 7, núm. 2, 2003, pp. 127-147.

⁷⁵ Lee, Sandy, “Power, performance and place: a feminist analysis of encounters in the professional workplace”, *Gender, Place and Culture*, Reino Unido, vol. 26, núm. 5, 2019, pp. 762-766.

⁷⁶ En Colombia, existe una concepción muy limitada de lo que es “un(a) laboralista”. El campo está compuesto, salvo por algunas(os) profesoras(es) de planta, en su mayoría, por abogadas(os) litigantes y magistradas(os) (auxiliares) que, en sus tiempos libres, fungen como profesores de cátedra y escriben manuales sobre la materia. Véase Porras y Caselles, *op. cit.* Como profesor de derecho laboral e investigador socio-jurídico de tiempo completo, utilizo el término ‘laboralista’ para identificarme, con la finalidad política de subvertir esa creencia excluyente del campo jurídico.

⁷⁷ Pietrogiovanni, Vincenzo, “Between *sein* and *sollen* of labour law: civil (and constitutional) law perspectives on platform workers”, *King’s Law Journal*, Reino Unido, vol. 31, núm. 2, 2020, pp. 313-323.

Quizá el ejemplo más claro de ese énfasis en la materialidad es el principio de prevalencia de la realidad sobre las formas, que establece que, para determinar si el vínculo jurídico que hay entre dos partes es laboral o no, no importan la forma ni el nombre que se le dé a ese vínculo, sino lo que realmente sucede — insisto, la materialidad—. ⁷⁸ Conforme al diseño estándar de este principio, si se configuran los elementos de relación laboral (la prestación personal del servicio, la subordinación y la remuneración), sin importar el nombre que se le dé al vínculo jurídico, la realidad prevalecerá sobre la forma (evitando la explotación por parte del empleador) y el(la) trabajador(a) tendrá derecho al pago de las prestaciones asociadas a una relación laboral (salario mínimo, pago de trabajo suplementario y pago de prestaciones sociales). ⁷⁹

En una coincidencia afortunada, la *geografía legal* también se ha enfocado en estudiar la materialidad del derecho. Por un lado, la *geografía legal* participa también en otro giro de las ciencias sociales: el material. Según este giro, el ambiente y los objetos tienen efectos profundos en la construcción de las ciencias sociales. ⁸⁰ Por otro lado, gracias a que la etnografía es uno de los métodos de producción de información más utilizados por la geografía legal, ⁸¹ un buen número de los estudios que hacen parte de este movimiento “a menudo tienen una atención a la materialidad de la ley, mostrando cómo el derecho se materializa en las cosas (documentos, edificios, trazados de calles y señales, hábitats y criaturas)”. ⁸² Ambas coincidencias teóricas afortunadas permiten que, al espacializar el derecho laboral podamos, precisamente, analizar la materialidad del trabajo, pero que también podamos espacializar las relaciones que suceden en su marco. Al revisar la literatura académica, es posible encontrar al menos siete formas explícitas, y dos implícitas, de explicar esas relaciones, las cuales detallo a continuación.

⁷⁸ Jaramillo Jassir, Iván Daniel, *op. cit.*

⁷⁹ Cuervo Aparicio, Mónica María, “Relación de trabajo y contrato de trabajo”, en Herrera Vergara, José Roberto y Cuervo Aparicio, Adriana (eds.), *Derecho individual del trabajo*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2019, pp. 51-72.

⁸⁰ Mukerji, Chandra, “The Material Turn”, en *Emerging Trends in the Social and Behavioral Sciences*, 2015. <https://doi.org/10.1002/9781118900772.etrds0109>

⁸¹ Braverman, Irus, *op. cit.*

⁸² Bennett, Luke y Layard, Antonia, *op. cit.*

1. Trabajo, espacio y cadenas globales de valor

En primer lugar, en la literatura académica, es posible encontrar, expresamente, la aproximación a través de los estudios legales sobre las cadenas globales de valor (CGV). Esta propuesta proviene del Grupo de Trabajo de Derecho y Producción Legal del Instituto de Derecho y Política Global de la Facultad de Derecho de la Universidad de Harvard (IGLP, por sus siglas en inglés). Este grupo de trabajo sostiene que el derecho tiene un rol protagónico en la construcción de esas cadenas globales de valor, y una de las aproximaciones que proponen para estudiarlas es la geografía legal. El derecho, a su juicio, permite “desarrollar técnicas para estudiar estos fenómenos de manera que ilustren la particularidad de las diversas estructuras jurídicas y de las CGV, sin dejar de ser conscientes de la complejidad más amplia de los contextos en los que operan estas estructuras”.⁸³ El derecho laboral tiene unas conexiones claras con las cadenas globales de valor. Las empresas suelen mudar sus centros de producción, con el fin de reducir los costos laborales.⁸⁴ Inclusive, como lo explica el Grupo de Trabajo, el mismo derecho laboral tiene muchas discusiones alrededor del valor (por ejemplo, cuál debería ser el valor mínimo pagado y cómo funciona la organización colectiva). Es claro que las cadenas de valor tienen una perspectiva geográfica, pues el desplazamiento de los bienes y servicios sucede a través del espacio o tiene efectos espaciales.⁸⁵

2. Derecho, espacio y trabajadores migrantes

En segundo lugar, se encuentran los estudios de *geografía legal* sobre las migraciones de trabajadores, que dialogan con los estudios de geografía humana, que tratan de comprender la relación de migración con la precariedad, y de cómo esta

⁸³ The IGLP Law and Global Production Working Group, “The role of law in global value chains: a research manifesto”, *London Review of International Law*, Reino Unido, vol. 4, núm. 1, 2016, pp. 57-79.

⁸⁴ Riisgaard, Lone, “Global Value Chains, Labor Organization and Private Social Standards: Lessons from East African Cut Flower Industries”, *World Development*, Países Bajos, vol. 37, núm. 2, 2009, pp. 326-340.

⁸⁵ Werner, Marion, “Geographies of production I: global production and uneven development”, *Human Geography*, Reino Unido, vol. 43, núm. 5, 2019, pp. 948-958; Coe, Neil M., “Geographies of production II: A global production network A–Z”, *Progress in Human Geography*, Reino Unido, vol. 36, núm. 3, 2012, pp. 389-402.

se construye a través del espacio.⁸⁶ En particular, estos textos sobre la migración estudian la forma en la que el derecho es utilizado como mecanismo de control, que opera en la escala del cuerpo, marcando como “ilegítima” la ocupación del espacio (en este caso, del espacio de trabajo) de los trabajadores migrantes, y funcionando como un mecanismo de opresión.⁸⁷

3. Contestación política (y jurídica) de los trabajadores

En tercer lugar, hay un nodo de trabajos que han documentado cómo la contestación política y social, que sucede a varias escalas, afecta la regulación laboral. Por un lado, hay estudios que se concentran en el uso del espacio público durante las huelgas de los trabajadores.⁸⁸ Por ejemplo, en uno de los libros fundacionales de la *geografía legal*, Blomley⁸⁹ narró cómo, en 1984, el gobierno británico apoyó la expedición de una ley que aumentó el control sobre las organizaciones sindicales, al mismo tiempo que desreguló a la industria. Según el texto, legitimar esa propuesta normativa fue posible porque se interpretó la regulación de los sindicatos como una amenaza a la libertad de trabajo, privilegiando una visión más individualista que colectiva.⁹⁰

Por otro lado, otros estudios han encontrado, dentro de las contradicciones de la operación del derecho, un espacio social que permita o impida esa contestación política y social.⁹¹ Al respecto, es importante tener en cuenta que, uno de los focos de la geografía legal, es el funcionamiento de las categorías legales —lo que permite un diálogo retador importante con la dogmática—. Esto se

⁸⁶ Strauss, Kendra, “Labour geography 1: Towards a geography of precarity?”, *Progress in Human Geography*, Reino Unido, vol. 42, núm. 4, 2018, pp. 622-630.

⁸⁷ Marsden, Sara, “Evaluación de la regulación de los trabajadores extranjeros temporales en Canadá”, *Boletín Osgoode Hall Law Journal*, Canadá, vol. 49, núm. 1, 2011, pp. 39-70; Winders, Jamie, “Bringing back the (b)order: Post-9/11 politics of immigration, borders, and belonging in the contemporary US South”, *Antipode*, Reino Unido, vol. 39, núm. 5, noviembre de 2007, pp. 920-942; Amaya-Castro, Juan Manuel, *op. cit.*

⁸⁸ Blomley, “*Law, space, and the...*”, *cit.*

⁸⁹ Blomley, Nicholas K., *Law, space, and the geographies of power*, New York, The Guildford Press, 1994.

⁹⁰ *Idem.*

⁹¹ Doucette, Jaime y Kang, Susan, “Legal geographies of labour and postdemocracy: Reinforcing non-standard work in South Korea”, *Transactions of the Institute of British Geographers*, Reino Unido, vol. 43, núm. 2, 2018, pp. 200-214.

debe a que, con una mirada especial, es posible ver cómo los procesos en los que opera el derecho no funcionan como lo diseña la dogmática, pues, al ser procesos sociales, a veces son desordenados e ilógicos.⁹² Por ejemplo, Doucette y Kang⁹³ sostienen que el derecho ha sido utilizado como un mecanismo para controlar el ejercicio del derecho a la huelga de los trabajadores, en un contexto que, formalmente, es democrático —como el surcoreano—. En particular, se enfocan en la posibilidad que tienen los empleadores de poder iniciar acciones civiles o penales, solicitando la reparación o la criminalización, en los casos en los que las huelgas son declaradas ilegales. A su juicio, esto ha desincentivado el ejercicio de la huelga y se ha convertido en una conducta antisindical, amparada por el derecho. Construyendo sobre el trabajo de Doucette y Kang, Lawreniuk⁹⁴ encuentra oportunidades de resistencia dentro de esa regulación neoliberal de la huelga. Por ejemplo, ante una regulación estricta y desfavorable de la huelga contractual, los sindicalistas han favorecido la relación de huelgas espontáneas,⁹⁵ y han convertido al gobierno y a la opinión pública (y no sólo a los empleadores) en sus interlocutores, como una forma de generar presión distinta a la de la suspensión de la actividad personal del servicio.⁹⁶

4. Trabajo, espacio, normas locales y normas globales

En cuarto lugar, es posible identificar un nodo en la *geografía legal* del trabajo, sobre la interacción de normas internacionales y locales. Este fenómeno espacial, en el que un solo hecho está reglado por el derecho producido a dos es-

⁹² Delaney, David, “Legal Geography I”, *cit.*

⁹³ Doucette, Jaime y Kang, Susan, “Legal geographies of labour and postdemocracy”, *cit.*

⁹⁴ Lawreniuk, Sabina, “Zombie resistance: Reanimated labour struggles and the legal geographies of authoritarian neoliberalism in Cambodia”, *Transactions of the Institute of British Geographers*, Reino Unido, vol. 48, núm. 1, 2023, pp. 29-55.

⁹⁵ Desde hace algunos años, el derecho laboral colectivo colombiano diferencia entre huelga contractual y huelga espontánea. La primera se caracteriza por ocurrir como resultado de la negociación colectiva reglada entre la empresa (llamada etapa de arreglo directo) y el sindicato, mientras que la espontánea se diferencia de la contractual porque es una decisión que proviene de un momento específico corto diferente ajeno a la etapa de arreglo directo. Véase CSJ, Cas. Laboral, Sent. jun. 24/2020, SL1680-2020. M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo.

⁹⁶ Cuando se decreta la huelga, se suspende la prestación personal del servicio de los trabajadores. Véase Cerón Coral, Jaime y Camacho Ramírez, Adriana, *Derecho colectivo del trabajo*, 2a. ed., Bogotá, Ibáñez, 2019.

calas diferentes, ha sido llamado *splicing*.⁹⁷ No es sorprendente que, dos de los tres trabajos que conforman este nodo, detallan interacciones entre el derecho comunitario de la Unión Europea (en particular, el producido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el órgano contencioso de su sistema de protección de derechos humanos), con el derecho nacional de los Estados.

En particular, Persdotter y Iossa estudian la contradicción que existe respecto de la regulación de las relaciones laborales de los trabajadores transfronterizos. El diseño comunitario le permite a la Unión Europea regular operaciones comerciales transfronterizas, pero mantiene en la escala nacional la regulación de los derechos laborales. Los autores resaltan una contradicción: en realidad, las normas laborales hacen parte de la operación comercial, pues sin los trabajadores transfronterizos de los sistemas de transporte, la operación de la economía comunitaria no es posible. A su juicio, además, esa regulación genera que los Estados impidan el progreso en derechos laborales, con el fin de mantener la competitividad de mano de obra, respecto de otros países de la Unión.⁹⁸ En un texto que presenta una contradicción similar, Iossa resalta que, el derecho comunitario, contiene una cláusula que permite realizar un negocio, tal y como si estuviera en el Estado de origen, lo que ha sido utilizado para tercerizar trabajadores que desplazan de un país a otro, con el fin de abaratar la mano de obra.⁹⁹ Un fenómeno similar fue detectado en Canadá en un fallo que, basándose en el derecho internacional del trabajo, calificó a la negociación colectiva como un derecho humano.¹⁰⁰

⁹⁷ Blomley, Nicholas K., “From ‘what?’ to ‘so what?': law and Geography in retrospect”, en Holder, Jane y Harrison, Carolyn (eds.), *Law and Geography*, Oxford, Oxford University Press, 2003, 17-34.

⁹⁸ Persdotter, Maria y Iossa, Andrea, “On legal geography as an analytical toolbox for EU legal studies”, *European Law Open*, Reino Unido, vol. 1, núm. 1, abril, 2022, pp. 126-130.

⁹⁹ Iossa, Andrea, “«This is not a posted worker» – short-term cross-border mobility of logistics workers and spatio-temporal dimensions of exploitation in the EU: evidence from the case law of the Court of Justice”, *European Law Open*, Reino Unido, vol. 1, núm. 3, noviembre de 2022, pp. 669-678.

¹⁰⁰ Rutherford, Tod D., “Scaling up by law? Canadian labour law, the nation-state and the case of the British Columbia Health Employees Union: Scaling up by law?”, *Transactions of the Institute of British Geographers*, Reino Unido, vol. 38, núm. 1, 2013, pp. 25-35.

5. La desigualdad del poder, localizada, de las relaciones de trabajo

En quinto lugar, varios estudios han encontrado que, el derecho laboral, genera relaciones laborales —que, por supuesto, suceden en el espacio— en el que el poder es muy desigual. Este nodo de estudios dialoga implícitamente con los desarrollos contemporáneos de la geografía humana del trabajo, que sostienen que, para estudiar la agencia del trabajador, dentro de la estructura estructurante del trabajo,¹⁰¹ es necesario examinar los arreglos espaciales en los que estas relaciones suceden, que son los que permiten limitarla o ampliarla.¹⁰² En específico, Reid-Musson *et al.*¹⁰³ nos informan sobre una norma de la provincia de Alberta (Canadá) que sostenía, que dentro de las familias rurales, no podían configurarse relaciones laborales, lo que generaba unas relaciones de poder enormes entre varios trabajadores de las granjas, y quienes administraban las fincas. Algo similar sucede en Reino Unido, donde se expidió una ley que obliga a pagar a los trabajadores migrantes las mismas prestaciones que a los nacionales, pero donde también se acaban de aprobar normas más estrictas para controlar a los migrantes “irregulares” que, con el pretexto de controlar la trata de personas, en la práctica criminaliza a estos trabajadores.¹⁰⁴ Finalmente, la literatura también sostiene que, la regulación de la negociación colectiva, mientras desregula el trabajo individual en Australia, es una práctica en la que el Estado cambia la escala en la que regula los conflictos (de lo macro, a lo micro), obstaculizando que los derechos obtenidos a través de la reforma legal (como la huelga) sean materialmente ejercidos.¹⁰⁵

¹⁰¹ Hale, Robert L., “Coercion and Distribution in a Supposedly Non-Coercive State”, *Political Science Quarterly*, Estados Unidos, vol. 38, núm. 3, septiembre, 1923, pp. 470-494.

¹⁰² Strauss, Kendra, “Labour geography 1...”, *cit.*; Strauss, Kendra, “Labour geography II: Being, knowledge and agency”, *Progress in Human Geography*, Reino Unido, vol. 44, núm. 1, 2020, pp. 150-159.

¹⁰³ Reid-Musson, Emily *et al.*, “Work without workers: legal geographies of family farm exclusions from labour laws in Alberta, Canada”, *Agriculture and Human Values*, Países Bajos, vol. 39, núm. 3, 2022, pp. 1027-1038.

¹⁰⁴ Fudge, Judy y Strauss, Kendra, “Migrants, Unfree Labour, and the Legal Construction of Domestic Servitude”, en Costello, Cathryn y Freedland, Mark (eds.), *Migrants at Work*, Oxford, Oxford University Press, 2014, pp. 160-179.

¹⁰⁵ Weller, Sally, “Power and scale: the shifting geography of industrial relations law in Australia”, *Antipode*, Reino Unido, vol. 39, núm. 5, noviembre de 2007, pp. 896-919.

6. Dimensiones materiales del acceso a la justicia del trabajo

En sexto lugar, se encuentran los estudios que se concentran en pensar (desde una perspectiva geográfica) sobre las barreras de acceso a la justicia frente al litigio y al proceso; sobre todo, en pensar cuáles son las dimensiones espaciales de acudir a un juzgado, lo que dialoga con un grupo significativo de literatura de la geografía legal, que estudia las materialidades de las audiencias, los juzgados y las cortes.¹⁰⁶ La mayoría de esta literatura es sobre juzgados penales,¹⁰⁷ pero el trabajo de Nick Gill *et al.* utiliza una etnografía multisituada para estudiar las audiencias de apelación, en procesos de refugio iniciados por trabajadores inmigrantes.¹⁰⁸ Esta propuesta de la materialidad de los juicios sostiene que, estudiar las audiencias a través de lentes geográficos, permite comprender “los atributos espaciales de la producción del derecho”,¹⁰⁹ desde el diseño arquitectónico de las sedes judiciales,¹¹⁰ pasando por la inclusión de tecnologías en las audiencias y llegando a la participación de las partes. Conforme a esta apuesta, los procesos judiciales se materializan en el espacio y, por ende, el derecho es un proceso material.¹¹¹

7. La materialidad del trabajo, espacializada

En séptimo y último lugar, se encuentra el nodo de textos que estudian específicamente la materialidad del lugar de trabajo. Como lo explica Delaney,¹¹² para que la ejecución material del trabajo sea posible, es necesario que esta parta

¹⁰⁶ Jeffrey, Alex, “Legal Geography 1: Court materiality”, *Progress in Human Geography*, Reino Unido, núm. 43-3, 2019, pp. 565-573.

¹⁰⁷ Sylvestre, Marie-Eve *et al.*, “Spatial tactics in criminal courts and the politics of legal technicalities: spatial tactics in criminal courts”, *Antipode*, Reino Unido, vol. 47, núm. 5, julio, 2015, pp. 1346-1366.

¹⁰⁸ Gill, Nick *et al.*, “The tribunal atmosphere: on qualitative barriers to access to justice”, *Geoforum*, Reino Unido, núm. 119, febrero de 2021, pp. 61-71.

¹⁰⁹ Jeffrey, Alex, “Legal Geography 1”, *cit.*

¹¹⁰ Buchely, Lina *et al.*, “Imaginarios sobre prácticas judiciales en Cali, Colombia”, *Íconos; Revista de Ciencias Sociales*, Ecuador, núm. 52, mayo de 2015, pp. 99-117.

¹¹¹ Jeffrey, “Legal Geography 1”, *cit.*

¹¹² Delaney, David, “10. At work in the nomosphere: the spatioplegal production of emotions at work”, en Braverman, Irus *et al.* (eds.), *The expanding spaces of law: a timely legal Geography*, Palo Alto, Stanford University Press, 2014, pp. 236-262.

de un arreglo socioespacial. No todos los lugares de trabajo son iguales. Hay unos muy rígidos, como la caja de un banco; y otros muy flexibles, como la calle, donde ejecutaban su labor los calibradores de ruta. En particular, Delaney señala que hay tres dimensiones espaciales del lugar de trabajo: *a)* sus límites espaciales físicos (donde se puede ejercer y dónde no); *b)* cómo se ejerce el poder dentro de él (por ejemplo, se respeta o no el derecho a la desconexión después de la jornada de trabajo, lo que implicaría que el poder de la subordinación trasciende del ámbito profesional) y, *c)* las relaciones que se generan como el lugar como tal (por ejemplo, si el trabajador lo concibe como un lugar desagradable, hostil o seguro).¹¹³ Por último, Delaney sostiene que el lugar de trabajo está profundamente regulado por el derecho, pues *a)* le es aplicable el derecho de propiedad;¹¹⁴ *b)* el derecho es el que califica si es un espacio público o privado y, *c)* el poder que ejerce el empleador sobre el trabajador está amparado por el derecho (subordinación), y el trabajador modifica su conducta dentro de ese espacio, para cumplir con las instrucciones del empleador y no ser despedido.¹¹⁵

Dentro de este nodo de estudios sobre la materialidad del lugar de trabajo existe, a su vez, un nodo sobre las imaginaciones alrededor de este. El estudio de las imaginaciones espaciales se concentra en describir, cómo las experiencias de las personas, impactan su concepción del espacio; en palabras de Lefebvre, modifican el espacio concebido.¹¹⁶ Las imaginaciones espaciales son las que permiten que las personas puedan relacionarse “con los lugares y espacios que les rodean, reconocen sus relaciones con ellos y comprenden cómo sus vidas se ven afectadas por ellos”.¹¹⁷ En última instancia, como lo explica Harvey, esas formas particulares de comprender al espacio son resultado, no sólo de nuestras experiencias propias previas —según Lefebvre, el espacio vivido—, sino de nuestras experiencias políticas.¹¹⁸ Sin embargo, el hecho de que sean “imagina-

¹¹³ *Idem.*

¹¹⁴ Hale, Robert L., “Coercion and Distribution...”, *cit.*

¹¹⁵ Delaney, David, “10. at work in the nomosphere”, *cit.*

¹¹⁶ Lindón, Alicia, “¿Geografías de lo imaginario o la dimensión imaginaria de las geografías del Lebenswelt?”, en Lindón, Alicia y Hiernaux, Daniel (eds.), *Geografías de lo imaginario*, México, Universidad Autónoma Metropolitana-Iztapalapa, 2012, pp. 65-86.

¹¹⁷ Yu, Jingran, “Mobile educational space and imaginative travellers in-situ: A case study of a UK international branch campus in China”, *Social and Cultural Geography*, Reino Unido, marzo de 2022, p. 5.

¹¹⁸ Harvey, David, “Between space and time: reflections on the geographical imagina-

ciones”. no significa que no tengan repercusiones materiales. De hecho, como son las que nos permiten comprender la realidad (el espacio percibido), estas tienen repercusiones materiales. Como el derecho opera en un contexto social que es interpretado a partir de las imaginaciones espaciales, la simple operación del derecho causa intervenciones materiales que reproducen y/o legitiman esas concepciones sobre el espacio.¹¹⁹

Como los jueces son algunos de los principales operadores jurídicos, existe un canon cada vez más desarrollado sobre los supuestos espaciales de los que parten o las imaginaciones espaciales que reproducen.¹²⁰ En esos trabajos, lo que se analiza es cómo los jueces, al resolver conflictos, utilizan categorías espaciales (como la distinción entre lo público y lo privado, suelo y subsuelo, bien mueble o inmueble) para crear y legitimar arreglos distributivos. Algunos de los fallos resuelven casos en los que los demandantes son trabajadores o beneficiarios del sistema de seguridad social. En un trabajo fundacional, Bakan y Blomley estudiaron casos de accidentes laborales que ocurrieron en Estados Unidos y Canadá. A raíz de esos accidentes, algunas fiscalías estatales abrieron procesos penales en contra de los empleadores, imputándoles delitos que van desde lesiones personales hasta homicidio culposo. Varios empleadores acudieron ante un juez, argumentando que la conducta de esos fiscales era inconstitucional, pues la reglamentación de los riesgos laborales es federal y no estatal. Por su parte, los fiscales argumentaron que, una de las normas de la ley de riesgos laborales, sugería que la legislación penal de los Estados no era excluyente de la ley de riesgos laborales. Bakan y Blomley muestran que esa pugna es posible, porque las normas aplicables en los casos estaban construidas alrededor de varios binarios espaciales: ciudadano/empleado, público/privado, comunidad local/lugar de trabajo. Los primeros términos están asociados a lo estatal; los segundos, a lo federal.¹²¹

tion”, *Annals of the Association of American Geographers*, Reino Unido, vol. 80, núm. 3, septiembre, 1990, pp. 418-434.

¹¹⁹ Layard, Antonia, *op. cit.*

¹²⁰ Blomley, Nicholas K., “Legal Geographies-Kelo, contradiction, and capitalism”, *Urban Geography*, Reino Unido, vol. 28, núm. 2, 2007, pp. 198-205; pp. 268-280; Kahn, Jeffrey S., “Geographies of discretion and the jurisdictional imagination”, *PolLAR: Political and Legal Anthropology Review*, Alemania, vol. 40, núm. 1, mayo, 2017, pp. 5-27.

¹²¹ Bakan, J.C. y Blomley, N.K., “Spatial categories, legal boundaries, and the judicial mapping of the worker”, *Environment and Planning A: Economy and Space*, Reino Unido, vol. 24, núm. 5, 1992, pp. 629-644.

El texto de Gordon Clark también analiza una prestación del sistema de seguridad social: la pensión de vejez. En particular, el artículo estudia un caso en el que una mujer sudafricana, que había cotizado al sistema de pensiones de Reino Unido, solicitaba el incremento anual de su pensión. El incremento le fue negado, argumentando que ella estaba residiendo en un país de la Commonwealth, en los que no hay derecho a ese incremento; y no en el Reino Unido, en el que el incremento es obligatorio. El juez sostuvo que, al tratarse de una persona extranjera, el caso era una cuestión de política exterior, y no uno de seguridad social, por lo que mantuvo la negativa de la prestación. Esto muestra una geografía caprichosa, que privilegia la residencia de la persona en un país sobre el lugar en el que realizó las cotizaciones.¹²² Finalmente, es importante resaltar el trabajo de Jessup y McIlwraith¹²³ sobre las imaginaciones espaciales de los jueces australianos, sobre el espacio al que pertenecen las relaciones sexuales. En un caso en el que se discutía si era posible reconocer una compensación por un accidente de trabajo a una mujer que había sido agredida mientras tenía relaciones sexuales durante una comisión de trabajo, la Corte Suprema australiana consideró que el sexo correspondía al ámbito de lo privado y no de lo público (el trabajo), por lo que negó el pago de la prestación. De esta forma, muestran una imaginación espacial construida alrededor del binario público/privado.

IV. Discusión: la utilidad del análisis espacial para comprender el trabajo

En la sección anterior, identifiqué siete posibilidades de diálogo expreso entre el derecho del trabajo y de la seguridad social, con la *geografía legal* que se pueden encontrar en la literatura académica. En esta sección, mi propósito es mostrar que, construir sobre esos siete nodos explícitos —y sobre los dos nodos implícitos que presentaré más adelante— es útil para comprender mejor el derecho del trabajo. Como caso de estudio, y como lo planteé en la introducción, utilizaré mi proyecto de tesis de doctorado.

¹²² Clark, Gordon L., “Country of residence and pension entitlement: the arbitrary geography of UK legal formalism”, *Environment and Planning A: Economy and Space*, Reino Unido, vol. 34, núm. 12, 2002, pp. 2102-2106.

¹²³ Jessup, Brad y McIlwraith, Claire, *op. cit.*

El primer nodo que identifiqué es el de las cadenas globales de valor. En varios esquemas empresariales, la forma en la que se transportan los productos para su comercialización, es central dentro del modelo de negocio. Sin embargo, el derecho laboral, salvo en los casos de tercerización e intermediación —en los que se discute quién es el verdadero empleador en un esquema contractual en el que interviene más de un posible empleador—,¹²⁴ ignora los arreglos empresariales detrás de las necesidades de la empresa. Como lo mostró claramente la pandemia, cuando se interrumpe el flujo de personas, la cadena de valor no puede operar de la misma manera, pues se frena la operación del comercio internacional.¹²⁵ Los trabajadores que permiten el funcionamiento de la cadena de exportación son una parte fundamental de su funcionamiento, un aspecto que suele ser ignorado. Por ejemplo, a simple vista, pareciera que la actividad de los calibradores —consistente en controlar la frecuencia en la que pasan los buses de transporte público— no participa en la discusión sobre la generación del valor o el transporte de los bienes comercializados internacionalmente. Sin embargo, una mirada más detenida puede mostrarnos que eso no es necesariamente cierto. Es importante recordar que Cúcuta es una ciudad fronteriza con Venezuela y el comercio fronterizo actúa como dinamizador de la economía local.¹²⁶ La operación del comercio internacional en Cúcuta (ya sea legal o ilegal) requiere de trabajadores que, en parte, se desplazan en la flota de TRASAN, que controla un segmento importante del transporte municipal urbano.

El segundo nodo —trabajo migrante— es imposible de ignorar en Colombia, en la coyuntura actual. Debido a la diáspora venezolana, nuestro país se ha convertido en receptor de migrantes. Para 2019, 5.2 % de los trabajadores ocupados en Colombia son migrantes.¹²⁷ En nuestro caso de estudio, es aún más difícil de ignorar en una ciudad fronteriza como Cúcuta. Aunque el fenómeno

¹²⁴ Romero Ramos, María Catalina, “Tercerización o subcontratación laboral”, en Herrera Vergara, José Roberto y Cuervo Aparicio, Adriana (eds.), *Derecho individual del trabajo*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2019, pp. 19-29.

¹²⁵ Miroudot, Sébastien, “Resilience versus robustness in global value chains: Some policy implications”, en Baldwin, Richard y Evenett, Simon J. (eds.), *COVID-19 and trade policy: why turning inward won't work*, London, Centre for Economic Policy Research, 2020, pp. 117-130.

¹²⁶ Silva, Armando, “El comercio fronterizo como dinamizador de la economía local”, *Ensayos Sobre Economía Regional*, Bogotá, núm. 38, 2006. https://www.banrep.gov.co/sites/default/files/publicaciones/archivos/2006_mayo.pdf

¹²⁷ Benítez, Miguel, “Migración venezolana y productividad laboral en Colombia”, *Coyuntura Económica: Investigación Económica y Social*, Colombia, núm. 52, 2022, pp. 35-64.

de la migración venezolana en la ciudad se ha incrementado recientemente debido a la diáspora,¹²⁸ desde hace décadas ha existido un constante flujo de trabajadores entre ambos países,¹²⁹ y es posible que alguno de los calibradores haya vivido durante un tiempo en Venezuela, o que detente la doble nacionalidad.

El tercer nodo es sobre la contestación política en el marco de las relaciones laborales. La terminación de la relación laboral suele ser uno de los momentos con mayor conflictividad. De hecho, según la información cualitativa recogida en la última Misión de Empleo, la mayoría de los procesos laborales en Colombia giran alrededor del despido.¹³⁰ Este es el momento en el que la tensión entre capital y trabajo es más evidente, pues el despido es el ejercicio de poder, más notable del empleador, que tiene consecuencias considerables en la vida cotidiana de los trabajadores¹³¹ y en su acceso a otros derechos.¹³² En el caso de estudio, según los calibradores, varios de los despidos sucedieron después de que algunos de ellos solicitaran una reunión con el entonces Ministro del Trabajo, que visitó la ciudad por esos días, para denunciar la precariedad de sus condiciones laborales. Tampoco es posible ignorar el contexto político del periodo en el que sucedieron esos despidos: en la segunda parte de la década de los 2000, justo después de la desmovilización de las Autodefensas Unidas de Colombia (AUC).¹³³ En 2014, varios socios y miembros de la Junta Directiva de TRASAN fueron condenados por la comisión de los delitos de secuestro extorsivo agravado y concierto para delinquir agravado, después de secuestrar (en alianza con los paramilitares) a un extrabajador de la empresa, con el fin de que retirara una demanda laboral en su contra.¹³⁴ De hecho, hasta 2020, la Alcaldía de Cúcuta es-

¹²⁸ Zambrano Miranda, Mario de Jesús *et al.*, “Movilidad humana: venezolanos en Cúcuta y Villa del Rosario, su satisfacción en el territorio”, *Semestre Económico*, Colombia, vol. 23, núm. 55, 2020, pp. 259-284.

¹²⁹ Maldonado, Alba Nithza y Vega V, Reina Victoria, Migraciones fronterizas: el caso del paso Cúcuta-Ureña en la frontera colombo-venezolana (1990-2020)”, *Revista de Ciencias Sociales*, Costa Rica, vol. 2, núm. 176, 2022, pp. 151-168.

¹³⁰ Ramírez Bustamante, Natalia, *op. cit.*

¹³¹ Baylos, Antonio y Pérez Rey, Joaquín, *El despido o la violencia del poder privado*, Madrid, Trotta, 2009.

¹³² Caselles Hernández, Karna, “Derecho laboral del enemigo. Apuntes para la discusión”, *Revista de Derecho Social Latinoamérica*, España, vol. 3, núm. 4, 2017, pp. 59-77.

¹³³ Álvaro Rodríguez, Miriam, “From weapons to demobilization. paramilitary power in Colombia”, *Revista Internacional de Sociología*, España, vol. 67, núm. 1, 2009, pp. 59-82.

¹³⁴ CSJ, Cas. Penal, Sent. SL16740-2014, Rad. 41369. M.P. María del Rosario González Muñoz.

taba controlada por el grupo parapolítico de Ramiro Suárez,¹³⁵ que ha recibido el apoyo del actual gerente de la empresa con miras a la campaña de este año.¹³⁶ Sin embargo, el derecho laboral y el derecho procesal laboral suelen invisibilizar esas brutales asimetrías de poder que existen entre las partes, y no permiten que la reclamación de derechos laborales sea utilizada como una causa de contestación política —por ejemplo, a diferencia de otros países, en Colombia no existe un proceso laboral colectivo para despidos masivos—.

El quinto nodo, sobre la desigualdad de poder creada o reproducida por el derecho, está bastante relacionado con el anterior. Como trabajadores que desempeñan su actividad en el espacio público, algunos estándares jurisprudenciales impiden la adecuada redistribución de recursos a favor de los calibradores de ruta. Por ejemplo, la Sala de Casación Laboral ha sostenido que es necesario probar los extremos de una relación laboral (es decir, la fecha en la que empezó y la fecha en la que terminó). En caso de que los extremos no se prueben, no será posible que se declare *contrato realidad*, a pesar de que el demandante haya logrado probar que se configuran los elementos de la relación laboral (prestación personal del servicio, salario y subordinación).¹³⁷ Esta norma reproduce desigualdades, pues según la Gran Encuesta Integrada de Hogares del DANE, para 2019, el 21 % de la población ocupada está vinculada a través de un contrato verbal, que tiene un promedio de 4.2 años menos de educación que aquellos vinculados mediante un contrato escrito.¹³⁸ Esa distribución inequitativa de poder tiene efectos en el caso de estudio. Hay que tener en cuenta que los calibradores de ruta fueron vinculados verbalmente y trabajaban en la calle. Sin documentos, ¿cómo se puede probar una fecha exacta de inicio de una relación laboral? ¿Qué testigo tendrá la suficiente memoria para recordar la fecha exacta en la que hace más de una década una persona empezó a trabajar en la calle? Lo mismo sucede con las reglas procesales, sobre todo para acceder a la Sala de Casación Laboral. Por ejemplo, en el recurso extraordinario de casación laboral, es necesario alegar un interés jurídico (es decir, que la sentencia que se ataca haya

¹³⁵ Valencia, León, *Los clanes políticos que mandan en Colombia*, Bogotá, Planeta, 2020.

¹³⁶ León, Andrea, “Desde su casa por cárcel, Ramiro Suárez arranca campaña en Cúcuta”, *La Silla Vacía*, Colombia, 2023. <https://www.lasillavacia.com/historias/silla-nacional/desde-su-casa-por-carcel-ramiro-suarez-arranca-campana-en-cucuta/>

¹³⁷ Jaramillo Jassir, Iván Daniel, *op. cit.*

¹³⁸ Ramírez Bustamante, Natalia, *op. cit.*

negado pretensiones de, por lo menos, 120 salarios mínimos)¹³⁹ y, en su formulación, sólo es posible utilizar pruebas calificadas (documentales, inspecciones judiciales y confesiones),¹⁴⁰ lo que excluye al material probatorio que podrían tener las personas con menos recursos (testimoniales), que son las que suelen tener esa clase de contratos (verbales).¹⁴¹ Creo que este nodo presenta unas posibilidades de “maridaje teórico” con el análisis distributivo del derecho, pues busca identificar arreglos de poder injustos y proponer unos más equitativos.¹⁴²

Asimismo, trabajar en el espacio público acarrea varias desigualdades sociales. Aunque los planeadores urbanos defienden un discurso sobre la importancia de que el espacio público sea para todos,¹⁴³ varios estudios han documentado que su goce efectivo en realidad depende de factores socioeconómicos.¹⁴⁴ Tratóndose de trabajadores callejeros, la literatura ha encontrado que, la regulación del espacio público, los hace estar “fuera de lugar”.¹⁴⁵

El sexto y penúltimo nodo es sobre la materialidad del acceso a la justicia del trabajo. El séptimo y último es sobre la materialidad del trabajo en sí. Estos dos nodos, que dialogan entre sí, suelen ser invisibilizados. Como lo anticipé en la introducción, la mayoría de los estudios sobre acceso a la justicia se concentran en la justicia constitucional y los que son sobre la justicia laboral, son desde una perspectiva macro. Adicionalmente, si bien el derecho del trabajo regula las obligaciones de las partes durante el periodo de ejecución, la regulación laboral no distingue entre los diferentes lugares de trabajo. La riqueza conceptual que se puede obtener al analizar estas dimensiones se puede ver en el caso de estudio. En mi tesis doctoral he propuesto dos hipótesis espaciales útiles para tratar de comprender las razones por las que, la tasa de éxito, es mayor en las últimas decisiones judiciales sobre calibradores de ruta.

¹³⁹ Molina Monsalve, Carlos Ernesto, “El interés jurídico para recurrir en casación”, en Barco Alzate, Carlos Arturo *et al.* (eds.), *Recursos extraordinarios en materia laboral*, Bogotá, Legis, Colegio de Abogados del Trabajo, 2020, pp. 1-34.

¹⁴⁰ Usme Perea, Víctor Julio, *Recurso de casación laboral: enfoque jurisprudencial*, 2a. ed., Bogotá, Ibáñez, 2020.

¹⁴¹ Ramírez Bustamante, Natalia, *op. cit.*

¹⁴² Halley, Janet, *op. cit.*

¹⁴³ Barney, Rachel, “Learning from Bogotá: How Municipal Experts Transformed Public Space”, *Journal of Urban Design*, Reino Unido, vol. 15, núm. 4, Agosto, 2010, pp. 539-558.

¹⁴⁴ Mitchell, Don, *The right to the city: social justice and the fight for public space*, Guilford, 2003.

¹⁴⁵ Meneses-Reyes, Rodrigo, “Out of place...”, *cit.*

Por un lado, sostengo que, con el tiempo, hay una tendencia al abandono progresivo del imaginario espacial de los jueces, según el cual el trabajo en la calle —es decir, aquel trabajo subordinado cuya ejecución sucede en el espacio público— es informal y, por ende, no puede ser protegido por el derecho laboral. Por otro lado, que, tratándose de trabajadores callejeros, también hay un indicio espacial positivo para los calibradores: su presencia física en la sede de la empresa podría ser considerada como uno de los indicios más fuertes que configura la subordinación. Detrás de ambas hipótesis, se proponen posibles arreglos espaciales sobre la materialidad del lugar de trabajo, sobre los cuales parten los jueces para adjudicar el derecho. En la primera, se sostiene que se suele hacer una relación implícita entre trabajo callejero y autoempleo de forma automática, cuya única justificación es el cambio del lugar de la prestación personal del servicio. En la segunda, intuyo que, cuando el lugar de trabajo es un lugar tradicional (*fordista*, una oficina), es más fácil evidenciar que se trata de un trabajo subordinado. Como los imaginarios impactan la forma en la que este trabajo es valorado o desvalorado, tienen una consecuencia material en la vida de los calibradores de ruta.

Ahora bien, las formas de aproximarse a la pregunta por el espacio en el derecho laboral no son las únicas formas posibles. Aunque no lo encontré en la literatura especializada en *geografía legal*, es posible pensar en las actividades económicas desde dos perspectivas alternativas adicionales. Son dos conexiones tácitas que se pueden encontrar entre la literatura geográfica y el trabajo.

En primer lugar, se encuentra la perspectiva global del lugar. Esta perspectiva, desarrollada en el icónico trabajo de Doreen Massey, permite pensar en las conexiones entre el sistema económico global y la dinámica del lugar. Según Massey, la globalización económica ha modificado los lugares cotidianos que transitamos, que se han adaptado a las nuevas lógicas de producción económica. Por ejemplo, en nuestras propias ciudades es fácil identificar conciertos de bandas extranjeras, influencias de grafiteros de otros países y restaurantes en que comercializan comida de otros países.¹⁴⁶ En el caso de estudio, es difícil pensar que la existencia de la actividad de los calibradores de ruta se pueda apartar del contexto económico regional y global. A pesar de ser una ciudad intermedia,

¹⁴⁶ Massey, Doreen, “Un sentido global del lugar”, trad. de Abel Albet y Nuria Benach, en Albet, Abel y Benach, Nuria (eds.), *Doreen Massey: un sentido global del lugar*, Barcelona, Icaria, 2012, pp. 112-129.

Cúcuta no es considerada como un nicho de desarrollo,¹⁴⁷ por lo que aún no cuenta con un sistema integrado de transporte público. Ante la ausencia del sistema, el derecho administrativo urbano fue utilizado para ceder la prestación del servicio ha sido cedida a privados, que emplean precariamente a los calibradores para controlar el ritmo en el que sus vehículos transitan y transportan pasajeros a lo largo de la ciudad. En ese sentido, como explican Holder y Harrison,¹⁴⁸ las condiciones locales también están construidas por el derecho, pues al regular la vida cotidiana de las personas se crean “universos legales locales”.

Por otro lado, el giro de las movilidades también puede contribuir a comprender mejor la materialidad del trabajo de los calibradores de ruta. Antes del giro de las movilidades, no se solía prestar atención al hecho de que ciertas actividades económicas, como el transporte público urbano en las ciudades, necesariamente requieren del desplazamiento para existir.¹⁴⁹ De hecho, la labor de los calibradores de ruta consiste en controlar el ritmo con el que ese desplazamiento sucede,¹⁵⁰ con el fin de que el negocio sea “eficiente”, llevando a la mayor cantidad de personas a la mayor velocidad posible, siempre que los buses transiten con la mayor ocupación posible. Pese a ello, como lo sostienen Rekhviashvili y Sgibnev,¹⁵¹ la mayoría de los estudios sobre el transporte urbano desde una perspectiva de movilidades, han invisibilizado el rol central de los trabajadores en su producción. Si el trabajo de los calibradores se observa desde esta perspectiva, es posible visibilizar más fácilmente el aporte central que hacen al cumplimiento del objeto social de la empresa.

¹⁴⁷ Sengers, Frans y Raven, Rob, “Toward a spatial perspective on niche development: The case of Bus Rapid Transit”, *Environmental Innovation and Societal Transitions*, Países Bajos, núm. 17, 2015, pp. 166-182.

¹⁴⁸ Holder, Jane y Harrison, Carolyn (eds.), *Law and Geography*, 3a. ed., Oxford, Oxford University Press, 2003.

¹⁴⁹ Sheller, Mimi y Urry, John, “The New Mobilities Paradigm”, *Environment and Planning A: Economy and Space*, Reino Unido, vol. 38, núm. 2, 2006, pp. 207-226.

¹⁵⁰ Cresswell, Tim, “Towards a Politics of Mobility”, *Environment and Planning D: Society and Space*, Reino Unido, vol. 28, núm. 1, 2023, pp. 17-31.

¹⁵¹ Rekhviashvili, Lela y Sgibnev, Wladimir, “Placing transport workers on the agenda: the conflicting logics of governing mobility on Bishkek’s Marshrutkas”, *Antipode*, Reino Unido, vol. 50, núm. 5, 2018, pp. 1376-1395.

V. Epílogo

En este texto defendí que, *espacializar* el derecho laboral, puede resultar beneficioso para comprender mejor la materialidad del trabajo y la forma en la que el derecho participa en su construcción. Como lo mostré en la sección anterior, pensar en las conexiones entre derecho laboral y espacio nos permiten complejizar el análisis del trabajo. En otras palabras, sostuve que, dejar de pensar espacialmente el trabajo, implica renunciar a comprenderlo en su contexto y ayudaría a invisibilizar arreglos sociales injustos, que el derecho contribuye a legitimar.

El trabajo es una de las órbitas más relevantes en la vida de las personas, y si la academia legal no se interesa por las relaciones sociales que suceden a su alrededor y por las formas en la que la prestación personal del servicio y la subordinación se están transformando, se invisibilizan varios elementos relevantes para pensar si el derecho laboral cumple a cabalidad sus funciones: *a)* la redistribución de recursos¹⁵² y, *b)* la protección de la parte más débil en el marco de una relación desigual.¹⁵³

Aunque en este trabajo pude identificar nueve posibilidades de diálogo entre el derecho laboral y la geografía, las cuales permiten visibilizar particularidades relevantes de la materialidad del trabajo, estoy seguro de que existen más. Como lo anticipé en la introducción, este trabajo es sólo un punto de inicio de una agenda de investigación más amplia y larga. Continuaré trabajando en ella, como un detective espacial del derecho del trabajo.

VI. Bibliografía

Alessandrini, Donatella *et al.*, “The dream of formality: racialization otherwise and international economic law”, *Journal of International Economic Law*, Reino Unido, vol. 25, núm. 2, 2022, pp. 207-223.

¹⁵² Rubery, Jill, “Institutionalizing the employment relationship”, en Morgan, Glenn *et al.* (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Institutional Analysis*, Oxford, Oxford University Press, 2010, pp. 497-526.

¹⁵³ Jaramillo Jassir, Iván Daniel, *op. cit.*

- Álvaro Rodríguez, Miriam, “From weapons to demobilization. Paramilitary power in Colombia”, *Revista Internacional de Sociología*, España, vol. 67, núm. 1, 2009, pp. 59-82.
- Amaya-Castro, Juan Manuel, “Illegality regimes and the ongoing transformation of contemporary citizenship”, *European Journal of Legal Studies*, Italia, vol. 4, núm. 2, 2011, pp. 137-161.
- Ángel Cabo, Natalia, “El concepto de libertad y el libre desarrollo de la personalidad”, en Alviar García, Helena (eds.), *Constitución y democracia en movimiento*, Bogotá, Universidad de los Andes, 2016, pp. 239-257.
- Bakan, J. C. y Blomley, N.K., “Spatial categories, legal boundaries, and the judicial mapping of the worker”, *Environment and Planning A: Economy and Space*, Reino Unido, vol. 24, núm. 5, 1992, pp. 629-644.
- Barney, Rachel, “Learning from Bogotá: how municipal experts transformed public space”, *Journal of Urban Design*, Reino Unido, vol. 15, núm. 4, 2010, pp. 539-558.
- Baylos, Antonio y Pérez Rey, Joaquín, *El despido o la violencia del poder privado*, Madrid, Trotta, 2009.
- Bechara Llanos, Abraham Zamir, “Aproximación teórica al concepto de Estado: distinciones en torno a Heller, Jellinek y Carré de Malberg”, *Revista Jurídica Mario Alario D’Filippo*, Colombia, vol. 7, núm. 14, 2015, pp. 72-84.
- Benítez, Miguel, “Migración venezolana y productividad laboral en Colombia”, *Coyuntura Económica: Investigación Económica y Social*, Colombia, núm. 52, 2022, pp. 35-64.
- Bennett, Luke y Layard, Antonia, “Legal Geography: becoming spatial detectives”, *Geography Compass*, Reino Unido, núm. 9, julio, 2015, pp. 406-422.
- Bernal S., Raquel, “The informal labor market in Colombia: identification and characterization”, *Revista Desarrollo y Sociedad*, Colombia, núm. 63, 2009, pp. 145-208.
- Blomley, Nicholas K., *Law, Space, and the Geographies of Power*, New York, The Guildford Press, 1994.
- Blomley, Nicholas K., “From ‘what?’ to ‘so what?’: law and Geography in retrospect”, en Holder, Jane y Harrison, Carolyn (eds.), *Law and Geography*, Oxford, Oxford University Press, 2003, pp. 17-34.

- Blomley, Nicholas K., “Legal Geographies-*Kelo*, contradiction, and capitalism”, *Urban Geography*, Reino Unido, vol. 28, núm. 2, 2007, pp. 198-205.
- Blomley, Nicholas K., “Simplification is complicated: property, nature, and the rivers of law”, *Environment and Planning A: Economy and Space*, Reino Unido, vol. 40, núm. 8, 2008, pp. 1825-1842.
- Blomley, Nicholas K., “Uncritical critical Geography?”, *Progress in Human Geography*, Reino Unido, núm. 30-1, 2006, pp. 87-94.
- Botero Zuluaga, Gerardo, *Guía teórica y práctica de derecho procesal del trabajo y de la seguridad social*, 6a. ed., Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, 2021.
- Braverman, Irus, “Who’s afraid of methodology? Advocating a methodological turn in legal Geography”, en Braverman, Irus *et al.* (eds.), *The expanding spaces of law: a timely legal Geography*, Stanford, Stanford University Press, 2014, pp. 120-141.
- Buchely, Lina *et al.*, “Imaginarios sobre prácticas judiciales en Cali, Colombia”, *Íconos; Revista de Ciencias Sociales*, Ecuador, núm. 52, mayo, 2015, pp. 99-117
- Butler, Chris, “Critical Legal Studies and the politics of space”, *Social and Legal Studies*, Reino Unido, vol. 18, núm. 3, 2009, pp. 313-332.
- Calderón Villegas, Juan Jacobo, *La Constitucionalización del derecho privado, la verdadera historia del impacto constitucional en Colombia*, 2a. ed., Bogotá, Universidad de los Andes, Temis-Universidad del Rosario, 2017.
- Camacho Ramírez, Adriana *et al.*, “Barreras al acceso a la justicia en el acoso laboral”, *Opinión Jurídica*, Colombia, vol. 13, núm. 25, 2014, pp. 121-138.
- Caselles Hernández, Karena, “Derecho laboral del enemigo. Apuntes para la discusión”, *Revista de Derecho Social Latinoamérica*, España, vol. 3, núm. 4, 2017, pp. 59-77.
- Castro, María Victoria, “Comunidad de Paz de San José de Apartadó: caracterización del sistema jurídico desde el punto de vista del positivismo jurídico”, en Moncada Roa, Patricia (ed.), *Introducción al derecho: obra en construcción*, Bogotá, Universidad de los Andes, 2011, pp. 251-309.
- Castro, María Victoria, “Estudio preliminar. Derecho, espacio y poder: trayectorias de la Geografía legal y su utilidad para el análisis legal”, en *Derecho y Geografía: espacio, poder y sistema jurídico*, Bogotá, Universidad de los Andes-Instituto Pensar-Siglo del Hombre, 2020, pp. 11-85.

- Cerón Coral, Jaime y Camacho Ramírez, Adriana, *Derecho colectivo del trabajo*, 2a. ed., Bogotá, Ibáñez, 2019.
- Clark, Gordon L., “Country of residence and pension entitlement: the arbitrary Geography of UK legal formalism”, *Environment and Planning A: Economy and Space*, Reino Unido, vol. 34, núm. 12, 2002, pp. 2102-2106.
- Coe, Neil M., “Geographies of production II: A global production network A–Z”, *Progress in Human Geography*, Reino Unido, vol. 36, núm. 3, 2012, pp. 389-402.
- Craik, Jennifer, “The cultural politics of the uniform”, *Fashion Theory*, Reino Unido, vol. 7, núm. 2, 2003, pp. 127-147.
- Cresswell, Tim, “Towards a Politics of Mobility”, *Environment and Planning D: Society and Space*, Reino Unido, vol. 28, núm. 1, 2023, pp. 17-31.
- CSJ, Cas. Laboral, Descongestión núm. 1. Sent. SL064-2020. M.P. Dolly Amparo Casaguango Villota.
- CSJ, Descongestión núm. 1. SL105-2020. M.P. Martín Emilio Beltrán Quintero.
- CSJ, Sent. jun. 24/2020, SL1680-2020. M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo.
- CSJ, Cas. Penal, Sent. SL16740-2014, Rad. 41369. M.P. María del Rosario González Muñoz.
- Cuervo Aparicio, Mónica María, “Relación de trabajo y contrato de trabajo”, en Herrera Vergara, José Roberto y Cuervo Aparicio, Adriana (eds.), *Derecho individual del trabajo*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2019, pp. 51-72.
- Delaney, David, “10. At work in the nomosphere: the spatiolegal production of emotions at work”, en Braverman, Irus *et al.* (eds.), *The expanding spaces of law: a timely legal Geography*, Palo Alto, Stanford University Press, 2014, pp. 236-262.
- Delaney, David, “Legal Geography I: constitutivities, complexities, and contingencies”, *Progress in Human Geography*, Reino Unido, vol. 39, núm. 1, 2015, pp. 96–102.
- Delaney, David, “Legal Geography III: new worlds, new convergences”, *Progress in Human Geography*, Reino Unido, vol. 41, núm. 5, 2017, pp. 667-675.
- Delaney, David, *Race, Place, and the Law 1836-1948*, Austin, University of Texas Press, 1998.

- Doucette, Jaime y Kang, Susan, “Legal geographies of labour and postdemocracy: reinforcing non-standard work in South Korea”, *Transactions of the Institute of British Geographers*, Reino Unido, vol. 43, núm. 2, 2018, pp. 200-214.
- Eslava, Luis *et al.*, “Una nueva economía social: fortalezas y precariedades de la informalidad”, *Informalidad en los tiempos de COVID-19*, Bogotá, Informe 2, 2021, <https://repository.urosario.edu.co/handle/10336/31453>
- Ford, Richard T., “El territorio del derecho (una historia de la jurisdicción)”, en *Derecho y Geografía: espacio, poder y sistema jurídico*, Bogotá, Universidad de los Andes, Siglo del Hombre, 2020, pp. 87-249.
- Fudge, Judy y Strauss, Kendra, “Migrants, unfree labour, and the legal construction of domestic servitude”, en Costello, Cathryn y Freedland, Mark (eds.), *Migrants at work*, Oxford, Oxford University Press, 2014, pp. 160-179.
- Gill, Nick *et al.*, “The tribunal atmosphere: on qualitative barriers to access to justice”, *Geoforum*, Reino Unido, núm. 119, febrero de 2021, vol. 61, núm. 71.
- Gillespie, Josephine y O’donnell, Tayanah, “Progressive and critical legal geography scholarship”, *Boletín Geographical Research*, Australia, vol. 61, núm. 2, 2023, pp. 164-168.
- Goyes Moreno, Isabel, *Derecho Laboral individual con enfoque de derechos y perspectiva de género*, Pasto, Universidad de Nariño, 2018.
- Guha-Khasnobis, Basudeb *et al.*, “Beyond formality and informality”, en Guha-Khasnobis, Basudeb *et al.* (eds.), *Linking the formal and informal economy*, Oxford, Oxford University Press, 2006, pp. 1-18
- Hale, Robert L., “Coercion and Distribution in a Supposedly Non-Coercive State”, *Political Science Quarterly*, Estados Unidos, vol. 38, núm. 3, septiembre, 1923, pp. 470-494.
- Halley, Janet, “Distribution and decision: assessing governance feminism”, en Halley, Janet *et al.* (eds.), *Governance feminism: an introduction*, Minneapolis, University of Minnesota Press, 2018, pp. 253-267.
- Hart, Keith, “Informal income opportunities and urban employment in Ghana”, *The Journal of Modern African Studies*, Reino Unido, vol. 11, núm. 1, 1973, pp. 61-89.
- Harvey, David, “Between space and time: reflections on the geographical imagination”, *Annals of the Association of American Geographers*, Reino Unido, vol. 80, núm. 3, septiembre, 1990, pp. 418-434.

- Harvey, David, *Spaces of capital: towards a critical Geography*, New York, Routledge, 2002.
- Holder, Jane y Harrison, Carolyn (eds.), *Law and Geography*, 3a. ed., Oxford, Oxford University Press, 2003.
- Harvey, David, “Connecting Law and Geography”, en Holder, Jane y Harrison, Carolyn (eds.), *Law and Geography*, Oxford, Oxford University Press, 2003, pp. 3-16.
- Holland, Alisha C., *Forbearance as redistribution: the politics of informal welfare in Latin America*, Cambridge, New York, Port Melbourne, Delhi y Singapore, Cambridge University Press, 2017.
- Hubbard, Phil *et al.*, “Legal geographies—controlling sexually oriented businesses: law, licensing, and the geographies of a controversial land use”, *Urban Geography*, Reino Unido, vol. 30, núm. 2, 2009, pp. 185-205.
- Iossa, Andrea, “«This is not a posted worker»; short-term cross-border mobility of logistics workers and spatio-temporal dimensions of exploitation in the EU: evidence from the case law of the Court of Justice”, *European Law Open*, Reino Unido, vol. 1, núm. 3, noviembre, 2022, pp. 669-678.
- Jaramillo Jassir, Iván Daniel, *Principios constitucionales y legales del derecho del trabajo en Colombia*, 3a. ed., Bogotá, Legis y Universidad del Rosario, 2020.
- Jeffrey, Alex, “Legal Geography 1: court materiality”, *Progress in Human Geography*, Reino Unido, vol. 43, núm. 3, 2019, pp. 565-573.
- Jessup, Brad y Mcilwraith, Claire, “The sexual legal geography in Comcare v PVYW”, *University of New South Wales Law Journal*, Australia, vol. 38, núm. 4, 2015, pp. 1484-1506.
- Kahn, Jeffrey S., “Geographies of discretion and the jurisdictional imagination”, *PoLAR: Political and Legal Anthropology Review*, Alemania, vol. 40, núm. 1, mayo, 2017, pp. 5-27.
- Kennedy, Duncan, “Sexual abuse, sexy dressing and the eroticization of domination”, *New England Law Review*, Estados Unidos, vol. 26, núm. 4, 1992, pp. 1309-1394.
- Kennedy, Duncan, *A critique of adjudication: fin de siècle*, Cambridge, Harvard University Press, 1998.
- Laing, Andrew, “The post-fordist workplace: issues of time and place”, *Facilities*, Reino Unido, vol. 9, núm. 8, 1991, pp. 13-18.

- Lawreniuk, Sabina, “Zombie resistance: Reanimated labour struggles and the legal geographies of authoritarian neoliberalism in Cambodia”, *Transactions of the Institute of British Geographers*, Reino Unido, vol. 48, núm. 1, 2023, pp. 29-55.
- Layard, Antonia, “Freedom of expression and spatial (imagination of) justice”, en Kochenov, Dimitry (eds.), *Europe’s Justice Deficit?*, Reino Unido, Hart Publishing, 2015, pp. 417-533.
- Lee, Sandy, “Power, performance and place: a feminist analysis of encounters in the professional workplace”, *Gender, Place and Culture*, Reino Unido, vol. 26, núm. 5, 2019, pp. 762-766.
- León, Andrea, “Desde su casa por cárcel, Ramiro Suárez arranca campaña en Cúcuta”, *La Silla Vacía*, Colombia, 2023. <https://www.lasillavacia.com/historias/silla-nacional/desde-su-casa-por-carcel-ramiro-suarez-arranca-campa-na-en-cucuta/>
- Lindón, Alicia, “¿Geografías de lo imaginario o la dimensión imaginaria de las geografías del Lebenswelt?”, en Lindón, Alicia y Hiernaux, Daniel (eds.), *Geografías de lo imaginario*, México, Universidad Autónoma Metropolitana, Iztapalapa, 2012, pp. 65-86.
- Llorente, María Victoria, *Una hoja de ruta para la seguridad territorial*, Bogotá, Fundación Ideas para la Paz, 2023. https://storage.ideaspaz.org/documents/fip_ne_hojarutaseguridad_final.pdf
- Maldonado, Alba Nithza y Vega V., Reina Victoria, “Migraciones fronterizas: el caso del paso Cúcuta-Ureña en la frontera colombo-venezolana (1990-2020)”, *Revista de Ciencias Sociales*, Costa Rica, vol. 2, núm. 176, 2022, pp. 151-168.
- Marsden, Sara, “Evaluación de la regulación de los trabajadores extranjeros temporales en Canadá”, *Boletín Osgoode Hall Law Journal*, Canadá, vol. 49, núm. 1, 2011, pp. 39-70.
- Massey, Doreen, “Un sentido global del lugar”, trad. de Abel Albet y Nuria Benach, en Albet, Abel y Benach, Nuria (eds.), *Doreen Massey: un sentido global del lugar*, Barcelona, Icaria, 2012, pp. 112-129.
- Massey, Doreen, *For space*, Londres, Thousand Oaks y New Delhi, Sage, 2005.
- Medina Pabón, Juan Enrique, *Derecho civil. Bienes. Derechos reales*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2016.

- Meneses-Reyes, Rodrigo, “Out of place, still in motion: shaping (im)mobility through urban regulation”, *Social and Legal Studies*, Reino Unido, vol. 22, núm. 3, 2013, pp. 335-356.
- Miroudot, Sébastien, “Resilience versus robustness in global value chains: Some policy implications”, en Baldwin, Richard y Evenett, Simon J. (eds.), *COVID-19 and trade policy: why turning inward won't work*, London, Centre for Economic Policy Research, 2020, pp. 117-130.
- Mitchell, Don, *The right to the city: social justice and the fight for public space*, New York, Guilford, 2003.
- Molina Monsalve, Carlos Ernesto, “El interés jurídico para recurrir en casación”, en Barco Alzate, Carlos Arturo *et al.* (eds.), *Recursos extraordinarios en materia laboral*, Bogotá, Legis-Colegio de Abogados del Trabajo, 2020, pp. 1-34.
- Mukerji, Chandra, “The material turn”, en *Emerging trends in the social and behavioral sciences*, Estados Unidos, John Wiley and Sons, Inc. 2015, disponible en: <https://doi.org/10.1002/9781118900772.etrds0109>.
- O'Donnell, Tayanah (eds.), *Legal Geography: perspectives and methods*, Abingdon, New York, Routledge, 2019.
- Oh, Reginald, “Re-mapping equal protection jurisprudence: a legal Geography of race and affirmative action”, *The American University Law Review*, Estados Unidos, vol. 53, núm. 6, 2004, pp. 1305-1360.
- Olarte Olarte, Carolina y Wall, Ilan rua, “The occupation of public space in Bogotá”, *Social and Legal Studies*, Reino Unido, vol. 21, núm. 3, 2012, pp. 321-339.
- Ortiz Díaz, Heybert Alberto *et al.*, “Análisis estadístico de variables climatológicas en la ciudad de Cúcuta”, *Respuestas*, Colombia, vol. 23, núm. 1, 2018, pp. 39-44.
- Persdotter, María y Iossa, Andrea, “On legal geography as an analytical toolbox for EU legal studies”, *European Law Open*, Reino Unido, vol. 1, núm.1, abril de 2022, pp. 126-130.
- Pietrogiovanni, Vincenzo, “Between *sein* and *sollen* of labour law: civil (and constitutional) law perspectives on platform workers”, *King's Law Journal*, Reino Unido, vol. 31, núm. 2, 2020, pp. 313-323.

- Porrás-Santanilla, Laura y Fleischer, Friederike, “Bogotá street vendors using tutela as a sword: the symbolic power of law in practice”, *Third World Quarterly*, Reino Unido, 2023, pp. 107-143.
- Porrás-Santanilla, Laura, “The *game*: description and analysis of how street vendors keep working on the streets of Bogotá despite state intervention”, *Environment and Planning C: Politics and Space*, Estados Unidos, 2022, pp. 1-16.
- Porrás, Laura y Caselles, Karena, “¿Puede el derecho hacer visible el trabajo invisible de las mujeres más pobres? Una crítica a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia”, en Restrepo Medina, Manuel (ed.), *Crisis del Estado nación y de la concepción clásica de la soberanía*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2019, pp. 251-282.
- Porrás, Laura y Caselles, Karena, “Rebuscadores de la calle: a photograph of the working poor in Bogotá”, *Revista CS*, Colombia, núm. 60, 2019, pp. 60.
- Porrás, Laura y Caselles, Karena, “The limits of state labour law: it’s inability to protect the working poor in Bogotá”, *Revista de Antropología y Sociología*, Colombia, vol. 20, núm. 2, 2018, pp. 13-34.
- Pound, Roscoe y Llewellyn, Karl N., *El debate Pound-Llewellyn*, trad. de Jorge González Jácome, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2018.
- Pue, W. Wesley, “Wrestling with law: (geographical) specificity vs. (legal) abstraction”, *Urban Geography*, Reino Unido, vol. 11, núm. 6, 1990, pp. 566-585.
- Ramírez Bustamante, Natalia, “Cumplimiento de la regulación y conflictividad laboral en Colombia: Contribución a la misión de empleo 2021”, *Trabajo y Derecho*, Colombia, borrador núm. 3, 2021. <http://hdl.handle.net/1992/65685>
- Ramírez Zambrano, Jorge *et al.*, “Crisis y economía sumergida en Norte de Santander (Colombia)”, *Espacios*, Venezuela, vol. 39, núm. 16, 2019, pp. 75-137.
- Ravitch, Sharon M. y Riggan, Matthew, *Reason and rigor: how conceptual frameworks guide research*, 2a. ed., Los Angeles, London, New Delhi, Singapore, Washington, D. C., Sage Publications Inc, 2017.
- Redacción Cartel Urbano, “«El otro año esto no se sostiene»: Los calibradores de las rutas de los buses”, *Cartel Urbano*, Colombia, 2019. <https://cartelurbano.com/historias/el-otro-ano-esto-no-se-sostiene-los-calibradores-de-las-rutas-de-los-buses>

- Reid-Musson, Emily *et al.*, “Work without workers: legal geographies of family farm exclusions from labour laws in Alberta, Canada”, *Agriculture and Human Values*, Países Bajos, vol. 39, núm. 3, 2022, pp. 1027-1038.
- Rekhviashvili, Lela y Sgibnev, Wladimir, “Placing Transport workers on the agenda: the conflicting logics of governing mobility on Bishkek’s Marshrutkas”, *Antipode*, Reino Unido, vol. 50, núm. 5, 2018, pp. 1376-1395.
- Rüsgaard, Lone, “Global value chains, labor organization and private social standards: lessons from East African cut flower industries”, *World Development*, Países Bajos, vol. 37, núm. 2, 2009, pp. 326-340.
- Rodríguez, César, *Teoría del derecho y decisión judicial: En torno al debate entre H. L. A. Hart y R. Dworkin*, Santafé de Bogotá, Siglo del Hombre Editores y Universidad de los Andes, 1997, pp. 15-92.
- Romero Ramos, María Catalina, “Tercerización o subcontratación laboral”, en Herrera Vergara, José Roberto y Cuervo Aparicio, Adriana (eds.), *Derecho individual del trabajo*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2019, pp. 19-29.
- Rubery, Jill, “Institutionalizing the employment relationship”, en Morgan, Glenn *et al.* (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Institutional Analysis*, Oxford, Oxford University Press, 2010, pp. 497-526.
- Rutherford, Tod D, “Scaling up by law? Canadian labour law, the nation-state and the case of the British Columbia Health Employees Union: scaling up by law?”, *Transactions of the Institute of British Geographers*, Reino Unido, vol. 38, núm.1, 2013, pp. 25-35.
- Sánchez Ayala, Luis, “El estudio de la geografía”, en Sánchez Ayala, Luis (ed.), *Geografía humana: conceptos básicos y aplicaciones*, Bogotá, Universidad de los Andes, 2012, p. 11.
- Sandoval Betancour, Gustavo, “Aportes positivos de la informalidad laboral a la economía”, *Revista de Investigación*, Colombia, vol. 7, núm. 2, 2014, pp. 106-122.
- Schmid, Christian, *Henri Lefebvre and the Theory of the Production of Space*, Verso, Londres y Nueva York, 2022.
- Sengers, Frans y Raven, Rob, “Toward a spatial perspective on niche development: The case of Bus Rapid Transit”, *Environmental Innovation and Societal Transitions*, Países Bajos, núm. 17, 2015, pp. 166-182.

- Sheller, Mimi y Urry, John, “The new mobilities paradigm”, *Environment and Planning A: Economy and Space*, Reino Unido, vol. 38, núm. 2, 2006, pp. 207-226.
- Silva, Armando, “El comercio fronterizo como dinamizador de la economía local”, *Ensayos Sobre Economía Regional*, Colombia, núm. 38, 2006. https://www.banrep.gov.co/sites/default/files/publicaciones/archivos/2006_mayo.pdf
- Strauss, Kendra, “Labour geography 1: towards a geography of precarity?”, *Progress in Human Geography*, Reino Unido, vol. 42, núm. 4, 2018, pp. 622-630.
- Strauss, Kendra, “Labour geography II: Being, knowledge and agency”, *Progress in Human Geography*, Reino Unido, vol. 44, núm. 1, 2020, pp. 150-159.
- Sylvestre, Marie-Eve *et al.*, “Spatial tactics in criminal courts and the politics of legal technicalities: spatial tactics in criminal courts”, *Antipode*, Reino Unido, vol. 47, núm. 5, julio, 2015, pp. 1346-1366.
- The IGLP Law and Global Production Working Group, “The role of law in global value chains: a research manifesto”, *London Review of International Law*, Reino Unido, vol. 4, núm. 1, 2016, pp. 57-79.
- Usme Perea, Víctor Julio, *Recurso de casación laboral: enfoque jurisprudencial*, 2a. ed., Bogotá, Ibáñez, 2020.
- Valdés Sánchez, Germán G., *Derecho laboral individual*, 2a. ed., Bogotá, Universidad del Rosario y Legis, 2019.
- Valencia, León, *Los clanes políticos que mandan en Colombia*, Bogotá, Planeta, 2020.
- Villanueva, Joaquín, “Pathways of confinement: the legal constitution of carceral spaces in France’s social housing estates”, *Social and Cultural Geography*, Reino Unido, vol. 19, núm. 8, 2018, pp. 963-983.
- Weller, Sally, “Power and Scale: The Shifting Geography of Industrial Relations Law in Australia”, *Antipode*, Reino Unido, vol. 39, núm. 5, noviembre de 2007, pp. 896-919.
- Werner, Marion, “Geographies of production I: global production and uneven development”, *Human Geography*, Reino Unido, vol. 43, núm. 5, 2019, pp. 948-958.
- Winders, Jamie, “Bringing back the (b)order: post-9/11 politics of immigration, borders, and belonging in the contemporary US South”, *Antipode*, Reino Unido, vol. 39, núm. 5, noviembre, 2007, pp. 920-942.

- Yoon Kang, Hyo y Kendall, Sarah, “Legal materiality”, en Stern, Simon (eds.), *The Oxford Handbook of Law and Humanities*, Oxford, Oxford University Press, 2019, pp. 19-37.
- Yu, Jingran, “Mobile educational space and imaginative travellers in-situ: A case study of a UK international branch campus in China”, *Social and Cultural Geography*, Reino Unido, 2022, p. 5.
- Zambrano Miranda, Mario de Jesús *et al.*, “Movilidad humana: venezolanos en Cúcuta y Villa del Rosario, su satisfacción en el territorio”, *Semestre Económico*, Colombia, vol. 23, núm. 55, 2020, pp. 259-284.

Constitucionalismo digno: derechos sociales y dignidad humana en la Corte Constitucional Colombiana

Dignitarian Constitutionalism: Social Rights and Human Dignity in the Colombian Constitutional Court

Constitutionnalisme digne: droits sociaux et dignité humaine dans la Cour Constitutionnelle Colombienne

Johnny Antonio Dávila

 <https://orcid.org/0000-0003-4583-6234>

Universidad Loyola Andalucía. España

Correo electrónico: jadavila@uloyola.es

Recepción: 16 de junio de 2023
Aceptación: 14 de marzo de 2024

DOI: <https://doi.org/10.22201/ijj.24487899e.2024.39.18290>

RESUMEN: Por ser un Estado social de derecho, Colombia se ha comprometido con el respeto de los derechos sociales. La Corte Constitucional de Colombia ha llevado a cabo una labor judicial a favor de tal objetivo y, con este fin, ha recurrido frecuentemente al problemático concepto de dignidad humana. El presente artículo parte de la premisa de que la dignidad humana siempre tiene significado contextual (*Sprachspiel*) y tiene dos objetivos. Primero, se explica cuál es el sentido de la dignidad humana para la Corte Constitucional, y se afirma que es un término polisémico, pero con un contexto conceptual delimitado. Segundo, se muestra con casos concretos cómo la Corte ha tomado decisiones para promover el respeto de los derechos sociales por medio de la dignidad humana. El escrito tiene una metodología sistémica, pues se centra solo en el contexto de la Corte Constitucional Colombiana.

Palabras clave: derechos sociales, dignidad humana, justicia social, constitucionalismo.

ABSTRACT: As a social state governed by the rule of law, Colombia is committed to the protection of social rights. The Colombian Constitutional Court has carried out judicial work in pursuit of this objective and, to this end, has frequently resorted to the problematic concept of human dignity. This paper rests on the premise that human dignity always has contextual meaning (*Sprachspiel*) and has two objectives. First, it explains the meaning of human dignity for the Constitutional Court, and affirms that it is a polysemic term, but with a delimited conceptual context. Second, it shows through specific cases how the Court has ruled to promote respect for social rights based on human dignity. The paper applies a systemic methodology, as it focuses only on the context of the Colombian Constitutional Court.

Keywords: social rights, human dignity, social justice, constitutionalism.

RÉSUMÉ: En tant qu'État social de droit, la Colombie s'est engagée à respecter les droits sociaux. La Cour constitutionnelle colombienne a effectué un travail judiciaire en faveur de cet objectif et, à cette fin, a souvent eu recours au concept problématique de dignité humaine. Cet article part du principe que la dignité humaine a toujours une signification contextuelle (*Sprachspiel*) et poursuit deux objectifs. Premièrement, il explique la signification de la dignité humaine pour la Cour constitutionnelle, en affirmant qu'il s'agit d'un terme polysémique, mais avec un contexte conceptuel délimité. Deuxièmement, il montre, à l'aide de cas concrets, comment la Cour a pris des décisions pour promouvoir le respect des droits sociaux par le biais de la dignité humaine. L'article utilise une méthodologie systémique, car il se concentre uniquement sur le contexte de la Cour constitutionnelle colombienne.

Mots-clés: droits sociaux, dignité humaine, justice sociale, constitutionnalisme.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Dignidad humana: indeterminación conceptual y Sprachspiel*. III. *El sentido de la dignidad humana en la Corte Constitucional Colombiana*. IV. *Derechos sociales y dignidad humana en Colombia*. V. *Conclusión*. VI. *Bibliografía*.

I. Introducción

Vivimos en la era de la dignidad humana. Una prueba de ello es la amplia recepción que ésta ha tenido en el ámbito constitucional. De hecho, Samuel Moyn habla del *constitucionalismo digno* (*dignitarian constitutionalism*)¹ para describir este fenómeno. Gran parte del auge constitucional actual de la dignidad humana

¹ Moyn, Samuel, "The Secret History of Constitutional Dignity", *Yale Human Rights and Development Journal*, vol. 17, núm. 1, 2014, pp. 40, 43-45.

se debe al desarrollo que ésta ha tenido a nivel internacional —luego de la Segunda Guerra Mundial—,² lo que se refleja en importantes documentos internacionales. Por ejemplo, la Declaración Universal de los Derechos Humanos tiene cinco referencias directas a la dignidad humana,³ y lo propio hacen tanto el preámbulo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁴ como el del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.⁵

La relación entre dignidad humana y constitucionalismo nace antes de la Segunda Guerra Mundial, y algunas constituciones ya habían incorporado el concepto. Por ejemplo: República de Weimar (1919),⁶ Finlandia (1919),⁷ Irlanda (1937)⁸ y Cuba (1940).⁹ Esto ha cambiado considerablemente, y en el 2012 había 141 constituciones que hacían mención expresa de la dignidad humana.¹⁰

La justicia social no está al margen de todo lo mencionado, pues la dignidad humana tiene un papel especialmente determinante en el establecimiento de condiciones sociales justas y, así, en la protección de los derechos sociales. Como ejemplo, el artículo 23.3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos afirma que: “toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una exis-

² Barroso, Luis, *La dignidad de la persona humana en el derecho constitucional contemporáneo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014, p. 28. Riley, Stephen, *Human Dignity and Law: Legal and Philosophical Investigations*, London/New York, Routledge, 2018, p. 103. Véase Feng, Wei, “Menschenwürde, Persönlichkeit und die verfassungsmäßige Kontrolle Oder: Starke Normativität ohne Metaphysik?”, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, suplemento 165, 2021, p. 24. Para estos autores, la noción dominante de dignidad humana tiene sus raíces en el derecho internacional.

³ Véase preámbulo y los artículos 1o., 22 y 23, *Declaración Universal de los Derechos Humanos* (10/12/1948), G. A. Res. 217A (III).

⁴ Preámbulo del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* (16/12/1966), 999 U. N. T. S. 171.

⁵ Preámbulo del *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* (16/12/1966), 993 U. N. T. S. 3.

⁶ Véase artículo 15.1 de la *Constitución de Weimar*.

⁷ Véase sección 1.1 de la *Constitución de Finlandia* de 1919.

⁸ Véase preámbulo de la *Constitución de Irlanda*.

⁹ Véase artículo 20 de la *Constitución de Cuba* de 1940.

¹⁰ Shultziner, Doron y Carmi, Guy, “Human Dignity in National Constitutions: Functions, Promises, and Dangers”, *The American Journal of Comparative Law*, s. l. i., vol. 62, núm. 2, 2014, p. 480.

tencia conforme a la dignidad humana”.¹¹ Para la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la justicia social y el respeto de la dignidad humana van de la mano.

Los países latinoamericanos no son ajenos a esta realidad del constitucionalismo digno y la justicia social que se ha mencionado, así que han incluido la dignidad humana como elemento básico de sus sistemas políticos y jurídicos.¹² Colombia, en concreto, está en sintonía con dicha tendencia, y además de haber múltiples referencias a la dignidad humana en la Constitución Política,¹³ la Corte Constitucional ha desarrollado una actividad que busca garantizar la protección de los derechos sociales, algo que es imperioso en un país históricamente ha padecido profundas injusticias sociales.¹⁴ Tal actividad de la Corte en muchas ocasiones se ha hecho bajo la bandera dignidad humana, un concepto que suele ser problemático debido a su falta de determinación. Los objetivos de este escrito son mostrar qué entiende la Corte Constitucional de Colombia por dignidad humana y cómo ha desplegado la labor de proteger los derechos sociales recurriendo a dicha noción. Con tales objetivos en mente, este texto se estructura de la siguiente manera: después de esta introducción, la sección II sostiene que el problema de la indeterminación conceptual de la dignidad humana deja

¹¹ Nota 3, *Declaración Universal de los Derechos Humanos*. La Conferencia Mundial de Derechos Humanos (1993), en su *Declaración y Programa de Acción de Viena* (25 /6/1993) U. N. Doc. A/CONF. 157/23, también es tajante sobre la estrecha conexión que existe entre el respeto de la dignidad humana y el de los derechos sociales: “la pobreza extrema y la exclusión social constituyen un atentado contra la dignidad humana y [...] urge tomar medidas para [...] promover los derechos humanos de los más pobres, poner fin a la pobreza extrema y a la exclusión social y favorecer el goce de los frutos del progreso social” (párrafo 25).

¹² Véanse, por ejemplo, las constituciones de Colombia (artículo 1o.), Bolivia (artículo 8.2), Chile (artículo 1o.), Brasil (artículo 1.3), Costa Rica (artículo 33), Cuba (artículo 1o.), Ecuador (artículo 11.7), El Salvador (preámbulo), Guatemala (artículo 4o.), Honduras (artículo 59), México (artículo 1o.), Nicaragua (artículo 33.2.1), Paraguay (preámbulo), Perú (artículo 1o.), República Dominicana (preámbulo) y Venezuela (artículo 3o.); todas estas constituciones han incorporado los términos “dignidad” o “dignidad humana”.

¹³ Carvajal, Bernardo, *El principio de la dignidad de la persona humana en la jurisprudencia constitucional colombiana y francesa*, Bogotá, Instituto de Estudios Constitucionales “Carlos Restrepo Piedrahíta”, 2005, p. 17.

¹⁴ Según el Banco Mundial, Colombia tuvo una tasa de desigualdad de 0.53 en 2019, por lo que es el país más desigual de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos; ver en Banco Mundial, *Building an Equitable Society in Colombia*, Washington, World Bank Group, 2021, p. 6. Disponible en: <http://hdl.handle.net/10986/36535> (fecha de consulta: 14 de marzo de 2023).

de ser tal si la entendemos como un *Sprachspiel*. La sección III explica cómo ha entendido la Corte la dignidad humana, mientras que la sección IV se enfoca en mostrar cuál ha sido el rol de ésta en casos concretos asociados con la defensa de derechos sociales. Metodológicamente, el escrito tiene un enfoque sistémico, pues busca explicar un patrón decisorio en un contexto concreto, que es el de la Corte Constitucional Colombiana.

II. Dignidad humana: indeterminación conceptual y *Sprachspiel*

Hay dos puntos interconectados a tomar en cuenta en este momento, pues forman parte del núcleo del presente escrito. El primero se refiere a la indeterminación conceptual de la dignidad humana, mientras que el segundo atiende a su funcionalidad contextual. Para comenzar con el primer punto, hay que decir que la indeterminación conceptual se debe, en gran parte, a que la dignidad humana atañe al campo de lo valorativo, lo que permite diversas aproximaciones. Por ejemplo, en la literatura filosófica especializada en el tema es tratada de diferentes maneras: como un valor (Luis Barroso y Thomas Pogge),¹⁵ como un estatus normativo que consiste en que todos los seres humanos somos igual de importantes (Jeremy Waldron, Heiner Bielefeldt, John Tasioulas y Pablo Gilabert);¹⁶ como un derecho (Stephan Kirste y Bernhard Jakl)¹⁷ o como una actitud (*Haltung*) existencial (Eva Weber-Guskar).¹⁸

¹⁵ Barroso, *op. cit.*, pp. 137-146.; Pogge, Thomas, “Dignity and global justice”, en Düwell, Marcus *et al.* (eds.), *The Cambridge Handbook of Human Dignity: Interdisciplinary Perspectives*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014, p. 480.

¹⁶ Bielefeldt, Heiner, *Auslaufmodell menschenwürde?*, Freiburg, Herder, 2011, p. 55. Tasioulas, John, “On the foundations of human rights”, en Rowan, Cruft; Liao, Matthew y Renzo, Massimo (eds.), *The Philosophical foundations of human rights*, Oxford, Oxford University Press, 2015, p. 54; Tasioulas, John, “On the foundations of human rights”, en Rowan, Cruft, Liao, Matthew y Renzo, Massimo (eds.), *The philosophical foundations of human rights*, Oxford, Oxford University Press, 2015, p. 54; Waldron, Jeremy, *Dignity, rank and rights*, New York, Oxford University Press, 2012, p. 18; Gilabert, Pablo, *Human dignity and human rights*, New York, Oxford University Press, 2018, p. 113.

¹⁷ Kirste, Stephan, “A legal concept of human dignity as a foundation of law”, en Brugger, Winfried y Kirste, Stephan (eds.), *Human dignity as a foundation of law*, Stuttgart, Franz Steiner Verlag/Nomos, 2013, pp. 78-81; Jakl, Bernhard, “Human dignity as a fundamental right to freedom in law”, en Brugger, Winfried y Kirste, Stephan (eds.), *Human dignity as a foundation of law*, Stuttgart, Franz Steiner Verlag/Nomos, 2013, p. 102.

¹⁸ Weber-Guskar, Eva, *Würde als Haltung*, Münster, Mentis, 2016, pp. 89-94.

Entrando propiamente en el campo jurídico, aquí la indeterminación conceptual de la dignidad humana también es manifiesta. En el ámbito internacional, por ejemplo, el preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos dice que la dignidad es “intrínseca”,¹⁹ sin aportar ningún otro elemento adicional para su conceptualización. Por su parte, tanto el preámbulo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales²⁰ como el del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos afirman que los derechos humanos contenidos en estos cuerpos normativos “se desprenden de la dignidad inherente a la persona humana”,²¹ de lo que se deduce que la dignidad humana es entendida como la fuente de los derechos humanos.²²

En el ámbito constitucional, la situación se complejiza más. Algunas constituciones otorgan a la dignidad humana un estatus político inequívoco, sin restarle expresamente su significado moral ni jurídico. La Constitución de Bolivia la considera uno de los principios constitutivos del Estado;²³ la Constitución Española²⁴ dice que es “fundamento del orden político y de la paz social”; Colombia dice expresamente que la dignidad humana es fundamento del Estado social de derecho.²⁵ Otras constituciones, como las de Finlandia,²⁶ Irlanda,²⁷ Suiza²⁸ y Venezuela²⁹ solo garantizan la protección de la dignidad humana, sin dar indicios sobre su conceptualización. La Constitución de Ecuador hace lo propio y solamente se compromete a defender la dignidad humana, pero, a diferencia de la tendencia dominante que se enfoca en los individuos, habla de respetar “la dignidad de las personas y las colectividades”.³⁰ Estos ejemplos revelan que la expansión del constitucionalismo digno no es directamente proporcional a la determinación conceptual de la dignidad humana.

¹⁹ Véase el preámbulo de la *Declaración Universal de los Derechos Humanos*.

²⁰ Véase el preámbulo del *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*.

²¹ Véase el preámbulo del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*.

²² Griffin, James, *On human rights*, Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 200.

²³ Véase el preámbulo de la *Constitución de Bolivia*.

²⁴ Véase el artículo 10 de la *Constitución Española*.

²⁵ Véase el artículo 1o. de la *Constitución de Colombia*.

²⁶ Véase el artículo 1o. de la *Constitución de Finlandia*.

²⁷ Véase el preámbulo de la *Constitución de Irlanda*.

²⁸ Véase el artículo 7o. de la *Constitución Federal de la Confederación Suíza*.

²⁹ Véase el artículo 46.2 de la *Constitución de Venezuela*.

³⁰ *Constitución de Ecuador*, “Preámbulo”.

La indeterminación de la que estamos hablando es una realidad innegable, lo que ha conducido a algunos a sostener que la dignidad humana es un concepto inútil³¹ y no ayuda a solucionar casos concretos;³² que es una frase vacía³³ usada únicamente como adorno retórico en el contexto constitucional.³⁴ Ahora bien, a pesar de su indeterminación, ello no significa que estemos frente a una idea a la que se deba renunciar en el contexto jurídico (legal y judicial).³⁵ Por una parte, el derecho contiene una gran variedad de conceptos que son indeterminados, pero irrenunciables, ya que son parte de la comprensión misma del derecho y su funcionamiento: justicia, orden público, etcétera.³⁶ Por otra parte, la realidad es que la dignidad humana ha sido útil en términos prácticos, especialmente en el contexto judicial. Ésta se ha empleado para tomar decisiones judiciales de significativa trascendencia y complejidad.

En la Unión Europea se encuentra un caso paradigmático de lo que se afirma. En el año 2004, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronunció sobre una petición de decisión prejudicial de *Omega Spielhallen-und Automatenaufstellungs-GmbH* (*Omega* en adelante), que solicitaba la suspensión de una decisión de la alcaldesa de Bonn, quien había prohibido que *Omega* desarrollara la práctica de láser-sport, que consistía en simular que se mataba a seres humanos. Antes de que el caso escalara a la esfera europea, el Tribunal Administrativo Superior de Renania del Norte-Westfalia consideró que la decisión de la alcaldía era legal,

³¹ Macklin, Ruth, “Dignity is a Useless Concept: It Means No More than Respect for Persons or Their Autonomy”, *British Medical Journal*, vol. 327, núm. 7429, 2003, p. 1420.

³² Rao, Neomi, “On the use and abuse of dignity in constitutional law”, *Columbia Journal of European Law*, vol. 14, núm. 2, 2008, p. 208; Carozza, Paolo, “Human dignity in constitutional adjudication”, en Ginsburg, Tom y Dixon, Rosalind (eds.), *Research handbook in comparative constitutional law*, Cheltenham/Northampton, Edward Elgar Publishing, 2011, p. 467.

³³ Bates, Justin y Chambers, Arden, “Human dignity. An empty phrase in search of meaning?”, *Judicial Review*, vol. 10, núm. 2, 2005, p. 168; Bagaric, Mirko y Allan, James, “The vacuous concept of dignity”, *Journal of Human Rights*, vol. 5, núm. 2, 2006, pp. 260, 266.

³⁴ O’Mahony, Conor, “There is no such thing as a right to dignity”, *International Journal of Constitutional Law*, vol. 10, núm. 2, 2012, p. 552.

³⁵ Neal, Mary, “Dignity, law and language-games”, *International Journal for the Semiotics of Law*, vol. 25, núm. 1, 2012, p. 117; Sangiovanni, Andrea, *Humanity without dignity. Moral equality, respect, and human rights*, Cambridge/Massachusetts, Harvard University Press, 2017, p. 14. Para Denise Réume, no debería ser necesario tener a la mano una concepción acabada de lo que es la dignidad humana para decir algo útil sobre cómo ella puede iluminar la actividad jurisprudencial (Réume, Denise, “Discrimination and dignity”, *Louisiana Law Review*, vol. 63, 2003, p. 32).

³⁶ Neal, Mary, *op. cit.*, p. 117.

pues la práctica del láser-sport violaba el derecho fundamental de la dignidad humana. Sobre este punto, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea expresó que, en el marco normativo europeo, la dignidad humana es un principio general del derecho para las normas jurídicas comunitarias, aunque se acepta que los Estados miembros pueden asumirla de manera diferente, como es el caso de Alemania, en la que dispone del estatus de derecho fundamental. Así, la decisión admite que, si bien no hay un sentido único de dignidad humana, sí es una herramienta judicial apropiada para solucionar casos concretos, como lo hizo el Tribunal Administrativo Superior de Renania del Norte-Westfalia.³⁷

Como segundo punto de esta sección, es menester aclarar cómo es posible que la dignidad humana tenga utilidad práctica a pesar de su indeterminación. Es aquí donde la funcionalidad contextual cobra importancia: en el ámbito jurídico, el sentido y aplicación de la dignidad humana dependen de contextos concretos. Lo anterior es factible a partir de una visión pragmática que sostiene que en el ámbito jurídico el significado y concepto de la locución *dignidad humana* lo establece el uso que se le da en la práctica.³⁸ Cómo se entienda la dignidad humana, está vinculado con el contexto,³⁹ es decir, con las particulares dinámicas sociopolíticas y las expectativas de las personas,⁴⁰ y esto es así especialmente en el ámbito jurídico.

Tal visión pragmática da pie para argüir, como lo hace Mary Neal, que la dignidad humana es un *Sprachspiel* o juego del lenguaje (*language-game*):⁴¹ son los participantes en el discurso de la dignidad humana en un contexto concreto los que le dan significado y funcionalidad. Ver la dignidad humana como un *Spra-*

³⁷ Véase Tribunal de Justicia de la Unión Europea, *Omega Spielhallen-und Automatenaufstellungen-GmbH vs. Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn*, 14 de octubre de 2004, C-36/02, EU:C:2004:614, párrafo 34.

³⁸ Luban, David, “Human rights pragmatism and human dignity”, en Cruft, Rowan; Liao, Matthew y Massimo, Renzo (eds.), *Philosophical foundations of human rights*, Oxford/New York, Oxford University Press, 2015, pp. 274 y 275.

³⁹ *Ibidem*, p. 276; O’Mahony, *op. cit.*, pp. 557-559; Barak, Aharon, *Human dignity. The constitutional value and the constitutional right*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015, p. 6.

⁴⁰ Réume, Denise, *op. cit.*, nota 30, pp. 40 y 51; Paust, Jordan, “Human dignity as a constitutional right: a jurisprudentially based inquiry into criteria and content”, *Howard Law Journal*, vol. 27, núm. 1, 1984, p. 147; Tamayo, Fernando y Sotomayor, Juan, “¿Penas sin humillaciones? Límites al derecho penal derivados del respeto a la dignidad humana”, *Opinión Jurídica*, vol. 17, núm. 33, 2018, p. 25.

⁴¹ Neal, Mary, *op. cit.*, pp. 110-113.

chspiel permite entender por qué no hay un significado único en el campo jurídico, así como también nos coloca en condición de entender que la idea tiene funcionalidad práctica en el contexto judicial, puesto que ella posee el significado que se le asigna en un contexto jurídico específico y es ese significado el que se emplea al momento de hacer valer y respetar la dignidad humana. Lo que se acaba de exponer explica, entre otros casos, por qué México hace hincapié en la dignidad humana como valor,⁴² mientras que Alemania la incluye en el capítulo sobre “Los derechos fundamentales” de la Ley Fundamental:⁴³ es al contexto específico a lo que se debe atender para determinar el sentido y utilidad de la dignidad humana.

Que esté sujeta al contexto no justifica que la dignidad humana sea concedida de manera arbitraria. Ésta contiene un núcleo o marco de referencia conceptual que impide que se convierta en un concepto vacío y que pierda su valor simbólico, así como su funcionalidad.⁴⁴ Dicho marco se ha dado por tres elementos que, de una forma u otra, aparecen recurrentemente en las diferentes posturas: valor inherente (queda abierta la pregunta acerca de cuál es la fuente de tal inherencia: Dios, la razón, la sociedad, etcétera), respeto de ese valor por parte de los demás y limitación del poder estatal.⁴⁵ Sobre la base de estos tres elementos se construye el *Sprachspiel* de la dignidad humana. Las normas que se han mencionado y los diferentes significados de dignidad humana giran alrededor de estos.

En lo sucesivo, se asumirá la postura pragmática que considera la dignidad humana como un *Sprachspiel* y, a partir de este enfoque, se expone cuál es la noción de dignidad humana que ha ido elaborando la Corte Constitucional Colombiana y cómo la ha aplicado para la realización de los derechos sociales.

⁴² López, Rogelio, “La dignidad humana en México: su contenido esencial a partir de la jurisprudencia alemana y española”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, vol. 50, núm. 151, 2018, p. 161.

⁴³ Véase el artículo 1o. de la *Ley Fundamental de Alemania*.

⁴⁴ Neal, Mary, *op. cit.*, p. 113.

⁴⁵ McCrudden, Christopher, “Human dignity and judicial interpretation of human rights”, *The European Journal of International Law*, vol. 19, núm. 4, 2008, pp. 679 y 680. Jeremy Waldron piensa algo similar, y sostiene que, si bien a primera vista hay concepciones sobre la dignidad humana que parecen rivalizar entre sí, en realidad la mayoría de ellas son compatibles, pues expresan “una reflexión sobre la riqueza y los aspectos complementarios del significado de este término multifacético” (Waldron, Jeremy, *op. cit.*, p. 16; traducción propia).

III. El sentido de la dignidad humana en la Corte Constitucional Colombiana

Colombia se ubica en la tendencia del constitucionalismo digno. Prueba de esto es que la Constitución menciona la dignidad humana expresamente en su artículo 1o. del capítulo I (De los principios fundamentales): “Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria [...], fundada en el respeto de la dignidad humana [...]”.⁴⁶ La trascendencia dada por la Constitución a la dignidad humana ha irradiado todo el sistema jurídico y vemos, entre otros ejemplos, que el artículo 1o. del Código Penal Colombiano establece explícitamente que: “El derecho penal tendrá como fundamento el respeto a la dignidad humana.”⁴⁷

Seguro que pueden encontrarse más ejemplos. Más allá de esto, y asumida la premisa de que se trata de un *Sprachspiel*, la pregunta que inevitablemente surge es qué significa la locución *dignidad humana* en el marco jurídico colombiano. La pregunta no solo es de interés conceptual, sino que también pretende motivar a que exploremos y tratemos de precisar la manera práctica como las instituciones jurídicas y políticas básicas del Estado colombiano proceden en asuntos sustanciales prioritarios de la vida social dentro de su jurisdicción. Esto aplica a los derechos sociales en conexión con la dignidad humana, en vista de su carácter esencial para la vida.

A este respecto, la Corte Constitucional ha emprendido la tarea de establecer cuál es el significado de la dignidad humana en el contexto jurídico colombiano, labor que empezó con la sentencia T-401 de 1992.⁴⁸ En este lapso se han elaborado numerosas decisiones que tocan el tema en cuestión, ya sea de forma principal o secundaria. Tal prolijidad en el tratamiento de este asunto condujo a una heterogeneidad de posturas, hasta que se dictó la sentencia T-881 de 2002,⁴⁹ que organizó los criterios conceptuales de la Corte con respecto a la

⁴⁶ La locución aparece también en los artículos 53 y 70. Los artículos 25, 42, 51, 68, 95 de la *Constitución* mencionan expresamente las palabras “digna(s)”, “dignificación”, sin que se hable concretamente de “dignidad humana”. Si estos últimos artículos se refieren directamente a la dignidad humana o no, se deja abierto en este escrito.

⁴⁷ Artículo 1o., *Código Penal de Colombia*.

⁴⁸ Corte Constitucional, 3 de junio de 1992, Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz, sentencia T-401.

⁴⁹ Corte Constitucional, 17 de octubre de 2002, Magistrado Ponente: Eduardo Montealegre Lynet, sentencia T-881.

dignidad humana. Dicha sentencia realmente no aporta una perspectiva que sea propiamente nueva, sino que cumple una función de sistematización útil para la práctica judicial.

1. Un término polisémico

Aunque no lo diga expresamente la Corte Constitucional, su idea central es que la dignidad humana abarca un rango de acepciones; no es monosémica, sino polisémica.⁵⁰ De esta suerte, la Corte parece abrir la puerta a la indeterminación conceptual. Con todo, la sentencia T-881 de 2002 no considera que las diferentes maneras como se presente la dignidad humana sean contradictorias o que carezcan de un punto común que permita conectarlas. Al contrario, su polise-
mia sería armónica “con el contenido axiológico de la Constitución de 1991”.⁵¹ Esto se consigue por medio de un núcleo o referente conceptual mínimo que debería estar siempre contenido en los diversos sentidos del significante *dignidad humana*, a lo que haremos referencia en el punto 2 de esta sección. Ahora, de acuerdo con la Corte, la dignidad humana “puede presentarse de dos maneras”: 1) a partir del objeto concreto de protección y 2) a partir de su funcionalidad normativa. Estas dos categorías generales, además, se subdividen.⁵²

A. Dignidad humana a partir del objeto

Esta categoría incorpora aquello que debe ser protegido o que debe conseguirse en la aplicación de las normas. Es, por decirlo así, el “contenido material de la dignidad humana como concepto normativo [...]”.⁵³ Según la Corte, en su actuación se han podido distinguir tres formas básicas y diferenciables, llamadas líneas jurisprudenciales, en las que se manifiesta la dignidad humana atendiendo al objeto y se subdivide de la siguiente forma:

Autonomía o como posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características (vivir como quiera): el carácter rector sería la protección y ejercicio de

⁵⁰ Carvajal, Bernardo, *La dignidad humana como norma de derecho fundamental*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2020, p. 110.

⁵¹ Corte Constitucional, *op. cit.*

⁵² *Idem.*

⁵³ *Idem.*

la libertad individual frente al posible imperio de los intereses generales o colectivos.⁵⁴

Ciertas condiciones materiales concretas de existencia (vivir bien): la dignidad humana está asociada con permitir el acceso a ciertas condiciones materiales mínimas para poder vivir bien, además de “velar porque se alcance tal resultado”.⁵⁵

Intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral (vivir sin humillaciones): dar un trato degradante al ser humano en general, ya sea de forma física o no, es irrespetar su dignidad humana.⁵⁶

B. Dignidad humana a partir de su funcionalidad normativa

Esta segunda categoría general muestra cuál es el papel que cumple la dignidad humana, ya no como objeto a proteger, sino como elemento que cohesiona la estructura conceptual y práctica del sistema político y jurídico colombiano. La Corte indica que la función normativa de la dignidad humana se muestra de la siguiente manera:

- a) *Como valor fundante del ordenamiento jurídico y del Estado colombianos (valor):* según la Corte, la dignidad humana es un valor sobre el cual se sustentan el ordenamiento y el Estado. Lo que más interesa aquí es destacar el carácter normativo de este valor, de donde se desprende que el ordenamiento jurídico y el Estado se constituyen respetando el “deber ser”⁵⁷ contenido en la dignidad humana. En este sentido, siguiendo el criterio de la decisión T-406 de 1992 de la Corte acerca de lo que es un valor jurídico, la dignidad humana sería un fin u objetivo esencial hacia el cual debe apuntar la actuación del Estado y que va dirigido “en general a las autoridades creadoras del derecho y en especial al legislador”,⁵⁸ aunque no establece un deber ser específico. Fundamentalmente sirve para guiar.⁵⁹

⁵⁴ *Idem.*

⁵⁵ *Idem.*

⁵⁶ *Idem.*

⁵⁷ *Idem.*

⁵⁸ Corte Constitucional, 5 de junio de 1992, Magistrado Ponente: Ciro Angarita Barón, sentencia T-406.

⁵⁹ Velasco, Yolanda, “La dignidad humana como valor, principio y derecho en la jurisprudencia constitucional colombiana”, *Criterios*, vol. 6, núm. 2, 2013, p. 92.

- b) *Principio de dignidad humana (principio)*: ha manifestado la Corte que la dignidad humana es un mandato constitucional consistente en un deber positivo, según el cual las autoridades del Estado deben, en la medida de sus posibilidades jurídicas y materiales, realizar todas las conductas debidas con el propósito de lograr las condiciones para el desarrollo efectivo de los ámbitos de protección de la dignidad humana: autonomía individual, condiciones materiales de existencia e integridad física y moral. Así, en aplicación nuevamente de la sentencia T-406 de 1992 y, especialmente, del criterio de Robert Alexy sobre los principios constitucionales, aquí la dignidad humana se entiende como una norma que establece “un deber ser específico”⁶⁰ y que debe ser “optimizada”⁶¹ o que amerita concretización “en el mayor grado posible”.⁶²
- c) *Derecho fundamental a la dignidad humana (derecho)*: para la Corte, la dignidad humana es un “derecho fundamental autónomo, y cuenta con los elementos de todo derecho: un titular claramente identificado (las personas naturales), un objeto de protección más o menos delimitado (autonomía, condiciones de vida, integridad física y moral) y un mecanismo judicial para su protección (acción de tutela)”.⁶³ Con otras palabras, la dignidad humana se refiere a la facultad que tienen las personas de exigir judicialmente que se respeten su autonomía, integridad física y moral y se fomenten condiciones sociales, económicas y políticas mínimas para una vida adecuada.

Conviene señalar que la misma sentencia T-881 de 2002 expresa que las seis acepciones mencionadas no agotan el sentido de la dignidad humana en el ámbito judicial colombiano, así que no excluyen otras que “no aparecen en este fallo relacionadas”.⁶⁴ Adicionalmente, en principio, es lógicamente posible que varias acepciones concurren en un mismo caso: la dignidad humana entendida como condiciones materiales concretas de existencia podría concurrir con la idea de dignidad humana como derecho, visto que la primera acepción hace

⁶⁰ *Idem.*

⁶¹ Corte Constitucional, *op. cit.*

⁶² Alexy, Robert, *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt del Meno, Suhrkamp, 1985, p. 75 (traducción propia).

⁶³ Corte Constitucional, *op. cit.*

⁶⁴ *Idem.*

referencia al objeto de protección, mientras que la segunda a una función en la estructura jurídica.

2. Núcleo conceptual mínimo de la dignidad humana

Si bien el término *dignidad humana* es polisémico, el enfoque de la Corte Constitucional no es arbitrario ni inconsistente. Aunque no se traten expresamente como tales, la sentencia T-881 de 2002 contiene elementos conceptuales que fijan límites y sirven como referencia para evitar su vaciamiento, con lo que se consigue “la fijación de un *sentido genérico permanente* de la dignidad humana”⁶⁵ que ha de ser tomado en cuenta siempre que la misma sea objeto de consideración. Y es natural que sea así, justamente por tratarse de un *Sprachspiel*; del uso de lenguaje para un contexto concreto. Los elementos conceptuales en cuestión son:

- a) *Persona natural*: la Corte únicamente menciona a los seres humanos como portadores de dignidad humana.⁶⁶ No hay ninguna alusión a las personas jurídicas o a los colectivos en cuanto tales (pueblos indígenas, minorías lingüísticas, etc.).
- b) *Eclecticismo entre lo natural (inherente) y lo social*: para la Corte, es indiscutible que la dignidad humana es algo inherente a los seres humanos y no la concede la sociedad, así como también es innegable que la misma tiene “relación con el entorno social de la persona. De tal forma que integrarían un concepto normativo de dignidad humana, además de su referente natural, ciertos aspectos [...] determinados por las condiciones sociales”⁶⁷
- c) *Protección y limitación*: la dignidad humana es un objeto de protección por parte del Estado, así que este debe garantizar que no permitirá agresiones de particulares ni que él mismo lo hará, además de promover su respeto y realización. Esto se consigue por medio de normas que nombran explícitamente la dignidad humana y también a través de aquellas que implícitamente la contienen, por lo que la Corte “ha recurrido a la delimitación de

⁶⁵ Carvajal, Bernardo, *op. cit.*, p. 84.

⁶⁶ Corte Constitucional, *op. cit.*

⁶⁷ *Idem.*

los referidos ámbitos de protección, a partir de múltiples [...] disposiciones constitucionales”.⁶⁸

- d) *Convergencia con derechos fundamentales*: en los casos concretos en los que se emplea la dignidad humana, “el ámbito de protección del derecho [...] resulta tutelado de manera paralela o simultánea con el ámbito de protección de otros derechos fundamentales con los cuales converge”.⁶⁹ No es posible separar los derechos fundamentales de la dignidad humana, y su protección siempre es un objeto —directo o indirecto— de estos derechos.

Este es el cimiento de la Corte Constitucional Colombiana para construir el *Sprachspiel* de la dignidad humana. Las seis acepciones arriba mencionadas se mueven dentro de los límites fijados por estos cuatro elementos, lo que organiza la polisemia para “garantizar la coherencia normativa”⁷⁰ de la dignidad humana. En la próxima sección, el principal objetivo es transitar a lo largo de esta clasificación que brinda la Corte y determinar el papel de la dignidad humana en casos concretos sobre el respeto de los derechos sociales.

IV. Derechos sociales y dignidad humana en Colombia

1. Colombia y los derechos sociales

A continuación, se expone brevemente a qué se hace referencia en este texto cuando se habla de derechos sociales y cuál ha sido su devenir histórico en el marco constitucional colombiano, algo que merece atención por razones conceptuales y porque, cómo se verá, ambos aspectos están atados con el rol de la dignidad humana en la realización de los derechos sociales.

Por derechos sociales se entienden facultades subjetivas, con un carácter fuertemente *prestacional* o *positivo*, que se ejercen frente al Estado⁷¹ con el fin de garantizar un mínimo de condiciones materiales e inmateriales que son

⁶⁸ *Idem.*

⁶⁹ *Idem.*

⁷⁰ Carvajal, Bernardo, *op. cit.*, p. 85.

⁷¹ Arango, Rodolfo, *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia/Legis, 2005, p. 37.

esenciales para la existencia:⁷² la actuación positiva del Estado es fundamental. Como cualquier otro derecho, los derechos sociales se pueden hacer respetar legalmente,⁷³ por lo que sus titulares tienen la facultad de recurrir ante las instituciones político-jurídicas correspondientes con dicho fin.⁷⁴ Sin embargo, a diferencia de otros derechos, su objetivo principal no es “una acción normativa, sino una acción material, o sea una acción fáctica indeterminada que se ordena para posibilitar el cumplimiento de tales derechos generales”,⁷⁵ o sea, lo que se busca, sobre todo, es la acción positiva del Estado, como, por ejemplo, la creación de un sistema de salud eficiente.

Si bien su principal característica es que son derechos prestacionales, esto no impide que también conlleven obligaciones negativas.⁷⁶ Igualmente, los distingue de otros derechos el que tienen un carácter más distributivo,⁷⁷ por lo que tienen como valioso objetivo la justicia social. Esto explica por qué entre los derechos sociales se encuentran, entre otros, el derecho a un salario o a la salud: es impropio hablar de una sociedad justa y bien organizada sin la satisfacción generalizada de los derechos sociales.

Como los derechos civiles, los derechos sociales suponen una inversión de recursos económicos necesarios para su realización,⁷⁸ lo que se debe a su naturaleza prestacional. También poseen carácter institucional,⁷⁹ lo que quiere de-

⁷² Mantouvalou, Virginia, “The Case for Social Rights”, *Georgetown Law Faculty Publications and Other Works*, 2010, p. 3. <https://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/331> (fecha de consulta 12 de febrero de 2023).

⁷³ Este texto alude a los derechos sociales como derechos jurídicos, mas no niega que puedan concebirse como derechos morales.

⁷⁴ Mantouvalou, Virginia, *op. cit.*, p. 11; Garland, David, “On the Concept of Social Rights”, *Social and Legal Studies*, vol. 24, núm. 4, 2015, pp. 624-626.

⁷⁵ Arango, Rodolfo, *op. cit.*, p. 109.

⁷⁶ Sobre este punto, al momento de analizar la diferencia entre derechos de subsistencia y seguridad en cuanto derechos básicos, Henry Shue ha afirmado con agudeza que los derechos no son positivos ni negativos en sí, sino las obligaciones que están atados a ellos. Véase Shue, Henry, *Basic Rights: Subsistence, Affluence, and U.S. Foreign Policy*, Princeton, Princeton University Press, 2a. ed., 1996, p. 52; véase también Donnelly, Jack, *Universal Human Rights in Theory and Practice*, 3a. ed., Ithaca-London, Cornell University Press, 2013, pp. 42-43.

⁷⁷ Garland, David, *op. cit.*, p. 627.

⁷⁸ Ruiz, Ramón y Plazas, Clara, “La exigibilidad de los derechos sociales. El caso de Colombia”, *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, núm. 14, 2011, pp. 8-10.

⁷⁹ Aquí únicamente se resalta el carácter institucional de los derechos sociales, pero Thomas Pogge aplica este enfoque a todos los derechos humanos. Véase Pogge, Thomas,

cir que la primera obligación positiva que tiene el Estado es crear y promover instituciones que garanticen que los sujetos titulares de los derechos puedan acceder, por ejemplo, a un trabajo digno o la prestación del servicio de salud. Por esto, no son derechos con un sentido paternalista; al contrario, son medios para el fomento de la autonomía y la libertad individual. La índole social de estos derechos apunta sustancialmente hacia la solidaridad y la justicia social distributiva,⁸⁰ por lo que deberían ser realizables en cualquier sistema de organización político-económico, ya se trate de capitalismo, socialismo, economía social de mercado o cualquier otro.

En lo que se refiere a Colombia, los derechos sociales están indiscutiblemente presentes en la Constitución y se han constituido en herramientas imprescindibles para enfrentar profundos problemas sociales que históricamente han azotado a este país.⁸¹ Con todo, la naturaleza y realización de los derechos sociales han transitado un camino de cambios en Colombia. El Título II de la Constitución separó claramente los derechos fundamentales (artículos 11-41) de los derechos sociales, económicos y culturales (artículos 42-77), por lo que los derechos sociales no se consideraban fundamentales. Así, su protección judicial estaba muy limitada, pues se consideró que solo poseían carácter programático.⁸² La acción de tutela, que por excelencia protege los derechos fundamentales, no era aplicable para defender los derechos sociales. La Corte Constitucional, por ejemplo, manifestó que el derecho a la vivienda “no es un «derecho fundamental» sobre el cual pueda caber la acción de tutela” y que “[s]e trata de un derecho asistencial, que debe ser promovido por el Estado, de acuerdo con la ley, para ser prestado directamente por éste o a través de entes asociativos igualmente regulados jurídicamente”,⁸³ lo que confirmaba su naturaleza programática.

Weltarmut und Menschenrechte. Kosmopolitische Verantwortung und Reformen (trad. Anna Wehofsits), Göttingen, De Gruyter, 2011, p. 63.

⁸⁰ Gosepath, Stefan, “Zu Begründungen sozialer Menschenrechte”, en Lohmann, Georg y Gosepath, Stefan (eds.), *Philosophie der Menschenrechte*, Frankfurt, Suhrkamp, 1998, p. 147.

⁸¹ Bernal, Carlos, “Los derechos constitucionales sociales en América Latina”, en Bernal, Carlos (ed.), *Derechos, cambio constitucional y teoría jurídica. Escritos de Derecho Constitucional y Teoría del Derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2018, p. 173.

⁸² Martínez, Hernán, “Protección constitucional de los derechos sociales. Implementación de instrumentos internacionales en las decisiones de la corte constitucional”, *Estudios de Derecho*, vol. 71, núm. 158, 2014, p. 22.

⁸³ Corte Constitucional, 24 de junio de 1992, Magistrado Ponente: Pablo Morón Díaz, sentencia T-423.

Pero la Corte fue desarrollado otras vías para proteger los derechos sociales.⁸⁴ El criterio de la conexidad ha ayudado en dicha tarea. Según esta aproximación, los derechos sociales se protegen como derechos fundamentales en “aquellas situaciones en las cuales, en un caso específico, sea evidente su conexidad con un principio o con un derecho fundamental”.⁸⁵ En este sentido, la Corte decidió proteger el derecho de salubridad pública en vista de que existe conexidad con el derecho fundamental a la vida amparado en el artículo 11 de la Constitución.⁸⁶ El criterio de conexidad, sin embargo, da un marco de acción reducido para la protección de los derechos sociales, por lo que la Corte ha flexibilizado su postura y dado paso a la dignidad humana como criterio de interpretación para decidir cuáles derechos son fundamentales y, como consecuencia, exigibles a través de la acción de tutela.⁸⁷

Un primer paso se dio con la decisión C-251 de 1997, que considera que el respeto de la dignidad humana se encuentra estrechamente vinculado con el respeto de los derechos sociales, pues no solo necesitamos órbitas de libertad, sino también que se nos “aseguren unas mínimas condiciones materiales de existencia”.⁸⁸ Luego, la Corte reconoció que es “fundamental todo derecho constitucional que funcionalmente esté dirigido a lograr la dignidad humana y sea traducible en un derecho subjetivo”.⁸⁹ Aquí la Corte no se refería a los derechos sociales, sino al derecho a la información, pero este criterio estableció un pilar para la sentencia T-016 de 2007, que examinó el derecho social a la salud y sostuvo que este derecho se puede proteger a través de tutela cuando, entre otros requisitos, signifique “a un mismo tiempo lesionar de manera se-

⁸⁴ Ruiz, Ramón y Plazas, Clara, *op. cit.*, p. 16.

⁸⁵ Corte Constitucional, *op. cit.*.

⁸⁶ *Idem.*

⁸⁷ La tesis de la conexidad no ha sido abandonada del todo por la Corte, pero está “circunscrita a que el derecho en cuestión alimente, funcionalmente, el contenido de la dignidad humana”, Arrieta, Enán, “Derechos sociales y proporcionalidad. Aproximaciones conceptuales y metodológicas a partir de la jurisprudencia constitucional colombiana”, en Sánchez, Álvaro; Melo de Casimiro, Ligia y Gabardo, Emerson (eds.), *Estado social y derechos fundamentales en tiempos de retroceso*, Madrid, Punto Rojo, 2019, p. 134.

⁸⁸ Corte Constitucional, 28 de mayo de 1997, Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero, sentencia C-251.

⁸⁹ Corte Constitucional, 17 de marzo de 2003, Magistrado Ponente: Eduardo Montealegre Lynett, sentencia T-227.

ria y directa la dignidad humana de la persona afectada con la vulneración del derecho”.⁹⁰

Seguidamente veremos casos concretos que tienden a la realización de los derechos sociales a partir de la clasificación que ha hecho la Corte de la dignidad humana.

2. Derechos sociales y el rol de la dignidad humana

Ya dijimos que la sentencia T-881 de 2002 presenta la dignidad humana como un término polisémico con seis acepciones básicas, sin descartar la posibilidad de que haya otras acepciones. Lo que se hará seguidamente es mostrar, mediante algunos casos resueltos, cómo la protección de los derechos sociales se ha conectado con cada una de estas esferas de la dignidad humana. Se tomarán en cuenta sentencias anteriores y posteriores a la sentencia T-881 de 2002, pues, como se explicó, esta decisión lo que hizo esencialmente fue sistematizar los criterios ya existentes.

A. A partir del objeto

En cuanto objeto a proteger, la Corte Constitucional ha asociado la dignidad humana con los derechos sociales en las siguientes sentencias, entre otras.

- a) *Autonomía o como posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características (vivir como quiera)*: en el marco del respeto al derecho al trabajo, la Corte ordenó que cesaran los actos de hostigamiento contra un trabajador que consideraba que se estaba empleando contra él el mecanismo de *despido indirecto*. Según la Corte, “el no permitir a un trabajador que realice las labores para las que fue contratado [...] es, en sí mismo, un acto lesivo de la dignidad de quien es sometido a este trato”.⁹¹

⁹⁰ Corte Constitucional, 22 de enero de 2007, Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto, sentencia T-016.

⁹¹ Corte Constitucional, 3 de septiembre de 1998, Magistrado Ponente: Alfredo Beltrán Sierra, sentencia T-461.

Por su parte, la sentencia T-375 de 2016 decidió que Cafesalud, una entidad prestadora de salud, debía dar a una afiliada el servicio de “fecundación in vitro con lavado previo de semen, para disminuir la posibilidad de una infección por VIH para la mujer y el niño que nacería”,⁹² ya que su pareja había sido diagnosticada con VIH positivo. En conexión con el derecho fundamental a la salud, la Corte argumentó que los portadores de VIH “no sólo gozan de los mismos derechos que las demás personas, sino que, además, el Estado y las autoridades correspondientes están en la obligación de brindarles un amparo especial con el fin de garantizar sus derechos fundamentales y su dignidad”.⁹³

En ambos casos, la dignidad humana se emplea como criterio o argumento que permite la protección de derechos sociales con el fin de fomentar su autonomía y que vivan de la manera que ellos han escogido.

- b) Ciertas condiciones materiales concretas de existencia (vivir bien): en el caso de un presidiario que se quejaba de las condiciones sanitarias del lugar donde estaba pagando su pena y consideraba que su derecho a la salud estaba siendo violado, la Corte le dio la razón y expuso: “el Estado colombiano se funda en el valor de la dignidad humana, lo cual determina no sólo un deber negativo de no intromisión, sino también un deber positivo de protección y mantenimiento de condiciones de vida digna”⁹⁴ y que “en los principales centros penitenciarios del país, debido a la sobrepoblación, al mal estado de las instalaciones y a la falta de servicios asistenciales mínimos, los reclusos se encuentran en condiciones de vida que difícilmente cumplen con las más elementales exigencias de la dignidad humana”.⁹⁵ Así, se ordenó al centro penitenciario no usar el calabozo, “mientras las condiciones de higiene no sean compatibles con el concepto de dignidad humana”.⁹⁶

⁹² Corte Constitucional, 14 de julio de 2016, Magistrado Ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, sentencia T-375.

⁹³ *Idem.*

⁹⁴ Corte Constitucional, 10 de diciembre de 1992, Magistrado Ponente: Ciro Angarita Barón, sentencia T-596.

⁹⁵ *Idem.*

⁹⁶ *Idem.*

Las sentencias T-606 de 2015,⁹⁷ C-623 de 2015⁹⁸ y C-077 de 2017⁹⁹ también han aplicado esta manera de concebir la dignidad humana (*vivir bien*) en el caso de los derechos sociales. Estas tres últimas decisiones se caracterizan por orientarse hacia el derecho al acceso a la tierra como medio irrenunciable de vida, en ciertos contextos. Garantizar condiciones materiales mínimas de vida y vigilar su efectiva realización es vivir bien y, como consecuencia, significa respetar la dignidad humana.

- c) Intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral (vivir sin humillaciones): en conexión con el derecho fundamental a la salud, la integridad física y la protección de la dignidad humana, la Corte Constitucional decidió ordenar al Ministerio de Defensa Nacional y al Ejército Nacional que dispusieran todo para implantar prótesis mamarias a una ciudadana, cónyuge de un teniente del ejército, cuya fisonomía corporal se había visto considerablemente afectada por una resección total de ambos senos que le causó problemas físicos y psicológicos. Indicó la Corte que la cirugía requerida “tiene como finalidad esencial garantizarle su derecho a la integridad física y a la dignidad humana”,¹⁰⁰ además de tener “fines curativos, de rehabilitación y de restablecimiento físico, y encuadra dentro del concepto de salud como derecho fundamental, por su conexidad con la dignidad humana, la vida en condiciones dignas y los derechos de la mujer”.¹⁰¹

Punto para destacar aquí es que la Corte no limita los derechos sociales a lo estrictamente material, lo que es lógico, debido a que la justicia social y la dignidad humana abarcan un espectro mucho más amplio.

⁹⁷ Corte Constitucional, 21 de septiembre de 2015, Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio, sentencia T-606.

⁹⁸ Corte Constitucional, 30 de septiembre de 2015, Magistrado Ponente: Alberto Rojas Ríos, sentencia C-623.

⁹⁹ Corte Constitucional, 8 de febrero de 2017, Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva, sentencia C-077.

¹⁰⁰ Corte Constitucional, 11 de agosto de 1999, Magistrado Ponente: Fabio Morón Díaz, sentencia T-572.

¹⁰¹ *Idem*.

B. A partir de su funcionalidad normativa

Como ya se dijo, aquí se ve la dignidad humana desde una perspectiva estructural y conceptual del orden político-jurídico.

- a) Como valor fundante del ordenamiento jurídico y del Estado colombianos (valor): este parecer se encuentra en la sentencia T-631 de 2013, en la que la Corte ordenó suspender una medida de desalojo emitida por la Alcaldía de Pereira contra cuatro ciudadanos que habían invadido un inmueble. Al mismo tiempo, ordenó que la Alcaldía los incluyera en algún programa habitacional, todo bajo el amparo del derecho social a la vivienda digna: “[r]especto al trascendental punto del derecho a la vivienda digna, la Sala considera necesario reiterar [...] su carácter fundamental, la estrecha relación con la dignidad humana y su directo vínculo con la concepción social del Estado”,¹⁰² y se ratifica “su carácter fundamental, básicamente porque constituye una innegable expresión de la dignidad humana y se vincula de manera directa con la concepción social del Estado”.¹⁰³ Al organizarse Colombia como Estado social de derecho y sustentarse en la dignidad humana como valor constitucional fundamental, la protección del derecho social a la vivienda se convierte en imperativo.
- b) Principio de dignidad humana (principio): en cuanto a los derechos sociales, la Corte, en aras de proteger el derecho a la seguridad social, ordenó al instituto de Seguros Sociales conceder pensión por enfermedad profesional a una demandante. Como fundamento, la Corte sostuvo que hay un marco de principios, el cual “se basa en la dignidad humana”,¹⁰⁴ y “puede observarse que para el tema en cuestión [...] no se trata [solo] de un derecho, sino de un principio que enmarca al hombre y su relación con los demás seres sociales”.¹⁰⁵ En la sentencia T-461 de 1998, la Corte ordenó cesar los hosti-

¹⁰² Corte Constitucional, 12 de septiembre de 2013, Magistrado Ponente: Nelson Pinilla Pinilla, sentencia T-631.

¹⁰³ *Idem*.

¹⁰⁴ Corte Constitucional, 29 de marzo de 1993, Magistrado Ponente: Vladimiro Naranjo Mesa, sentencia T-124.

¹⁰⁵ *Idem*. En un sentido más general, y aunque no estaba en juego el respeto de los derechos sociales, al aproximarse a la problemática de los derechos prestacionales en Colombia, la Corte expresó que la “efectividad de [los] derechos constitucionales de carácter prestacional

gamientos laborales contra un trabajador para proteger su derecho laboral, pues ello afecta la dignidad humana de éste, algo que no se puede permitir porque “como principio fundante de nuestro Estado Social del Derecho, se encuentra el respeto de la dignidad humana [...]. El respeto a la dignidad [...] es un principio mínimo de convivencia [...]”.¹⁰⁶ Con el criterio de la dignidad como principio, las sentencias T-716 de 2017¹⁰⁷ y T-144 de 2021¹⁰⁸ dan fundamento al mínimo vital como derecho fundamental. Estas decisiones de la Corte muestran que, por ser un principio, la dignidad humana es general y amerita concretización u optimización, lo que es todavía más urgente en el caso de los derechos sociales.

- c) Derecho fundamental a la dignidad humana (derecho): a través de la sentencia T-1700 de 2000, la Corte ordenó que el Seguro Social (Seccional Magdalena) realizara una evaluación prequirúrgica a una paciente que padecía una afección auditiva grave, y así garantizar su derecho a la salud, ya que este “adquiere el carácter de fundamental cuando con su vulneración resulten afectados o amenazados derechos fundamentales como la vida, la integridad de la persona, la dignidad humana u otros que, de manera autónoma, ostenten la calidad de fundamentales”.¹⁰⁹ Siguiendo este mismo criterio de la dignidad humana como derecho fundamental, la Corte resolvió que se debía pagar pensión de vejez a una trabajadora, aunque el empleador no hubiera realizado los trámites legales debidos, pues ello no es imputable a la trabajadora y “pondría en riesgo los derechos fundamentales al mínimo vital, dignidad humana y seguridad social del trabajador”.¹¹⁰ Este criterio

y el real respeto por el principio de dignidad humana no se traducen en la mera creación de condiciones de vida digna, también obliga a que las medidas adoptadas por el Estado efectivamente se dirijan a dicho resultado y, además, a que el Estado se abstenga de tomar decisiones que impongan mayores cargas a los asociados” (Corte Constitucional, 17 de enero de 2001, Magistrada Ponente: Martha Victoria SÁCHICA Méndez, sentencia C-012).

¹⁰⁶ Corte Constitucional, *op. cit.*

¹⁰⁷ Corte Constitucional, 7 de diciembre de 2017, Magistrado Ponente: Carlos Bernal Pulido, sentencia T-716.

¹⁰⁸ Corte Constitucional, 19 de mayo de 2021, Magistrada Ponente: Cristina Pardo Schlesinger, sentencia T-144.

¹⁰⁹ Corte Constitucional, 7 de diciembre del 2000, Magistrada Ponente: Martha Victoria SÁCHICA Méndez, sentencia T-1700.

¹¹⁰ Corte Constitucional, 2 de julio de 2013, Magistrado Ponente: Jorge Julio Pretelt Chajub, sentencia T-398.

también se aplicó en la sentencia T-352 de 2018¹¹¹ para un caso similar. Por su parte, la sentencia T-143 de 2018 estableció que ciertas empresas no están facultadas para imponer a las personas transgénero el uso de ropa que categoriza los sexos,¹¹² pues ello viola su derecho a la dignidad humana.

La actuación de la Corte Constitucional Colombiana con respecto al concepto de dignidad humana no está libre de críticas, algunos afirman que la pluralidad interpretativa de la Corte no contribuye a aclarar el concepto, sino que agudiza lo nebuloso del asunto,¹¹³ mientras otros sostienen que la Corte se ha valido de la indeterminación del concepto para limitar o permitir comportamientos que la Corte aprueba o desaprueba moralmente.¹¹⁴ Sin embargo, todos los casos presentados muestran que la dignidad humana ha sido central en diferentes situaciones para tomar decisiones referidas a la protección de los derechos sociales, que muchas veces son *casos difíciles*.¹¹⁵ Este quehacer lo ha ejecutado la Corte Constitucional dentro del marco de un *Sprachspiel* que ha ido construyendo y estableciendo en el ejercicio de su función decisoria. En este contexto, la dignidad humana ha servido como interpretación de segundo orden (*Interpretation zweiter Ordnung*),¹¹⁶ lo que permite conocer la realidad sociopolítica que motiva la existencia del sistema legal y, así, decidir sobre la protección de los derechos sociales. En otras palabras, ha sido un mecanismo de interpretación para conocer el sentido de las normas concretas y para situarlas en el contexto de la realidad social colombiana, lo que ha favorecido cambios sociales necesarios.¹¹⁷

¹¹¹ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia del 30 de agosto de 2018. Magistrado Ponente: José Fernando Reyes Cuartas. Sentencia T-352.

¹¹² Corte Constitucional, 23 de abril de 2018, Magistrado Ponente: José Fernando Reyes Cuartas, sentencia T-143.

¹¹³ Sandoval, Andrés, “La noción de dignidad humana en la Corte Constitucional Colombiana. Una mirada alternativa desde Martha Nussbaum”, *Derecho Global. Estudios sobre Derecho y Justicia*, vol. 2, núm. 4, 2017, p. 21.

¹¹⁴ Mantilla, Fabricio y Oñate, Tatiana, *La “dignidad” de la Corte Constitucional*, Bogotá, Universidad del Rosario/Ibáñez, 2013, pp. 36-46.

¹¹⁵ Habermas, Jürgen, “Human Dignity and the Realistic Utopia of Human Rights”, *Metaphilosophy*, vol. 41, núm. 4, 2010, p. 469.

¹¹⁶ Ladeur, Karl y Augsberg, Ino, *Die Funktion der Menschenwürde im Verfassungsstaat*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2008, p. 14.

¹¹⁷ Pérez, Carlos, “Unveiling the Meaning of Social Justice in Colombia”, *Mexican Law Review*, vol. 10, núm. 2, 2018, p. 39. <https://doi.org/10.22201/ijj.24485306e.2018.20.11892>

V. Conclusión

Las páginas precedentes han mostrado que la dignidad humana en cuanto *Sprachspiel* de la Corte Constitucional de Colombia ha cumplido un papel muy importante como interpretación de segundo orden en el caso de los derechos sociales. Para este fin, la Corte, guiada por un núcleo mínimo de elementos conceptuales, ha elaborado una noción —no axiomática— de dignidad humana acorde con el contexto sociopolítico propio de Colombia, lo que ha permitido adaptar la concepción de los derechos sociales y su exigibilidad a la realidad cambiante de nuestro tiempo. No es desacertado afirmar que la dignidad humana ha cumplido tanto una función negativa como una positiva con respecto a los derechos sociales. Su función ha sido negativa en cuanto que ha establecido límites a la expansión y ejercicio del poder político, económico, etc. del Estado y otros actores. Por su parte, la función positiva radica en el intento de ayudar a generar condiciones propicias que fomenten la realización de los derechos sociales y, por supuesto, de la justicia social. La jurisprudencia de la Corte revela una relación de complementariedad: la dignidad humana ha sido un argumento para la defensa de los derechos sociales, y el respeto de estos, a su vez, es condición para el respeto de la dignidad humana.

A pesar de favorecer la realización de los derechos sociales, no puede ocultarse que la noción polisémica de dignidad humana empleada por la Corte conlleva algunos problemas que pueden perjudicar su funcionalidad normativa. Tienen razón quienes sostienen que es conveniente tener mayor precisión sobre la noción de dignidad humana. No obstante, también hay que decir que, primero, no se trata de una indeterminación absoluta, pues existe un núcleo conceptual mínimo y, segundo, la falta de determinación de un concepto no tiene que estar reñida con su uso práctico y efectivo. Si aplicamos esto último a nuestro caso, la noción de dignidad humana de la Corte tal vez requiera mayor determinación en algunos aspectos, pero también ha sido útil para promover el respeto de los derechos sociales y, con ello, la justicia social.

VI. Bibliografía

Alexy, Robert, *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt del Meno, Suhrkamp, 1985.

- Arango, Rodolfo, *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia/Legis, 2005.
- Arrieta, Enán, “Derechos sociales y proporcionalidad. Aproximaciones conceptuales y metodológicas a partir de la jurisprudencia constitucional colombiana”, en Sánchez, Álvaro; Melo de Casimiro, Ligia y Gabardo, Emerson (eds.), *Estado social y derechos fundamentales en tiempos de retroceso*, Madrid, Punto Rojo, 2019.
- Bagaric, Mirko y Allan, James, “The vacuous concept of dignity”, *Journal of Human Rights*, vol. 5, núm. 2, 2006.
- Barak, Aharon, *Human dignity. The Constitutional Value and the Constitutional Right*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015.
- Barroso, Luis, *La dignidad de la persona humana en el derecho constitucional contemporáneo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014.
- Banco Mundial, *Building an equitable society in Colombia*, Washington, World Bank Group, 2021. <http://hdl.handle.net/10986/36535>
- Bates, Justin y Chambers, Arden, “Human dignit-an empty phrase in search of meaning?”, *Judicial Review*, vol. 10, núm. 2, 2005.
- Bernal, Carlos, “Los derechos constitucionales sociales en América Latina”, en Bernal, Carlos (ed.), *Derechos, cambio constitucional y teoría jurídica. Escritos de derecho constitucional y teoría del derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2018.
- Bielefeldt, Heiner, *Auslaufmodell menschenwürde?*, Freiburg, Herder, 2011.
- Carvajal, Bernardo, *El principio de la dignidad de la persona humana en la jurisprudencia constitucional colombiana y francesa*, Bogotá, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahíta, 2005.
- Carvajal, Bernardo, *La dignidad humana como norma de derecho fundamental*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2020.
- Carozza, Paolo, “Human dignity in constitutional adjudication”, en Ginsburg, Tom y Dixon, Rosalind (eds.), *Research Handbook in Comparative Constitutional Law*, Cheltenham Northampton, Edward Elgar Publishing, 2011.
- Donnelly, Jack, *Universal human rights in theory and practice*, Ithaca-London, Cornell University Press, 3a. ed., 2013.

- Feng, Wei, “Menschenwürde, Persönlichkeit und die verfassungsmäßige Kontrolle oder: starke normativität ohne metaphysik?”, *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie*, suplemento 165, 2021.
- Garland, David, “On the concept of social rights”, *Social and Legal Studies*, vol. 24, núm. 4, 2015.
- Gilbert, Pablo, *Human dignity and human rights*, Nueva York, Oxford University Press, 2018.
- Gosepath, Stefan, “Zu begründungen sozialer menschenrechte”, en Lohmann, Georg y Gosepath, Stefan (eds.), *Philosophie der Menschenrechte*, Frankfurt, Suhrkamp, 1998.
- Griffin, James, *On human rights*, Oxford, Oxford University Press, 2009.
- Habermas, Jürgen, “Human dignity and the realistic utopia of human rights”, *Metaphilosophy*, vol. 41, núm. 4, 2010.
- Jakl, Bernhard, “Human dignity as a fundamental right to freedom in law”, en Brugger, Winfried y Kirste, Stephan (eds.), *Human dignity as a foundation of law*, Stuttgart, Franz Steiner Verlag, Nomos, 2013.
- Kirste, Stephan, “A legal concept of human dignity as a foundation of law”, en Brugger, Winfried y Kirste, Stephan (eds.), *Human dignity as a foundation of law*, Stuttgart, Franz Steiner Verlag, Nomos, 2013.
- Ladeur, Karl y Augsberg, Ino, *Die funktion der menschenwürde im verfassungsstaat*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2008.
- López, Rogelio, “La dignidad humana en México: su contenido esencial a partir de la jurisprudencia alemana y española”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, vol. 50, núm. 151, 2018.
- Luban, David, “Human rights pragmatism and human dignity”, en Cruft, Rowan; Liao, Matthew y Massimo, Renzo (eds.), *Philosophical Foundations of Human Rights*, Oxford/New York, Oxford University Press, 2015.
- Macklin, Ruth, “Dignity is a useless concept: it means no more than respect for persons or their autonomy”, *British Medical Journal*, vol. 327, núm. 7429, 2003.
- Martínez, Hernán, “Protección constitucional de los derechos sociales. Implementación de instrumentos internacionales en las decisiones de la Corte Constitucional”, *Estudios de Derecho*, vol. 71, núm. 158, 2014.

- Mantouvalou, Virginia, “The case for social rights”, *Georgetown Law Faculty publications and other works*, 2010, p. 3. <https://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/331>
- McCrudden, Christopher, “Human dignity and judicial interpretation of human rights”, *The European Journal of International Law*, vol. 19, núm. 4, 2008, pp. 655-724.
- Mantilla, Fabricio y Oñate, Tatiana, *La “dignidad” de la Corte Constitucional*, Bogotá, Universidad del Rosario, Ibáñez, 2013.
- Moyn, Samuel, “The secret history of constitutional dignity”, *Yale Human Rights and Development Journal*, vol. 17, núm. 1, 2014.
- Neal, Mary, “Dignity, law and language-games”, *International Journal for the Semiotics of Law*, vol. 25, núm. 1, 2012.
- O’Mahony, Conor, “There is no such thing as a right to dignity”, *International Journal of Constitutional Law*, vol. 10, núm. 2, 2012.
- Paust, Jordan, “Human dignity as a constitutional right: a jurisprudentially based inquiry into criteria and content”, *Howard Law Journal*, vol. 27, núm. 1, 1984.
- Pérez, Carlos, “Unveiling the meaning of social justice in Colombia”, *Mexican Law Review*, vol. 10, núm. 2. <https://doi.org/10.22201/ijj.24485306e.2018.20.11892>
- Pogge, Thomas, *Weltarmut und menschenrechte. Kosmopolitische verantwortung und reformen* (trad. Anna Wehofsits), Göttingen, De Gruyter, 2011.
- Pogge, Thomas, “Dignity and global justice”, en Düwell, Marcus *et al.* (eds.), *The Cambridge Handbook of Human Dignity: interdisciplinary perspectives*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014.
- Rao, Neomi, “On the use and abuse of dignity in constitutional law”, *Columbia Journal of European Law*, vol. 14, núm. 2, 2008.
- Réaume, Denise, “Discrimination and dignity”, *Louisiana Law Review*, vol. 63, 2003.
- Riley, Stephen, *Human dignity and law: legal and philosophical investigations*, London, Routledge, 2018.
- Ruiz, Ramón y Plazas, Clara, “La exigibilidad de los derechos sociales. El caso de Colombia”, *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, núm. 14, 2011.

- Sandoval, Andrés, “La noción de dignidad humana en la Corte Constitucional Colombiana. Una mirada alternativa desde Martha Nussbaum”, *Derecho Global. Estudios sobre Derecho y Justicia*, vol. 2, núm. 4, 2017.
- Sangiovanni, Andrea, *Humanity without dignity. Moral equality, respect, and human rights*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 2017.
- Shue, Henry, *Basic rights: subsistence, affluence and U.S. foreign policy*, 2a. ed., Princeton, Princeton University Press.
- Shulztiner, Doron y Carmi, Guy, “Human dignity in national constitutions: functions, promises and dangers”, *The American Journal of Comparative Law*, vol. 62, núm. 2, 2014.
- Tasioulas, John, “On the foundations of human rights”, en Rowan, Cruft; Liao, Matthew y Renzo, Massimo (eds.), *The philosophical foundations of human rights*, Oxford, Oxford University Press, 2015.
- Velasco, Yolanda, “La dignidad humana como valor, principio y derecho en la jurisprudencia constitucional colombiana”, *Criterios*, vol. 6, núm. 2, 2013.
- Waldron, Jeremy, *Dignity, rank, and rights*, Nueva York, Oxford University Press, 2012.
- Weber-Guskar, Eva, *Würde als Haltung*, Münster, Mentis, 2016.

Normas e instrumentos citados

- Alemania, *Constitución del Imperio Alemán* (11/8/1919).
- Alemania, *Ley Fundamental de la República Federal de Alemania* (23/5/1949).
- Bolivia, *Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia* (7/2/2009).
- Brasil, *Constitución de la República Federativa de Brasil* (5/11/1988).
- Chile, *Constitución Política de la República de Chile* (21/10/1980).
- Colombia, *Constitución Política de Colombia* (4/7/1991).
- Colombia, *Código Penal, Ley 599 de 2000* (24/7/2000).
- Conferencia Mundial de Derechos Humanos, *Declaración y Programa de Acción de Viena* (25 /6/1993), U. N. Doc. A/CONF. 157/23.
- Costa Rica, *Constitución Política de Costa Rica* (8/11/1949).
- Cuba, *Constitución de la República de Cuba* (10/10/1940).

Cuba, *Constitución de la República de Cuba* (10/4/2019).
Declaración Universal de los Derechos Humanos (10/12/1948), G. A. Res. 217A (III).
Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador* (20/10/2008).
El Salvador, *Constitución de la República de El Salvador* (16/12/1983).
España, *Constitución Española* (29/12/1978).
Finlandia, *Constitución de Finlandia* (17/7/1919).
Finlandia, *Constitución de la República de Finlandia* (11/6/1999).
Guatemala, *Constitución Política de la República de Guatemala* (31/5/1985).
Honduras, *Constitución Política de la República de Honduras* (20/1/1982).
Irlanda, *Constitución de Irlanda* (1/7/1937).
México, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* (5/2/1917).
Nicaragua, *Constitución Política de la República de Nicaragua* (9/1/1987).
Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (16/12/1966), 999 U. N. T. S. 171.
Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (16/12/1966), 993 U. N. T. S. 3.
Paraguay, *Constitución de la República del Paraguay* (20/6/1992).
Perú, *Constitución Política del Perú* (29/12/1993).
República Dominicana, *Constitución de la República Dominicana* (13/6/2015).
Suiza, *Constitución Federal de la Confederación Suiza* (18/4/1999).
Venezuela, *Constitución de la República Bolivariana de Venezuela* (20/12/1999).

Jurisprudencia

Colombia

Corte Constitucional. *Sentencia del 3 de junio de 1992*. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz. Sentencia T-401.
Corte Constitucional. *Sentencia del 5 de junio de 1992*. Magistrado Ponente: Ciro Angarita Barón. Sentencia T-406.
Corte Constitucional. *Sentencia del 24 de junio de 1992*. Magistrado Ponente: Pablo Morón Díaz. Sentencia T-423.
Corte Constitucional. *Sentencia del 10 de diciembre de 1992*. Magistrado Ponente: Ciro Angarita Barón. Sentencia T-596.

- Corte Constitucional. *Sentencia del 29 de marzo de 1993*. Magistrado Ponente: Vladimiro Naranjo Mesa. Sentencia T-124.
- Corte Constitucional. *Sentencia del 28 de mayo de 1997*. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero. Sentencia C-251.
- Corte Constitucional. *Sentencia del 3 de septiembre de 1998*. Magistrado Ponente: Alfredo Beltrán Sierra. Sentencia T-461.
- Corte Constitucional. *Sentencia del 11 de agosto de 1999*. Magistrado Ponente: Fabio Morón Díaz. Sentencia T-572.
- Corte Constitucional. *Sentencia del 7 de diciembre del 2000*. Magistrada Ponente: Martha Victoria SÁCHICA Méndez. Sentencia T-1700.
- Corte Constitucional. *Sentencia del 17 de enero de 2001*. Magistrada Ponente: Martha Victoria SÁCHICA Méndez. Sentencia C-012.
- Corte Constitucional. *Sentencia del 17 de octubre de 2002*. Magistrado Ponente: Eduardo Montealegre Lynett. Sentencia T-881.
- Corte Constitucional. *Sentencia del 17 de marzo de 2003*. Magistrado Ponente: Eduardo Montealegre Lynett. Sentencia T-227.
- Corte Constitucional. *Sentencia del 22 de enero de 2007*. Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto. Sentencia T-016.
- Corte Constitucional. *Sentencia del 2 de julio de 2013*. Magistrado Ponente: Jorge Julio Pretelt Chaljub. Sentencia T-398.
- Corte Constitucional. *Sentencia del 12 de septiembre de 2013*. Magistrado Ponente: Nelson Pinilla Pinilla. Sentencia T-631.
- Corte Constitucional. *Sentencia del 21 de septiembre de 2015*. Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio. Sentencia T-606.
- Corte Constitucional. *Sentencia del 30 de septiembre de 2015*. Magistrado Ponente: Alberto Rojas Ríos. Sentencia C-623.
- Corte Constitucional. *Sentencia del 14 de julio de 2016*. Magistrado Ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Sentencia T-375.
- Corte Constitucional. *Sentencia del 8 de febrero de 2017*. Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva. C-077.
- Corte Constitucional. *Sentencia del 7 de diciembre de 2017*. Magistrado Ponente: Carlos Bernal Pulido. Sentencia T-716.

Corte Constitucional. *Sentencia del 23 de abril de 2018*. Magistrado Ponente: José Fernando Reyes Cuartas. Sentencia T-143.

Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia del 30 de agosto de 2018*. Magistrado Ponente: José Fernando Reyes Cuartas. Sentencia T-352.

Corte Constitucional. *Sentencia del 19 de mayo de 2021*. Magistrada Ponente: Cristina Pardo Schlesinger. Sentencia T-144.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Omega Spielballen-und Automatenaufstellungs-GmbH vs. Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn, Sentencia del 14 de octubre de 2004, C-36/02, EU:C:2004:614.

La huella del razonamiento jurídico-social

The footprint of legal-social reasoning

L’empreinte du raisonnement juridique-social

Carlos Ortega-Laurel

 <https://orcid.org/0000-0001-6072-8480>

Universidad Autónoma Metropolitana. México

Correo electrónico: c.ortega@correo.ler.uam.mx

Víctor Amaury Simental Franco

 <https://orcid.org/0000-0001-8720-9787>

Universidad del Valle de México. México

Correo electrónico: simental_franco@yahoo.com.mx

Recepción: 5 de junio de 2023

Aceptación: 7 de marzo de 2024

DOI: <https://doi.org/10.22201/ij.24487899e.2024.39.18241>

RESUMEN: Una huella de razonamiento jurídico-social puede ser considerada como una señal, esto es, como un modelo de las características-signo de la señal razonamiento jurídico-social, que son únicas del pensamiento para cada individuo en una determinada sociedad, mismas que son propias y únicas de quien formuló dicho razonamiento jurídico-social-social. Esto significa que, al igual que otros datos métricos, en que se caracterizan los rasgos a través de un modelo, es posible plantear la hipótesis sobre qué: “se puede considerar al razonamiento jurídico-social como un métrico que permita caracterizarle a través de sus rasgos, que bien puede utilizar el aprendizaje automático, esto es, los automatismos, para ayudar al orden jurídico a determinar los perfiles y las identidades de los razonamientos de los actuantes”.

Palabras clave: huella, señales, razonamiento, jurídico, aprendizaje.

ABSTRACT: A footprint of legal reasoning is proposed to be considered as a sign, that is, as a model of the sign-characteristics of the legal reasoning signal, which are unique to the reasoning of an individual, proper to the reasoning, and unique to the person who formulated said legal reasoning, that is, like other metric data, in which the features are characterized through a model, the hypothesis is raised that legal reasoning can be considered as a metric that allows characterizing it through its features, which may well use automatic learning, that is, automatism, to help the legal order to determine the profiles and identities of the reasoning of the actors. All of the above considering that legal reasoning is not what was reasoned but what is remembered from said reasoning, the footprint of legal reasoning.

Keywords: footprint, signs, reasoning, legal, learning.

RÉSUMÉ: Une trace de raisonnement juridico-social peut être considérée comme un signal, c'est-à-dire comme un modèle du signe caractéristique du signal de raisonnement juridico-social, qui sont uniques au raisonnement de chaque individu dans une société donnée, qui sont propres au raisonnement et uniques à celui qui a formulé ledit raisonnement juridique-social. Cela signifie que, comme d'autres données métriques, dans lesquelles les traits sont caractérisés à travers un modèle, il est possible d'émettre l'hypothèse que: «le raisonnement juridico-social peut être considéré comme une métrique qui permet de le caractériser à travers ses caractéristiques, qui peuvent bien utiliser l'apprentissage automatique, c'est-à-dire les automatismes, pour aider l'ordre juridique à déterminer les profils et les identités du raisonnement des acteurs». Tout cela en considérant que le raisonnement juridico-social n'est pas ce qui a été raisonné mais ce que l'on retient dudit raisonnement, c'est-à-dire la trace du raisonnement juridico-social.

Mots-clés: empreinte, signaux, raisonnement, juridique, apprentissage.

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Consideraciones generales.* III. *Un procedimiento de automatismo para la huella del razonamiento jurídico-social propuesta.* IV. *Algunas cuestiones importantes para tener en cuenta.* V. *Sobre la viabilidad y usos.* VI. *Consideraciones finales.* VII. *Bibliografía.*

I. Introducción

En este trabajo de investigación se plantea como hipótesis de trabajo el que es posible considerar al razonamiento jurídico-social como “un intangible”, medible a través del establecimiento de la métrica pertinente. Para dicho fin se propone y define la “huella del razonamiento jurídico-social”.

Además, se dispone que esta huella puede ser aprovechable vía un piloto de automatismo de la traza del razonamiento jurídico-social. Especificado a través del modelo, mismo que se presume y acomoda posible, para caracterizar y describir el razonamiento jurídico-social, a través de los rasgos asequibles, y al mismo tiempo analizables, del razonamiento como si fuera una huella-señal exacta.

Así, de la propuesta, sobre que el razonamiento jurídico-social puede ser considerado como una huella-señal, se bosqueja el camino, para complementar a los análisis clásicos del razonamiento, que han buscado la exploración del razonamiento a través de métodos y técnicas clásicas jurídicas del derecho, de las ciencias sociales y las humanidades.¹ Ya que, por ejemplo, un problema particular, con uno de los enfoques, como lo es el histórico, es que a menudo se considera al razonamiento jurídico-social sólo como descriptivo, esto es, puramente cualitativo o con matices cuantitativos en donde los balances son en términos de cuentas, y no son en términos de métricas. Sin embargo, con el análisis, por ejemplo, de la historia como señal, este puede decirnos cuál ha sido la huella del razonamiento jurídico-social, métrica-descriptivamente hablando de manera cuantitativa, esto es, que puede informarnos sobre cuál fue, es y en un momento determinado debería ser (el razonamiento jurídico-social), analizando todo en términos cuantitativos, haciendo las descripciones de lo que se arroja por la métrica, pero no puramente cualitativos y (si acaso) con recuentos clasificables —en el mejor de los escenarios—.

Así se aporta con el presente modelo, que se permita poder tener y obtener beneficios de las características observables del mismo fenómeno, pero ahora desde la perspectiva como signo de lo que representa la huella, como señales del razonamiento jurídico-social, operacionales

¹ Da Costa, Newton y Vernengo, Roberto, “Sobre algunas lógicas paraclásicas y el análisis del razonamiento jurídico-social”, *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, núm. 19, 1996, pp. 183-200; Garate, Rubén, “El razonamiento jurídico-social”, *Derecho y Ciencias Sociales*, La Plata, núm. 1, 2009, pp. 194-215; Anaya, Roberto, “El programa de Educación en Valores y su relación con el razonamiento moral, ideología educativa y liderazgo del Centro Docente”, *Nóesis. Revista de Ciencias Sociales*, México, nueva serie, vol. 22, núm. 44, agosto-diciembre de 2013, pp. 90-119.

y de manera sistémica. Lo anterior porque las trazas-huellas de los razonamientos jurídicos, son únicas del razonamiento de todo individuo, propias del proceso de razonamiento y, además, compartidas, aunque aisladas e inclusive abandonadas, entre quienes formulan los razonamientos jurídicos o razonamientos legales, en los entramados del andamiaje judicial.

II. Consideraciones generales

En todos los contextos y actividades o quehaceres de la humanidad, existe el razonamiento, talante de fondo que da sentido a la actividad, sea ésta empírica, técnica o profesional, siempre hay un razonamiento que la sustenta, la que se precia de ser al momento: la única respuesta correcta,² no siendo por tanto la excepción, la actividad jurídica con el razonamiento jurídico-social o razonamiento legal.³ En otras palabras, la actividad de todo el entramado judicial, en que se lleva a cabo el ejercicio de la profesión judicial, necesariamente se emplea el razonamiento general, que al momento del ejercicio de la profesión específica se torna necesariamente, como razonamiento jurídico-social y conocimiento igualmente jurídico.⁴

En dicho contexto es factible ver al conocimiento jurídico, producto del razonamiento jurídico-social, como inclusive se puede suponer que la mayoría de los que ejercen alguno de los roles del poder judicial aparentemente lo hacen, esto es, el conocimiento jurídico como consistente

² Aarnio, Aulis, “La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico-social”, *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, núm. 8, 1990, pp. 23-38.

³ Aarnio, Aulis, “Reglas y principios en el razonamiento jurídico-social”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universida de da Coruña*, La Coruña, núm.4, 2000, pp. 593-602.

⁴ Finnis, John, *Derecho natural y razonamiento jurídico-social*, *Estudios de teoría del derecho natural*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2017, pp. 135-163; Arena, Federico *et al.*, *Razonamiento jurídico-social y Ciencias Cognitivas*, Bogotá, Universidad del Externado de Colombia, 2022.

de un conjunto de normas, reglas y principios,⁵ que dada la aplicación histórica de tales razonamientos jurídicos se han conformado como el conocimiento válido y necesariamente a aplicar,⁶ que se denota a través de las aludidas normas, reglas y principios, y por tanto se constituyen en el conocimiento jurídico que casi mandatorio y esencialmente hay que aplicar como razonamiento jurídico-social a todos los problemas en dicho orden.⁷

Pero ¿qué es el razonamiento jurídico-social? De lo anterior se puede inferir entonces que el razonamiento jurídico-social o razonamiento legal, es todo aquel razonamiento asociado a la aplicación de las normas, reglas y principios a problemas específicos, esto desde el punto de vista del ejercicio de la profesión,⁸ es una especie de “espacio”, el espacio del razonamiento jurídico-social o razonamiento legal, relativamente fácil de describir y definir en términos de normas, reglas y principios.⁹

Dicho esto, en la práctica jurídica, el razonamiento jurídico-social es el razonamiento y la lógica utilizados¹⁰ por los involucrados en los dife-

⁵ Garrido, Ricardo, “El interés superior del niño y el razonamiento jurídico-social”, *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, México, año VII, vol. 7, núm. 7, enero-diciembre de 2013, pp. 115-147. <https://doi.org/10.22201/ijj.24487937e.2013.7.8151>; León Ayarza, Manuel, *Estrategia metodológica basada en ABP para desarrollar el razonamiento jurídico-social de los estudiantes del primer ciclo de una universidad privada de Lima*, Lima, Universidad San Ignacio de Loyola, 2022; Miranda, Alejandro, “El principio del doble efecto y su relevancia en el razonamiento jurídico-social”, *Revista Chilena de Derecho*, Santiago de Chile, vol. 35, núm. 35, 2008, pp. 485-519.

⁶ Arango, Emiliano, “Derrotabilidad y razonamiento jurídico-social: sobre la (supuesta) necesidad de una lógica derrotable”, *Estudios de Derecho*, Medellín, segunda serie, año LXXII, vol. 72, núm. 159, enero-junio de 2015, pp. 215-247.

⁷ Pulido, Fabio, “Las normas jurídicas como razones protegidas y la exclusión de la moral”, *Revista Telemática de Filosofía del Derecho (RTFD)*, Madrid, año XXV, vol. 25, núm. 25, 2022, pp. 215-240; Perelman Chaim, *El razonamiento jurídico-social*, Maracaibo, Centro de Estudios de Filosofía del Derecho, LUZ-Facultad de Derecho, 1973.

⁸ Atria, Fernando, “Del derecho y el razonamiento jurídico-social”, *Doxa: Cuadernos De Filosofía Del Derecho*, Alicante, núm. 22, 1999, pp. 79-119, disponible en: <https://doxa.ua.es/issue/view/1999-n22>.

⁹ Prieto-Sanchis, Luis, *Sobre principios y normas: problemas del razonamiento jurídico-social*, Lima, Palestra Editores, 2017.

¹⁰ Peña Ayazo, Jairo Iván, “Lógica y razonamiento jurídico-social”, *Pensamiento Jurídico*, Bogotá, núm. 8, 1998. <https://revistas.unal.edu.co/index.php/peju/article/view/40338>

rentes roles del sistema judicial: legisladores, jueces, fiscales del ministerio público, abogados, y todos aquellos capaces de razonar en términos de las normas, reglas y principios, al desempeñar sus roles o funciones técnico-profesionales, para resolver, asesorar, justificar y/o comentar jurídica o legalmente, un problema general, una decisión, un texto o un caso concreto.¹¹

Por lo anterior, si bien es en términos de la profesionalización que se considera tener la competencia del razonamiento jurídico-social, esto no es excluyente, y algunas personas podrían ser capaces de tener la habilidad del razonamiento jurídico-social, sin ser profesionales del campo de lo jurídico, y de ello que inclusive se le puede trivializar y ver a tal razonamiento, como simplemente un razonamiento ordinario utilizado en un contexto jurídico o legal.¹²

Sin embargo, bien vale clarificar que, en un buen nivel, esto es, de alta habilitación o competencia para el razonamiento jurídico-social,¹³ se puede presumir que, de estar ahí, se está a otro nivel, en el que el razonamiento jurídico-social, e inclusive también la argumentación jurídica, pueden considerarse extremadamente complejos. Abonando, sin que se busque justificar, una razón para la referida complejidad, esta puede ser debida a que todo método y razonamiento en las ciencias en general, y ciencias sociales en lo particular, es extremadamente complejo —por

¹¹ Gallego, Javier, “La teoría «dworkiniana» del razonamiento jurídico-social de Jeremy Waldron: el eslabón ignorado”, *Isonomía*, México, núm. 50, 2019, pp. 6-48.

¹² Bayón, Juan “¿Por qué es derrotable el razonamiento jurídico-social?”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, núm. 24, 2001, pp. 35-62, disponible en: <https://doi.org/10.14198/DOXA2001.24.02>; Espinosa, Marcelo, “Derrotabilidad y razonamiento jurídico-social en disputa: reconstrucción y proyecciones del (no) debate Alexy-García Amado”, *Revista de Derecho (Valparaíso)*, Valparaíso, núm. 58, 2022, pp. 23-60.

¹³ Mayorga, José, “Algunas consideraciones liminares sobre la integración curricular de la investigación jurídica”, *Inter Sedes*, San José, año XXIV, vol. 24, núm. 49, enero-junio 2023, pp. 1-36; Ruiz, Josefa, “Entrevista con el profesor John Zeleznikow”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, Granada, núm. 57, 2023, pp. 265-277; Zaccaria, Giuseppe, “Justificación y razonamiento jurídico-social” en Medina Morales, Diego *et al.* (coords.), *Profesiones jurídicas y dinamismo del Derecho*, México, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 371-392.

simple y trivial que se pueda considerar para algunos—, no siendo la excepción el razonamiento jurídico-social.¹⁴

Ahora, si bien es posible la examinación jurídica del “intangible razonamiento jurídico-social” a través de métodos y técnicas clásicos jurídicos del derecho, de las ciencias sociales y las humanidades,¹⁵ en este trabajo se plantea bosquejar un modelo para hacer un análisis diferente, esto es, considerarle como si se tratase de una señal tal razonamiento, es decir, mapearle al campo de la ciencia de las señales, para con esto lograr conceptualizarle en el contexto de lo simbólico: de los signos, símbolos, figuras, y señales. Esto es, considerando el intangible y abstracto del “inmaterial razonamiento jurídico-social” como una forma característica, que por tanto se puede analizar, describir, caracterizar, especificar, definir e identificar a través de los artefactos de las señales, como definiciones que permitan conocerle, referirle y representarle a través de esta proposición, que para distinguirla, en este trabajo de investigación vamos a designarle como la huella del razonamiento jurídico-social.

Dicho lo anterior, ahora la pregunta lógica aquí es, qué es la huella del razonamiento jurídico-social. Es una realidad que todo ejercicio profesional, derivado del razonamiento en el campo específico, genera un razonamiento. Así los patrones de razonamiento en el contexto del ídem judicial son combinaciones de actos de raciocinio que ocurren durante la actividad profesional individual, y en grupos pequeños, de todos aquellos involucrados en los diferentes roles del sistema judicial, en aras del interés que se razone. Considerando entonces que existe el intangible y abstracto de todo el “intangible razonamiento jurídico-social”, y que en dicho universo, que puede inclusive ser el infinito de razonamiento jurídico-social,

¹⁴ De Páramo, Juan, “Razonamiento jurídico-social e interpretación constitucional”, *Revista española de Derecho constitucional*, Madrid, año VIII, vol. 8, núm. 22, enero-abril 1988, pp. 89-119.

¹⁵ Bobadilla, Stefani, *El síndrome de alienación parental en el razonamiento jurídico-social de las casaciones de La Corte Suprema*, Chachapoyas-Amazonas, Universidad Nacional Toribio Rodríguez de Mendoza de Amazonas, 2022; Castilla, Jaime, *El razonamiento jurídico-social en la toma de decisiones del funcionario público frente a la gobernabilidad en el estado peruano*, Lima, Universidad César Vallejo, 2023, disponible en: <https://hdl.handle.net/20.500.12692/106108>.

es decir, se incluye o forma parte del razonamiento utilizado por todos los profesionales involucrados, entonces es posible advertir que del universo, se toman algunos razonamientos, creándose entonces, y por tanto existe, una especie de huella, que es la que proponemos se respalde con la significación del concepto de señal, misma huella que al caracterizarla y describirla así, implica una representación del razonamiento que ocurre, durante un instante, un lapso, o inclusive durante un tiempo prolongado tendiente a infinito, que sin perder de vista la naturaleza del razonamiento que ocurre de un momento a otro, se puede entonces presumir que se consigue dar, o se está dando, seguimiento y trazabilidad a la huella del razonamiento jurídico-social, que en un momento determinado puede permitirnos dar seguimiento a la huella de cualquiera, por ser el razonamiento jurídico-social el razonamiento utilizado por aquellos involucrados en los diferentes roles del sistema judicial.

Ahora bien, entonces lo que se está construyendo es que el razonamiento jurídico-social de una persona involucrada en los roles del sistema judicial, puede verse como algo medible a través de un indicador, de una métrica “de razonamiento tipo, propio, inconfundible, característico, distintivo, representativo”, que genera patrones específicos que están relacionados con los razonamientos vertidos en las actuaciones de un profesional en el contexto de su muy particular, específico y concreto razonamiento jurídico-social.

Así, con el preparativo propuesto de la huella del razonamiento jurídico-social hacia las señales, entonces se puede usar como concepto la huella, ya sea de señal discreta o continua, digital o física, para analizar. Lo anterior para que, a partir de ésta se pueda obtener información, como pudiera ser: la forma en que usa el razonamiento, la frecuencia con que se usan determinados razonamientos, quién o quiénes procesan tales o cuales razonamientos, cuál es la recurrencia de un determinado razonamiento, entre muchos otros aspectos, datos e información que desde lo propuesto se pueden medir para hacer un perfil o perfiles del razonamiento jurídico-social.

Si bien hay algunos cruces del razonamiento jurídico-social con los rasgos de la argumentación jurídica,¹⁶ los indicadores que se propone de razonamiento tipo, propio, inconfundible, característico, distintivo, representativo, existen dentro del universo del razonamiento jurídico-social o razonamiento legal, y no fuera de éste como pudiera ser el caso de la argumentación jurídica, por tanto es de suponerse que se pueden utilizar en aplicaciones digitales o analógicas,¹⁷ para seguir y determinar quién es el que originó el razonamiento jurídico-social, esto es, quién es la persona o grupo de personas origen, todo en función de un conjunto de patrones creados a través de su huella, porque de hecho, dicha huella puede advertir el cómo se comportan en términos de razonamiento jurídico-social, o cómo se han comportado en términos del histórico, en términos de la huella de razonamiento jurídico-social, como un método de reconocimiento métrico, del razonamiento jurídico-social o lo que es lo mismo, la métrica del razonamiento jurídico-social, que puede ayudar a construir un perfil, el perfil de la identidad en términos del razonamiento jurídico-social o razonamiento legal de una persona involucrada en las labores en que se requiere de dicho proceso dentro del poder judicial.

La métrica del razonamiento jurídico-social podría implementarse por ejemplo, en la mayoría de los sistemas judiciales modernos, que tienen plataformas digitales¹⁸ y que bien pueden dar cabida para analizar las características de sus razonamientos como si de una actuación, camino, proceder, comportamiento, procedimiento, conducta se tratase, que deja huella producto de la voluntad del razonamiento, pero en el fondo una

¹⁶ Buenaga, Óscar, *Metodología del razonamiento jurídico-social-práctico: elementos para una teoría objetiva de la argumentación jurídica*, Dykinson, 2016, pp. 1-288; Mory Arciniega, Eliana Carmen, *Sílabo de razonamiento y argumentación jurídica*, Huancayo, Universidad Continental, 2023.

¹⁷ Cáceres Nieto, Enrique, “La inteligencia artificial aplicada al derecho como una nueva rama de la teoría jurídica”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, Granada, núm. 57, 2023, pp. 63-89.

¹⁸ Peréañez, José, y Jiménez, Edier, “Aplicación de las tecnologías de la información y la comunicación (*Tics*) en el razonamiento jurídico-social en Colombia, mediante la tasación de la cuota de alimentos por Telederecho”, *Revista Ibérica de Sistemas e Tecnologías de Informação*, Rio Tinto, núm. 50, 2022, pp. 516-524.

huella involuntaria, como puede ser el desplazarse con un vaivén al andar, el tener un tic nervioso, apoyar en exceso el lápiz, o cualquier otra, característica distintiva, especial, que deje la marca o huella, el vestigio, la traza, el rastro, la pista, como métricas factibles de análisis de actuación o proceder del razonamiento jurídico-social o razonamiento legal.

Dado que visiblemente, el razonamiento y el conocimiento que emerge de los procesos de razonamiento jurídico-social, tanto del derecho, como de las ciencias sociales y de las humanidades en general, dependen meramente de lo que como comprensión y razón se ha alcanzado,¹⁹ produciendo esto los esquemas de inteligibilidad empleados, las definiciones adoptadas como ciertas y válidas, el inferencial de las técnicas de razonamiento aplicadas, el nivel de aplicabilidad, el horizonte de observación adoptado que da el cúmulo suficiente para conformarse como teoría.²⁰ También es visible la teoría que se ha puesto o está puesta en juego, además de las orientaciones paradigmáticas,²¹ que pueden en mucho converger o divergir, pero que en lo general informan los esquemas que se siguen y las técnicas del razonamiento jurídico-social o razonamiento legal que deben estar en la mira.²²

No se tiene duda de que el razonamiento jurídico-social está muy intrincado,²³ y si bien puede parecer sencillo darle trazabilidad por las aparentes reglas que existen,²⁴ tal vez por materia: civil, penal, administra-

¹⁹ Morales, Escobar, *Razonamiento jurídico-social del sistema sucesorio hereditario y análisis con la legislación comparada*, Cochabamba, Universidad Mayor de San Simón, 2022.

²⁰ Suárez-Rodríguez, Juan, “La determinatio en el proceso de adjudicación: una visión prudencial del razonamiento jurídico-social”, *Dikaion*, Chía, año XIX, vol. 19, núm. 2, 2010, pp. 373-398; Morondo Taramundi, Dolores, “Los estereotipos como mecanismos de desigualdad y alienación: un análisis desde el derecho antidiscriminatorio”, *Oñati Socio-Legal Series*, Madrid, vol. 13, núm. 3, 2023, pp. 710-729.

²¹ Pino, Giorgio, *Derechos e interpretación. Razonamiento jurídico-social en el Estado constitucional*, Bogotá, Universidad del Externado de Colombia, 2014.

²² MacCormick, Neil, *Retórica y Estado de Derecho: Una teoría del razonamiento jurídico-social*, trad. de José Ángel Gascón Salvador, Lima, Palestra Editores, 2017, t. V.

²³ MacCormick, Neil, *Razonamiento jurídico-social y teoría del derecho*, trad. de José Ángel Gascón Salvador, Lima, Palestra Editores, 2019, t. XIII.

²⁴ Rábanos, Julieta, “Dos enfoques (no) excluyentes acerca del razonamiento jurídico-

tiva, laboral, etcétera, por sobre (especulando) el razonamiento en, digamos: economía, política o sociología, dado que parecería ser una cuestión de aplicar las normas y verificar la aplicación de las reglas de la propia norma y/o los procedimientos a los hechos,²⁵ como positivamente el razonamiento jurídico-social válido apuntare, dado que se advierte de lo enmarañado, se debe evitar la simplicidad de esa postura, y se debe por tanto estimar la propuesta de esta métrica activa como coadyuvante en aras de comprender el armazón, andamiaje, entramado, esqueleto, bastidor real del razonamiento jurídico-social de todo el ámbito judicial.

Finalmente, también vale asentar, como parte de estas consideraciones generales, que el razonamiento jurídico-social, del que se le alude con la huella, es al que estrictamente hablando, debe de distinguírsele de la argumentación jurídica, esto es, la huella es del razonamiento jurídico-social o del razonamiento legal, no así de la argumentación jurídica, que inclusive pudiera ser objeto de investigación, pero eso se planteará en otro momento, aquí sólo se precia el razonamiento jurídico-social, por sobre la argumentación jurídica. Esto es así porque la teleología del razonamiento pretende usar el andamiaje construido y a través de tal conseguir el objetivo de llegar, y justificar, una determinada decisión, en tanto que, la argumentación jurídica claramente lo que tiene como fin, en todo momento, esto es, al inicio, durante y al fin del procedimiento, es decir siempre, e inclusive eternamente: pretender convencer al auditorio.²⁶

III. Un procedimiento de automatismo para la huella del razonamiento jurídico-social propuesta

social¹⁷, en Arena, Federico José *et al.* (eds.), *El encanto del método. Diálogos latinoamericanos con Paolo Comanducci*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2022, pp. 259-288.

²⁵ Rodríguez, Roger, *Razonamiento jurídico-social y Estado Constitucional: Una teoría sobre la derrotabilidad jurídica*, Lima, Palestra Editores, 2022.

²⁶ Simental, Víctor, *Argumentación jurídica, deontología y práctica*, México, Porrúa, 2020.

Un procedimiento de automatismo para “la huella del razonamiento jurídico-social” debe de capturar el razonamiento de manera sistemática. En este sentido, el automatismo debe de ser provisto de una entrada, a través de la cual han de ser suministrados los razonamientos jurídicos de los muchos involucrados en los diferentes roles del sistema judicial: legisladores, jueces, fiscales del ministerio público, abogados, y todos aquellos capaces de razonar en términos jurídicos, es decir, quienes utilizan el razonamiento jurídico-social o razonamiento legal.

El automatismo operará a través de un procedimiento de automatización, el cual deberá tener por función medir, una a una las capturas del razonamiento, para que de las que se denote que son exclusivas se logre crear plantillas únicas, que serán los datos o trazas de datos, que habrán de fungir como la referencia, que se ha de cruzar respecto de otros patrones o plantillas a través de operaciones de correlación o convolución de señales, tanto las de referencia, como las que están en curso, que coexistirán como el punto de datos terminante para usos presentes o futuros.

Las características del razonamiento jurídico-social que se medirán y capturarán, a través de lo que se puede llamar como los sensores del automatismo, se convertirán y almacenarán como datos, en el procedimiento de automatismo implementado en la tecnología que se ponga en operación, ya sea de manera interna o sobre una plataforma. Todo esto durante la fase, en primera instancia de calibración, y una vez calibrado, en la etapa que se le puede definir como de aprendizaje permanente y de ejecución del procedimiento de automatismo.

A partir de ahí, los sensores del razonamiento jurídico-social compararán cualquier entrada nueva, es decir, cualquier razonamiento jurídico-social puesto en uso, como una “clave” potencial nuevo versus las cadenas de datos previamente derivadas en el “cerramiento o criba del razonamiento jurídico-social”. De ser detectada una nueva huella, únicamente ésta se incorporará al automatismo. Por lo que hace a las coincidentes, únicamente se les considerará como parte de las estadísticas.

Así, sólo los datos huella del razonamiento jurídico-social coincidentes, proporcionados como razonamientos jurídicos válidos concurrentes, ya sea en sus características de razonamiento o de comportamiento, confirmarán la identificación, coincidencia, equivalencia, paralelismo o consonancia de un razonamiento y despejarán sobre tal, el uso o características del razonamiento o el perfilamiento de a quién le sirve.

En dicho contexto del automatismo propuesto, de lo que se tiene necesidad, por tanto, es el seguimiento que se hará a través de huellas como señales, que son los grupos de patrones que se explorarán.

Así es posible crear un primer grupo de patrones, que se les puede denominar como la primera categoría de razonamientos jurídicos y que puede proporcionar un marco para entender, por ejemplo, cómo es que se logra hacer un argumento coherente u otro parámetro de interés.

Un segundo grupo de patrones de interés, que pudiera ser distinto, bien se puede denominar tramas de razonamiento generales, que identifique y dé cuenta de estrategias generales que se perciban son puestas en uso, en la construcción y elaboración de los razonamientos jurídicos que se cursen en casos determinados.

Un tercer grupo puede denominarse e identificarse como de razonamientos jurídicos especiales, que tendrían por fin identificar las estrategias para elaborar razonamientos especiales, esto es, específicos de casos de naturaleza especialmente visible, inclusive mediáticos, para ubicarlos y trabajar a través del automatismo, de manera separada y no como parte del todo, porque seguramente son razonamientos jurídicos, que a través del seguimiento a su huella, arrojarán otros datos que si se les procesará en el contexto del todo.

Un cuarto grupo puede ser el conjunto de los razonamientos impensados, que puede ser visto como un grupo fuera de lo común, pero por demás especial, porque puede permitir dar seguimiento a lo no razonado, ya sea premeditada o no premeditadamente, pero que deja huella, ya sea positiva o negativamente, para los fines del razonamiento jurídico-social en general, pese a que su condición genera aprendizaje en el contexto del razonamiento jurídico-social.

IV. Algunas cuestiones importantes para tener en cuenta

Los patrones de razonamiento, que se pueden avizorar se verán a través de la huella del razonamiento jurídico-social, ciertamente son combinaciones de actos de razonamiento, de los involucrados en el andamiaje judicial, que ocurren durante la actividad que se realiza, será en su movimiento en el contexto del andamiaje en que es operante el razonamiento y ahí se deja la huella individual, que llevada al contexto propuesto de las señales, en donde puede inclusive considerarse como una señal matemática individual y/o de grupos pequeños o me-

dianos, o del grueso en el caso de razonamientos bien establecidos y por todos aceptados.

Describirlos a través de la huella propuesta, implica una representación del razonamiento; mismo que ocurre, que puede mantenerse y considerarse estable durante un tiempo prolongado, mientras permanezca vigente, sin que deba necesariamente perderse de vista la naturaleza del razonamiento jurídico-social, que a veces parece mantenerse estático, pero que otras veces parece que evoluciona, tal vez no al paso de lo esperado, pero que si necesariamente avanza, porque la evolución del razonamiento jurídico-social, y la huella que el mismo describe y plasma, puede y ciertamente debe ocurrir, de un momento a otro, tal como aceleradamente evolucionan las sociedades en las que se les da y encuentra contexto a todo razonamiento jurídico-social vigente.

Así, uno de los grandes beneficios que consigue aportar el dar seguimiento, perfilar, estudiar y analizar “la huella” propuesta del razonamiento jurídico-social, la que denota “el intangible” del razonamiento, es evidenciar “el detrás de”, es que con esto es alcanzable, además de factible y viable, conquistar conocimiento a través de los patrones que permitan visibilizar la huella, ya sea de propios, de otros, e inclusive de algunos que probablemente no se han notado y explorado a través de diversos métodos y técnicas. Este puede ser el gran aporte de “la huella”, porque de ser visto el razonamiento jurídico-social así, estamos dialogando sobre una señal en su más amplia expresión.

Con el uso de la huella, en lugar de buscar abrir camino a través del bosque del razonamiento jurídico-social, con la propuesta, se contaría o se tendría la posibilidad (mirándolo como la huella-símbolo), de un mapa del razonamiento jurídico-social de manera holística, que, como todo mapa, puede permitir visualizar y elegir, el optar por ir por senderos trillados, o atajos alternos, sendas novedosos, o la combinación de todos los anteriores. Porque en el fondo de la identificación del razonamiento se busca que cualquiera de los senderos que sigue este, se dirija el esfuerzo o identifique la guía, que lleve a donde existe la necesidad de precisar el razonamiento jurídico-social.

Vale hacer mención que ciertamente, con el uso de la huella, no es posible pensar que se puede o deben simplemente levantarse los patrones que estructuran los razonamientos, más bien, se debe buscar conocer el rasgo característico, la esencia del razonamiento jurídico-social, que vive en la disciplina jurídica y no en otras disciplinas.

Aunque se visualice la posibilidad de símiles de la huella del razonamiento y se pueda concebir el trasladarlos a otros campos, esencialmente porque cada campo constituye, compone y forma su propia ciencia, el razonamiento jurídico-social es muy específico y su huella también lo es. Está claro que hay grandes y sustanciales diferencias entre el razonamiento jurídico-social ante los tribunales, respecto del razonamiento de un altercado científico ante las instancias administrativas universitarias que se erigen como tribunales universitarios, o el razonamiento con tintes jurídicos para un debate de política nacional y/o el trabajo de razonamiento jurídico-social que se hace con datos en el entorno de formación, capacitación y por tanto inclusive del ejercicio profesional. Muy a la postre de que todos son razonamientos jurídicos, cada campo específico de aplicación forma lo propio sin que se aisle del todo para particularizarse al extremo. En cambio, sí es posible tomar las ideas fundamentales del razonamiento jurídico-social como de patrones, de los diversos campos, e inclusive tal vez estos contrastarles con huellas de otros campos y moldearlos, todo para que, de ser necesario, se convengan, a las diferentes necesidades, propias o impropias, e inclusive fundamentales, del razonamiento jurídico-social.

La plantilla o patrón o la huella del razonamiento, o el “intangible del razonamiento” como la métrica que exponemos y llamamos en esta propuesta de trabajo, no es la efigie perfecta o totalmente completa o infinitamente integra, o la que pudiera concebirse como la máxima, sino la última con todos sus rasgos eternos que la caractericen, y es así, en términos de sus rasgos, porque otro supuesto sería inmanejable. Estamos hablando entonces claramente de la huella, esto es, sino el todo al detalle, más bien sí lo que representa la esencia, el código resumen o huella que se genera, que describe las características métricas del razonamiento, en el “cerco”; ello dentro del contexto de la tecnología métrica específica que se busque implementar en un momento determinado.

Si se aprecia, lo que se describe es la huella del razonamiento jurídico-social analítica, porque estamos hablando que serán datos que se componen de códigos, que recompuestos conformarán la huella jurídica del razonamiento, que alguien proporcionó en el andamiaje judicial como razonamiento válido. En una idea sistémica, se requiere de un ente que haga el patronaje, que genere la plantilla con “métricas”, que se habrán de tasar y obtener entre cotas, en un contexto estable, después de escanear el razonamiento al que bien podemos introducir como el gobierno del razonamiento jurídico-social, el que captaría, almacenaría y en un momento determinado de requerirse, mostraría las secuencia de código

que conforman las huellas del razonamiento, en lugar de un retrato o representación —en términos de señales ya sea unidimensionales o bidimensionales o tridimensionales o cualquier otra—, desarrolladas de las huellas de los razonamientos de las actuaciones, que hacen las veces de la escritura que caracteriza o perfila a un determinado actor o involucrado en el andamiaje judicial.

Así, está claro que hay necesidad y se habrá de tener: una lógica de inscripción, de almacenamiento y un régimen que gobierne, esto para que cada vez que se escanea una entrada, un potenciable razonamiento, al que hay que establecerle una métrica en el régimen como una “plantilla” o anagrama, para contemplarle y considerarle una vez definido su uso y/o dirección, se cuente con la información métrica que es la que se comparará y medirá mediante los datos, que se describen en la plantilla o patrón “del razonamiento”.

Si el corchete del razonamiento jurídico-social, al pasarle o contrastar o correlacionar o convulsionar versus la métrica del razonamiento, coincide con alguno de los existentes, no se le considera en la estadística histórica, sino el régimen de la gobernanza que se desbloquearía ante dicha instancia determinada, como si se tratase de abrir una vista para su incorporación al cúmulo de razonamientos, para que se le considere su patrón o huella, y en tal contexto se le acumule —previo un procedimiento convalidado que dé certeza a lo que se adicione a través de este mecanismo—. Ahora que si transcurrido lo anterior, la clave métrica no encaja en términos de lo que se considere un razonamiento jurídico-social o razonamiento legal válido, se deniega la incorporación de dicho razonamiento al cúmulo de los patrones.

Otra de las ventajas de lo propuesto, radica en que la validación métrica del razonamiento jurídico-social se realiza a través de una especie de “cribas o bloques” o plantillas o patrones de razonamiento, que no son copias o imágenes completas de todos los datos métricos que proporciona un argumento, sino que sólo son los arquetipos que permiten identificarle como tal o cual razonamiento.

Ahora bien, respecto a la seguridad jurídica, si en un momento determinado se pudiera entrar en la base de “razonamientos” métricos jurídicos para manipularla o cualesquiera otra situación, dicho hipotético no atentaría en contra de la seguridad jurídica, esto porque si bien se tendría acceso repentino a fichas, filiaciones, identificaciones, antecedentes o perfiles o patrones que pudiera considerarse como confidenciales de las métricas jurídicas de las personas, o de los juzgados y/o juzgadores, o de todo el andamiaje judicial, no menos

cierto es que son sólo huellas. De hecho tampoco tendría la capacidad de desbloquear repentinamente y conocer todos los mapas, como sí de información útil procesada se tratare, de tal suerte que su extracción pudiera explotar toda la información de los potenciales servicios construidos en el contexto del activo razonamiento jurídico-social o razonamiento legal, que usen la métrica del corchete de razonamiento con su característico “perfil/combinación”, ya que los regímenes establecidos dentro del gobierno, en ningún caso contendrían ni lógica ni físicamente al todo del razonamiento, sino únicamente las características o rasgos métricos de los razonamiento jurídico-sociales válidos, las huellas del razonamiento.

V. Sobre la viabilidad y usos

Se considera que una forma, que puede ser poderosa, para organizar la huella del razonamiento jurídico-social, es no clasificar todo el razonamiento, porque esto puede ser totalmente inviable, sino en su lugar clasificar cada punto de quiebre del razonamiento jurídico-social, esto sólo en el razonamiento en actuación, como punto de inflexión referente meritorio de análisis a través de huellas.

Un punto de inflexión del razonamiento jurídico-social, de análisis para las huellas, es la parte de una cuestión razonada en la que la propia audiencia retrocede, donde los interesados claramente retroceden, porque es el punto en el que verdaderamente se necesita identificar qué está pasando, y por tanto se requiere catalogar, identificar y exteriorizar el razonamiento jurídico-social como métrica, del que vale construir la huella, para captar u ocupar algún patrón digno de ser considerado en la base de razonamientos, que comunica a la audiencia escrupulosa lo que es y debe de ser la métrica de dicho patrón o punto de contraste o inflexión de los razonamientos jurídicos.

De hecho, respecto de los anteriores puntos de quiebre, generalmente todos los razonamientos echan mano de ellos, tal vez con excepción de los más triviales, pero de no estar dentro de este grupo, todos los razonamientos jurídicos, hacen o buscan hacer la convergencia con al menos un punto de estos razonamientos, que por catalogarlos bien puede referírseles como referentes, y que son sobre los que generalmente versan todas las audiencias del entramado judicial, y sobre los que jamás se mostrarán legítimamente escépticos o recelosos porque

está latente y es *ipso facto* que se identifica el linaje de la huella del razonamiento a la que pertenecen.

Tales razonamientos jurídicos son los que alcanzan a clasificarse, y en un momento determinado debieran ciertamente de archivar a través de las huellas, y dicha clasificación es la que dice y advierte los mapas del razonamiento jurídico-social, que, si bien no dictan el quehacer, si son los que pueden dar luz y visibilidad del seguir, del hacer a continuación de tal o cual acción, porque permiten concebir que hay en el bosque del razonamiento.

Una vez que se identifica el tipo de razonamiento jurídico-social que hay que clasificar, y por el que hay y se está planteando la huella para resolver, es posible visibilizar ciertos problemas que se deberán atender, porque surgen naturalmente, como lo es el sistema de clasificación para los razonamientos jurídicos, lo que bien puede ser tema de otra investigación con la profundidad pertinente.

Así asumiendo que existe una clasificación, ya que se ha clasificado qué tipo de cosa o razonamiento jurídico-social es el que está en el intangible del razonamiento, también hay que considerar que existen subdemandas de las actuaciones de los involucrados en el andamiaje judicial, específicas, las que igualmente pueden ser origen de nuevas huellas, que potencialmente se pueden señalar, mismas que hay que incorporar al régimen propuesto, para considerárseles como parte de la propuesta, para que en la misma esté la entramada del todo.

Es una realidad que, en la audiencia, los interesados en el andamiaje judicial, ya distinguen, entienden y son capaces de opinar sobre ciertos problemas de acciones derivados del razonamiento jurídico-social, esto es así porque de hecho al existir el examen jurídico del “intangible razonamiento jurídico-social” a través de métodos y técnicas clásicos del derecho, de las ciencias sociales y las humanidades, a la cuestión que se le ha buscado atender. Sin embargo, no bajo los conceptos que aquí se propone de la huella del razonamiento jurídico-social, entonces no se puede ignorarles con toda seguridad, ni ser vistos de manera clásica o como las huellas que se propone.

Se considera que los problemas de acción, al verse los razonamientos como huellas, simplifican enormemente el proceso de hacer un razonamiento coherente, toda vez que al contar con un mapa, construido con base en las huellas, se tiene visibilidad en el contexto del todo, redundando esto en que también podemos usar cualquiera de estos patrones de razonamiento de la mejor manera posible.

Alternativamente, dado que se aprecia que la huella del razonamiento creada es una técnica flexible, en el sentido contrapuesto, se puede advertir que si la huella tiene cabida en forma positiva, también la debiera tener en forma negativa. Ciertamente cada mapa o lista de razonamiento jurídico-sociales, que pueden ser visualizados como emisiones de acciones, también a través de ellos, como si se formara una lista contraria, se puede constituir una lista natural de refutaciones, en el caso de que se quiera razonar en contra de una cuestión jurídica, práctica jurídica, política o un razonamiento o juicio de valor específico. Sin embargo, como condición del propio régimen de gobierno del razonamiento jurídico-social, se puede establecer como principio no erigirse o crear mapa alguno en dicha dirección, con lo que se mitiga el habilitar con dicho fin esta situación, que pudiera inclusive considerársele problemática.

Sobre la viabilidad también vale hacer mención de que, a pesar del aumento de la capacidad de análisis del razonamiento jurídico-social, la eficiencia y la conveniencia, sobre los métodos y técnicas clásicos jurídicos del derecho, de las ciencias sociales y las humanidades, el régimen de métricas aquí definido y sus usos en la tecnología moderna y las aplicaciones, también tiene desventajas a sortear para su viabilidad siendo las siguientes:

- a) Los costos: se necesita una inversión significativa en el cómputo para la generación de las métricas, su procesamiento y la seguridad ya advertida.
- b) Contravenciones de datos: las bases de métricas de huellas del razonamiento debieran ser lo más amplias posible, inclusive universales, que concentren todo y que den resultados en el contexto del todo, lo que puede ser complejo de manejar, por decir lo menos, sino es que inclusive aún puede ser considerado, con las capacidades actuales de cómputo, aún inmanejable.
- c) Seguimiento y datos: los dispositivos tecnológicos en que tenga cabida la implementación del régimen métrico de la huella del razonamiento planteado, como el régimen de reconocimiento basado en tecnologías como lo puede ser el internet de las cosas (IoT) u otras, pueden limitar la capacidad de certeza en contextos como el de la huella del razonamiento, en que es imperativo el seguimiento y la calidad de los datos, a la postre de privilegiar su uso masivo y la posibilidad de que accedan un mayor número de usuarios, que si bien es valioso, no es la prioridad por sobre lo que si lo es, la claridad de las huellas y el seguimiento y datos que se pueda aportar de tales para beneficio del propio razonamiento jurídico-social.

- d) Sesgo: el aprendizaje automático, procedimiento de automatismo y los algoritmos para la huella del razonamiento jurídico-social propuesta, deben ser avanzados, inclusive capaces de minimizar el sesgo demográfico, métrico o de razonamientos genéricos.
- e) Falsos positivos e inexactitudes: los falsos rechazos y las falsas aceptaciones de la huella del razonamiento jurídico-social, está claro que pueden ocurrir, si bien impidiendo que actores del andamiaje judicial, o inclusive usuarios en el contexto de lo general, no consigan lo que esperan cuando sean parte del régimen, no obstante, incorporándole un mecanismo de depuración, basado en aprendizaje o lógicas de sistemas expertos o redes neuronales artificiales, harán que el régimen se consolide, máxime que igualmente para las inexactitudes, cuerpos de auditoría seleccionados pueden lograr acceder a la sustancia de las métricas del razonamiento jurídico-social y realizar los ajustes que se considere pertinente hacer.

VI. Consideraciones finales

El buscar dar trazabilidad, crear perfiles y desplegar patrones de razonamiento jurídico-social, a través de la huella propuesta, hace que sea viable el análisis del razonamiento que se encuentra no sólo en el contexto jurídico, sino que se le puede ubicar en una gran variedad de contextos.

Es una realidad que los profesionales del orden jurídico y los interesados, que se les puede considerar como el público de la sociedad que por causas diversas se involucra, identifica, descifra y/o propone soluciones de multiplicidad de temas nuevos o controvertidos a través del razonamiento jurídico-social, al que se debe procurar conocer su huella.

Si bien es cierto que los temas, el vocabulario, y las particularidades del razonamiento jurídico-social pueden requerir conocimiento y pericia específica en el campo —que inclusive puede, de desearse, adquirirse técnicamente a través de adiestramiento especializado en la materia de que se trate—, no menos cierto es que los patrones de razonamiento jurídico-sociales, utilizados por los defensores, los juzgadores, los investigadores y los actores en general del andamiaje jurídico, reflejan formas de razonamiento que se encuentran en la sociedad en general y que pueden dar cuenta de la intencionalidad del razonamiento jurídico-social, tanto en la actualidad como en cualesquiera de las épocas que se tenga

documentada a través de la huella del razonamiento y su consideración como se propone, esto es, como señal.

Las elecciones que hacen los involucrados en los diferentes roles del sistema judicial: legisladores, jueces, fiscales del ministerio público, abogados, y todos aquellos capaces de razonar en términos de las normas, reglas y principios, al desempeñar sus roles o funciones técnico-profesionales, en las que se les puede considerar como los operadores, ciertamente en términos de sus convicciones, creencias y afirmaciones a menudo afectan los tipos de evidencia, axiomas y realidades que se propone usar para construir la cepa o fundamentación de la huella del razonamiento jurídico-social, esto es, la esencia del razonamiento que en el inicio se debe cuidar sea del mejor linaje -para que cuente con el mejor de los mejores soportes-.

Ahora bien, a través de la huella propuesta, se considera que se abonará a prestar atención a la construcción de razonamientos jurídicos, e inclusive a los modos culturales dominantes de razonamiento jurídico-social en una determinada geografía. Esto porque no se tiene duda que puede ayudar a ampliar la comprensión del razonamiento jurídico-social contundente, en los diferentes contextos en que éste se materializa y esté plasmada su huella.

Aunque los estudiosos del razonamiento jurídico-social han estado atentos a los patrones de razonamiento, esto durante siglos, a través del examen jurídico del “intangible razonamiento jurídico-social” vía métodos y técnicas clásicos jurídicos del derecho, de las ciencias sociales y las humanidades, siendo el razonamiento jurídico-social deductivo e inductivo los patrones más estudiados, el planteamiento de que a través de señales se dé seguimiento a la huella del razonamiento jurídico-social, introduce diversidad de posibilidades más allá de lo deductivo e inductivo, inclusive hacia el futuro en el que se avizora el uso de tecnologías avanzadas, implícitamente las de inteligencia artificial u otras que puedan surgir cuya base sea la algoritmia matemática.

La huella del razonamiento jurídico-social puede también aportar en la esfera de la aplicación, concretamente en la elección del razonamiento legal, que puede ir de la generalización al caso específico o del caso específico a la generalización, visto como perspectivas complementarias, y no como a menudo se les pretende en el razonamiento jurídico-social, esto es, como excluyentes.

Dado que tanto los modos deductivos como los inductivos de razonamiento jurídico-social se basan en razonamientos implícitos, explícitos y afectivos lega-

les y/o jurídicos, la huella puede dar trazabilidad y perfilar estos sin dificultad alguna.

Vale hacer mención que mientras que el estudio tradicional del razonamiento jurídico-social, se centra en la elección individual de un patrón o patrones de razonamiento, para representar una afirmación, esto porque es lo viable con técnicas clásicas del derecho, de las ciencias sociales y las humanidades, con el uso de la propuesta de huella, esto se puede escalar, esto es, hacerlo crecer a dar atención al razonamiento jurídico-social ya no sólo individual, sino inclusive al razonamiento deliberativo social en el campo de la actuación de lo jurídico o legal.

Igualmente vale mencionar que el estudio del razonamiento deliberativo social (el legal y oficial), bien puede permitir realizar investigación y estudiar el razonamiento para rastrear patrones de argumentación jurídica, que pueden no sólo cuestiones de carácter jurídico o legal, sino también explicar decisiones políticas, sociales, económicas, tecnológicas u otras asociadas, que pueden, en algunos casos, incluir o excluir algunas voces retóricas, sobre todo en las controversias jurídicas que versan sobre cuestiones de carácter público, pero que como parte de su sustanciación están incluidos los asuntos del razonamiento jurídico-social e inclusive lo que opera en México, sobre lo que se denomina como el bienestar.

A este tenor de ideas, ahora que sabe qué es lo que se está proponiendo como la huella del razonamiento, como métrica, se puede concebir que el razonamiento en general y el razonamiento jurídico-social empleado en lo particular pueden medirse a través de métricas como la huella del razonamiento jurídico-social, que se le propone asociar con una señal-métrica que es parte integral del panorama de la tecnología moderna y que si bien está muy extendida en cuanto a su uso tecnológico, pueden existir más formas, como la planteada en este trabajo, de las que los usuarios modernos entienden completamente y de ahí el valor de esta investigación.

Si bien el uso de los datos, las métricas y de la información sistematizada o automatizada, se está intensificando y adoptando en todos los aspectos de la vida moderna, surgen preguntas sobre la viabilidad, sobre la aplicabilidad y propiamente sobre los usos, tanto en contextos generales, como en contextos específicos como el del razonamiento jurídico-social, de los usuarios y potenciales clientelas, que son quienes suministran los insumos métricos, los datos, para el caso los de la argumentación jurídica. Siempre se debe de tener presente que

quienes están detrás, son las personas, los ciudadanos, las empresas y el Estado, esto es, los que usan, alimentan y dan vida a regímenes como el jurídico, en que puede cobrar vida la huella-señal, comprometiendo ellos sus datos-huellas con fines métrico jurídicos, que darán cuenta estadística, no necesariamente específicamente de ellos, sino de ellos en el colectivo que conforman, sin que esto se puedan cambiar, porque en un sistema se puede modificar o cambiar los datos volátiles de cuestiones como los datos de usuario y contraseña del control de acceso, no así la huella sistémica, como lo es la huella del razonamiento jurídico-social, y menos cuando a dicha huella se le da trazabilidad en ambientes como el del entorno digital.

VII. Bibliografía

- Aarnio, Aulis, “La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico-social”, *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, núm. 8, 1990.
- Aarnio, Aulis, “Reglas y principios en el razonamiento jurídico-social”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universida de da Coruña*, La Coruña, núm. 4, 2000, pp. 593-602.
- Anaya, Roberto, “El programa de Educación en Valores y su relación con el razonamiento moral, ideología educativa y liderazgo del Centro Docente”, *Nósis. Revista de Ciencias Sociales*, México, nueva serie, vol. 22, núm. 44, agosto-diciembre de 2013.
- Arango, Emiliano, “Derrotabilidad y razonamiento jurídico-social: sobre la (supuesta) necesidad de una lógica derrotable”, *Estudios de Derecho*, Medellín, segunda serie, año LXXII, vol. 72, núm. 159, enero-junio de 2015, pp. 215-247.
- Arena, Federico *et al.*, *Razonamiento jurídico-social y Ciencias Cognitivas*, Bogotá, Universidad del Externado de Colombia, 2022.
- Atria, Fernando, “Del derecho y el razonamiento jurídico-social”, *Doxa: Cuadernos de Filosofía Del Derecho*, Alicante, núm. 22, 1999, pp. 79-119. <https://doxa.ua.es/issue/view/1999-n22>

- Bayón, Juan, “¿Por qué es derrotable el razonamiento jurídico-social?”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, núm. 24, 2001, pp. 35-62. <https://doi.org/10.14198/DOXA2001.24.02>.
- Bobadilla, Stefani, *El síndrome de alienación parental en el razonamiento jurídico-social de las casaciones de La Corte Suprema*, Chachapoyas-Amazonas, Universidad Nacional Toribio Rodríguez de Mendoza de Amazonas, 2022.
- Buenaga, Óscar, *Metodología del razonamiento jurídico-social-práctico: elementos para una teoría objetiva de la argumentación jurídica*, Dykinson, 2016.
- Castilla, Jaime, *El razonamiento jurídico-social en la toma de decisiones del funcionario público frente a la gobernabilidad en el estado peruano*, Lima, Universidad César Vallejo, 2023. <https://hdl.handle.net/20.500.12692/106108>
- Da Costa, Newton y Vernengo, Roberto, “Sobre algunas lógicas paraclásicas y el análisis del razonamiento jurídico-social”, *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, núm. 19, 1996.
- De Páramo, Juan, “Razonamiento jurídico-social e interpretación constitucional”, *Revista Española de Derecho constitucional*, Madrid, año VIII, vol. 8, núm. 22, enero-abril 1988.
- Espinosa, Marcelo, “Derrotabilidad y razonamiento jurídico-social en disputa: reconstrucción y proyecciones del (no) debate Alexy-García Amado”, *Revista de derecho (Valparaíso)*, Valparaíso, núm. 58, 2022.
- Finnis, John, *Derecho natural y razonamiento jurídico-social*, *Estudios de teoría del derecho natural*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2017.
- Gallego, Javier, “La teoría “dworkiniana” del razonamiento jurídico-social de Jeremy Waldron: el eslabón ignorado”, *Isonomía*, México, núm. 50, 2019.
- Garate, Rubén, “El razonamiento jurídico-social”, *Derecho y Ciencias Sociales*, La Plata, núm. 1, 2009.
- Garrido, Ricardo, “El interés superior del niño y el razonamiento jurídico-social”, *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, México, año VII, vol. 7, núm. 7, enero-diciembre de 2013. <https://doi.org/10.22201/ij.24487937e.2013.7.8151>
- León Ayarza, Manuel, *Estrategia metodológica basada en ABP para desarrollar el razonamiento jurídico-social de los estudiantes del primer ciclo de una universidad privada de Lima*, Lima, Universidad San Ignacio de Loyola, 2022.

- MacCormick, Neil, *Razonamiento jurídico-social y teoría del derecho*, trad. de José Ángel Gascón Salvador, Lima, Palestra Editores, 2019.
- MacCormick, Neil, *Retórica y Estado de derecho: una teoría del razonamiento jurídico-social*, trad. de José Ángel Gascón Salvador, Lima, Palestra Editores, 2017.
- Mayorga, José, “Algunas consideraciones liminares sobre la integración curricular de la investigación jurídica”, *Inter Sedes*, San José, año XXIV, vol. 24, núm. 49, enero-junio 2023.
- Miranda, Alejandro, “El principio del doble efecto y su relevancia en el razonamiento jurídico-social”, *Revista chilena de derecho*, Santiago de Chile, vol. 35, núm. 35, 2008.
- Morales, Escobar, *Razonamiento jurídico-social del sistema sucesorio hereditario y análisis con la legislación comparada*, Cochabamba, Universidad Mayor de San Simón, 2022.
- Mory Arciniega, Eliana Carmen, *Sílabo de razonamiento y argumentación jurídica*, Huancayo, Universidad Continental, 2023.
- Nieto, Enrique, “La inteligencia artificial aplicada al derecho como una nueva rama de la teoría jurídica”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, Granada, núm. 57, 2023.
- Peña Ayazo, Jairo Iván, “Lógica y razonamiento jurídico-social”, *Pensamiento Jurídico*, Bogotá, núm. 8, 1998. <https://revistas.unal.edu.co/index.php/peju/article/view/40338>
- Peréañez, José, y Jiménez, Edier, “Aplicación de las tecnologías de la información y la comunicación (*Tics*) en el razonamiento jurídico-social en Colombia, mediante la tasación de la cuota de alimentos por ‘Telederecho’”, *Revista Ibérica de Sistemas e Tecnologías de Informação*, Rio Tinto, núm. 50, 2022.
- Perelman Chaim, *El razonamiento jurídico-social*, Maracaibo, Centro de Estudios de Filosofía del Derecho, LUZ-Facultad de Derecho, 1973.
- Pino, Giorgio, *Derechos e interpretación. Razonamiento jurídico-social en el Estado constitucional*, Bogotá, Universidad del Externado de Colombia, 2014.
- Prieto-Sanchis, Luis, *Sobre principios y normas: problemas del razonamiento jurídico-social*, Lima, Palestra Editores, 2017.
- Pulido, Fabio, “Las normas jurídicas como razones protegidas y la exclusión de la moral”, *Revista Telemática de Filosofía del Derecho (RTFD)*, Madrid, año XXV, vol. 25, núm. 25, 2022.

- Rábanos, Julieta, “Dos enfoques (no) excluyentes acerca del razonamiento jurídico-social”, en Arena, Federico José *et al.* (eds.), *El encanto del método. Diálogos latinoamericanos con Paolo Comanducci*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2022.
- Rodríguez, Roger, *Razonamiento jurídico-social y Estado Constitucional: Una teoría sobre la derrotabilidad jurídica*, Lima, Palestra Editores, 2022.
- Ruiz, Josefa, “Entrevista con el profesor John Zeleznikow”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, Granada, núm. 57, 2023.
- Simental, Víctor, *Argumentación jurídica, deontología y práctica*, México, Porrúa, 2020.
- Suárez-Rodríguez, Juan, “La determinatio en el proceso de adjudicación: una visión prudencial del razonamiento jurídico-social”, *Dikaion*, Chía, año XIX, vol. 19, núm. 2, 2010.
- Taramundi, Dolores, “Los estereotipos como mecanismos de desigualdad y alienación: un análisis desde el derecho antidiscriminatorio”, *Oñati Socio-Legal Series*, Madrid, vol. 13, núm. 3, 2023.
- Zaccaria, Giuseppe, “Justificación y razonamiento jurídico-social” en Medina Morales, Diego *et al.* (coords.), *Profesiones jurídicas y dinamismo del Derecho*, México, Tirant Lo Blanch, 2023.

Sinergias y posibilidades para edificar el derecho a la mejora continua de las condiciones de vida en la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Synergies and Possibilities for Building the Right to Continuous Improvement of Living Conditions at the Inter-American Court of Human Rights

Synergies et possibilités pour la construction du droit à l'amélioration continue des conditions de vie à la Cour interaméricaine des droits de l'homme

Isaac de Paz González

 <https://orcid.org/0000-0002-2267-5629>

Universidad Autónoma de Baja California. México

Correo electrónico: isaac.depaz@uabc.edu.mx

Recepción: 15 de junio de 2023

Aceptación: 8 de mayo de 2024

DOI: <https://doi.org/10.22201/ijj.24487899e.2024.39.19490>

RESUMEN: Este artículo propone una nueva visión del desarrollo jurisprudencial interamericano del concepto de vida digna construido en el caso Niños de la Calle *vs.* Guatemala. A partir de éste y otros casos, el estudio señala que, siguiendo la línea evolutiva de su jurisprudencia de derechos sociales, hay condiciones normativas e interpretativas para dar un nuevo cauce a los efectos jurídicos de las acciones y omisiones de los Estados cuando afecten gravemente la vida digna de grupos en situaciones de alta vulnerabilidad. Mediante el análisis normativo de las tendencias internacionales que permean en la jurisprudencia interamericana, el trabajo propone elementos de fondo y forma para

dar viabilidad al derecho a la mejora continua de las condiciones de vida previsto en el artículo 11 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en la Jurisdicción Interamericana (PIDESC).

Palabras clave: vida digna, artículo 11 del PIDESC, derechos sociales, interpretación interamericana, condiciones de vida.

ABSTRACT: This article proposes a new vision of the inter-American jurisprudential development of the concept of dignified life built from the case *Niños de la Calle vs. Guatemala*. Based on this and other cases, the study points out that -following the evolutionary line of its social rights jurisprudence -in the Inter-American Court there are normative and interpretative conditions to give a new channel to the legal effects of the actions and omissions of the States when they seriously affect the dignified life of groups in situations of high vulnerability. Through a normative analysis of international trends that permeate the inter-American system, the paper proposes the substantive and procedural elements to give viability to the right to continuous improvement of living conditions provided for in article 11 of the “International Covenant on Human Rights. Economic, Social and Cultural Rights”.

Keywords: dignified life, article 11 ICESCR, social rights, inter-american interpretation, living conditions.

RÉSUMÉ: Cet article propose une nouvelle vision du développement jurisprudentiel interaméricain du concept de vie digne construit à partir de l'affaire *Niños de la Calle c. Guatemala*. Sur la base de cette affaire et d'autres, l'étude souligne que - suivant la ligne évolutive de sa jurisprudence en matière de droits sociaux-il existe dans la Cour interaméricaine des conditions normatives et interprétatives pour donner un nouveau canal aux effets juridiques des actions et omissions des les États lorsqu'elles affectent gravement la vie digne de groupes en situation de grande vulnérabilité. À travers une analyse normative des tendances internationales qui imprègnent le système interaméricain, le document propose les éléments de fond et les formes pour rendre viable le droit à l'amélioration continue des conditions de vie prévu à l'article 11 du Pacte international relatif aux droits économiques, économiques, droits sociaux et culturels.

Mots-clés: vie digne, article 11 PIDESC, droits sociaux, interprétation interaméricaine, continue des conditions de vie.

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *La vida digna como un punto de partida para el derecho a la mejora continua en las condiciones de vida.* III. *Desarrollo de la jurisprudencia de la vida digna en la Corte IDH.* IV. *Base jurisprudencial para fijar un piso normativo del derecho a la mejora continua de las condiciones de vida.* V. *Integración del derecho a la mejora continua de las condiciones de vida en la jurisprudencia interamericana.* VI. *Conclusión.* VII. *Bibliografía.*

I. Introducción

Una de las categorías más innovadoras introducidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) a través de su jurisprudencia es el concepto de “vida digna” vertebado en la sentencia del caso *Niños de la Calle vs. Guatemala* en 1999. Por un lapso subsecuente de diez años, en los casos relativos a privaciones de vida y de servicios esenciales para la subsistencia humana, la Corte IDH usó el constructo vida digna para subrayar la relación de causalidad entre las obligaciones positivas de los Estados para proteger el derecho a la vida más allá de los aspectos físicos y la vida de los niños, pueblos originarios y otros grupos en desventaja social. Con este punto de partida, el objetivo del presente artículo es estudiar el significado y los elementos de la jurisprudencia sobre el concepto de vida digna desarrollado por la Corte IDH con el fin de sentar las bases que puedan apuntar a un acercamiento al derecho a la mejora continua de las condiciones de vida como lo describe el artículo 11 del PIDESC. Bajo este marco, mi argumento central es que la Corte IDH puede propiciar condiciones substanciales y procedimentales para proteger el derecho a la vida en su concepción más amplia conectando las directrices internacionales de los derechos económicos, sociales y culturales (DESCA) con el derecho a la mejora continua de las condiciones de vida.

Mi propuesta parte de un enfoque interamericano sobre el derecho de la mejora continua de las condiciones de vida mediante un método interpretativo que revaloriza el bienestar de las personas basado en un completo entendimiento del derecho a la vida que incluye: educación, servicios de salud, un ambiente seguro, no discriminación, seguridad social y bienestar económico.

El artículo está estructurado en cinco secciones. En la sección II se describen los avances del concepto de una vida digna y sus dos componentes: “La acción positiva de los Estados, su aplicabilidad en situaciones de vulnerabilidad y los deberes de desarrollo progresivo de los Estados”. En la siguiente sección (III), se analizan sentencias relacionadas con los derechos económicos y sociales en donde la discriminación económica, los estándares adecuados de la vida surgen como conceptos relevantes para definir obligaciones concretas al Estado. En la sección IV, se analiza el piso normativo internacional para propiciar un desarrollo del derecho a la mejora continua de las condiciones de vida; y en el apartado V se proponen líneas y sinergias de los elementos iniciales de la dignificación de la vida en combinación con deberes específicos de los derechos sociales, lo que

podría iniciar una conversación interamericana académica, jurídica y judicial y consolidar un enfoque jurídico amplio del derecho a la mejora continua de las condiciones de vida.

II. La vida digna como un punto de partida para el derecho a la mejora continua en las condiciones de vida

En el desarrollo actual de la jurisprudencia interamericana es necesario plantear nuevas directrices para maximizar el cumplimiento de los DESCAs, de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) y de los tratados internacionales que los Estados parte se han obligado a cumplir en materia de salud, vivienda, alimentación y ambiente. En este aspecto, el sistema interamericano le ha dado una dimensión más amplia a los DESCAs mediante la interpretación sistemática y evolutiva de todo el *corpus iuris* interamericano y de otras normas internacionales conforme a las reglas del artículo 29 de la CADH.

La justificación general para concentrarse en la mejora de las condiciones de vida en Latinoamérica surge de los existentes niveles de pobreza y crecimiento de la desigualdad a través de la región.¹ De hecho, la mayor parte de los Estados miembros de la CADH comparten denominadores comunes en población que se encuentra en menores rangos de acceso a una educación superior, sin servicios básicos, sin protección social y con falta de acceso a servicios de salud. Además, la continua violencia de género y la post-pandemia han empeorado esas condiciones.² Desde México hasta Argentina, la Comisión IDH ha venido monitoreando los problemas críticos en los derechos humanos provocados por la privación económica.³ Adicionalmente, durante los últimos años Latinoamé-

¹ A pesar de la biodiversidad, grandes productoras de oro, plata y cobre tienen una gran fuerza laboral concentrada en la población joven, la región muestra problemas económicos derivados del modelo de distribución desigual entre la población rica y la más pobre. NU. CEPAL, *Informe de avance cuatrienal sobre el progreso y los desafíos regionales de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible en América Latina y el Caribe*, CEPAL, 2019, pp. 118-20.

² Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Pandemia y Derechos Humanos en las Américas: Resolución 1/2020*, 2020 (adoptada en abril 10, 2020), que denota los riesgos severos existentes en los Estados miembros.

³ En los pasados 20 años, México ha aumentado sus niveles de violencia, desaparición forzada, ejecuciones extrajudiciales y graves violaciones a derechos humanos. ONU: Comité de Derechos Humanos (CCPR), *México: Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de Mé-*

rica ha venido sufriendo daños ambientales, la situación posconflicto en Colombia, la convulsión política en Bolivia y la judicialización de políticos en Perú.⁴ Chile no es la excepción: en los dos años pasados, en un contexto de protestas sociales, la gran mayoría de la población ha estado pidiendo que se incluyan nuevas políticas socioeconómicas en una nueva constitución.⁵

Debido a la situación de pobreza que prevalece en diversos Estados partes de la CADH, el sistema interamericano se vuelve un foro necesario para estudiar la posibilidad de visibilizar y hacer exigible el derecho a las mejoras continuas de las condiciones de vida tanto a nivel judicial como legislativo. La cuestión planteada ofrece la posibilidad de abrir una discusión que preste atención al acercamiento regional y constitucional, que ya son reconocidos por los Estados parte, pero ahora bajo el guion del derecho internacional de los derechos humanos.

Antes de señalar las características principales sobre los enfoques de la Corte IDH sobre una vida digna y los derechos sociales, es necesario comentar que, hasta el momento, no podemos identificar desarrollos jurisprudenciales norma-

xivo, 2019. En Guatemala, El Salvador, Honduras y Nicaragua, aumentaron los patrones de discriminación, evicciones, acoso y asesinatos de personas indígenas, así como de defensores de derechos humanos. Comisión IDH, *Desplazamiento interno en el Triángulo Norte de Centroamérica: Lineamientos para la formulación de políticas públicas*, 2018, párrafo 54. La situación actual orilla a miles de personas a caminar a través de Honduras y Guatemala (en “caravanas”) para llegar a la frontera norte de México con Estados Unidos.

⁴ En Brasil, por ejemplo, defensores del medio ambiente y comunidades indígenas están luchando en contra de la deforestación provocada por el Poder Ejecutivo brasileño y terceros. Comisión IDH, *CIDH culmina visita a Brasil*, 2018. En Colombia los alcances de la reparación integral para víctimas dependen de los procedimientos judiciales. Cárdenas Poveda, Margarita, “Criterios para reparar a las víctimas del conflicto armado desde la perspectiva de la administración pública y del juez administrativo colombiano”. *Vniversitas*, núm. 139, 2019, pp. 1-15. Luego del golpe de Estado contra Evo Morales a fines de 2019, Bolivia enfrentó todo un año de polarización política, tensiones diplomáticas y uso desmedido de la fuerza provocado por la ruptura del Estado de derecho. BBC News Mundo Bolivia, *Crisis en Bolivia: el “uso desproporcionado de la fuerza” contra seguidores de Evo Morales en Bolivia recibe el repudio de organizaciones internacionales*, 2019. En lo relacionado con Perú, en octubre 2019, el presidente Vizcarra disolvió el parlamento y convocó a elecciones generales. En enero 2019, la corte constitucional peruana declaró la clausura oficial. Tribunal Constitucional, Pleno Sentencia 778/2020 Expediente 00002-2020-CC/TC, 2020. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2020/00002-2020-CC.pdf>

⁵ Aunque en 2022 la mayoría votó por el rechazo. Santander Cepeda, Boris, *Chile, el pacto social en cuarentena*, 2020. https://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=S2448-51362020000200181&script=sci_arttext

tivos o discusiones teóricas sobre el derecho a la mejora continua de las condiciones de vida en el marco interamericano. Los únicos conceptos normativos posibles que podrían enriquecer las propuestas de fundamentación interamericana del derecho a la mejora continua de las condiciones de vida son las dimensiones constitucionales propias de los principios del buen vivir ecuatoriano y boliviano, que implican una amplia gama de cosmogonías indígenas vinculadas a la convivencia individual y comunitaria de los pueblos.⁶

Inicialmente, debemos tener en cuenta que, a diferencia de los debates sobre el nivel de vida adecuado derivados del artículo 11 del PIDESC,⁷ las obligaciones básicas mínimas y el derecho a la igualdad social (que son relativamente bien desarrollados a nivel internacional),⁸ los conceptos de condiciones de vida y vida digna en el contexto interamericano han tenido solo algunas menciones indirectas y alusiones tanto a nivel práctico como teórico.⁹

Un informe temático de la Comisión IDH destaca la necesidad de incrementar un enfoque basado en los derechos humanos en la educación, la inclusión económica, la salud y la vivienda para abordar la pobreza y crear estándares de

⁶ Bonilla Maldonado, Daniel, “El constitucionalismo radical ambiental y la diversidad cultural en América Latina. Los derechos de la naturaleza y el buen vivir en Ecuador y Bolivia”, *Revista Derecho del Estado*, vol. 42, 2018, pp. 3-23. Cfr. artículos 8o.-10 de la Constitución boliviana y artículos 3o., 5o. y 14 de la *Constitución de Ecuador*.

⁷ Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), diciembre 16, 1996. Para un debate completo en los orígenes y los aspectos normativos pasados por alto un nivel de vida adecuado, véase Hohmann, Jessie, “Sources for a Nascent Interpretation of the Right to Continuous Improvement of Living Conditions: The Travaux Préparatoires and the Work of the CESCR”, en Hohmann, Jessie y Goldblatt, Beth (eds.), *The right to the continuous improvement of living conditions: responding to complex global challenges*, Oxford, Hart Publishing, 2021.

⁸ MacNaughton, Gillian, “Beyond a minimum threshold: the right to social equality”, en Lanse Minkler (ed.), *The state of economic and social human rights: a global overview*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, pp. 271-305.

⁹ Sobre las cualidades de la vida digna persiguiendo el bienestar material con base en los mismos fundamentos jurídicos de los derechos sociales, Beloff, Mary y Clericó, Laura, “Derecho a condiciones de existencia digna y situación de vulnerabilidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana”, *Estudios Constitucionales*, año 14, núm. 1, 2016, pp. 139-178. Discusiones interamericanas recientes sobre derechos sociales evitan el enfoque de vida digna, por ejemplo: Ferrer, Eduardo; Morales, Mariela y Flores, Rogelio, *Inclusión, ius commune y justiciabilidad de los DESCAs en la jurisprudencia interamericana: el caso Lagos del Campo y los nuevos desafíos*, p. 405, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, México, 2018.

vida basados en la disponibilidad y el acceso a los servicios básicos.¹⁰ El objetivo de este enfoque multidimensional promovido por la Comisión IDH es poner un piso mínimo¹¹ de “política pública” a la vida saludable, productiva y digna, con foco en las necesidades particulares de las personas, grupos y comunidades discriminadas.¹² Al mismo tiempo, los académicos interamericanos coinciden en cuán progresista ha sido la interpretación del artículo 4o. de la CADH en casos vinculados a la calidad de vida en el ámbito de los derechos sociales¹³ y coinciden en los elementos que sustentan las violaciones al derecho a la vida. Vida digna: grupo (o individuos) con carencia de servicios básicos, cuya situación es conocida por el Estado, y la causal relación entre tales omisiones y las condiciones agravantes que inciden en la vida de las víctimas.¹⁴

III. Desarrollo de la jurisprudencia de la vida digna en la Corte IDH

1. La jurisprudencia olvidada sobre la vida digna

La decisión registrada en *Niños de la calle vs. Guatemala*¹⁵ fue un paso histórico para proponer el concepto de “vida digna” mediante la interpretación más amplia y consciente del entorno social del artículo 4o. de la CADH, dicho artículo señala textualmente “1. Toda persona tiene derecho de que se respete su vida [...] Nadie podrá ser privado de su libertad arbitrariamente”. Pero esta interpretación no solo contiene obligaciones negativas para los Estados, sino que le exige acciones concretas para proteger la vida. Así, el caso *Niños de la calle* es un ejemplo de la búsqueda interamericana por un estatus activo sobre el derecho a una

¹⁰ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Pobreza y derechos humanos*, 2017, párrafos 57, 74-8, 91.

¹¹ Por ejemplo, la guía extensa sobre los derechos de seguridad social, salud, educación trabajo y sindicatos, alimentación adecuada, un medio ambiente sano y los beneficios de la cultura de acuerdo con la CIDH, indicadores para medir derechos de acuerdo con el protocolo de San Salvador, 2a. ed., 2015.

¹² *Ibidem*, párrafo 97, 108.

¹³ Beloff y Clérico, *op. cit.*, p. 141.

¹⁴ Pasqualucci, *El derecho a la vida digna: la integración de los derechos económicos y sociales con los derechos civiles y políticos en el sistema interamericano de derechos humanos, en el sistema interamericano de derechos humanos*, 2008, p. 26.

¹⁵ Corte IDH, *Niños de la calle vs. Guatemala*, sentencia de fondo, 19 de noviembre de 1999.

vida digna y está basado en una dimensión normativa y filosófica, rechazando la distribución desigual de los bienes sociales,¹⁶ que afectan con mayor intensidad a personas en situación de pobreza; a la niñez y a las mujeres del continente.

La pregunta central en aquella sentencia —que sigue sin ser respondida por la CIDH— fue identificar ¿qué obligaciones positivas deben que de ser responsabilidad de los Estados para proteger las capacidades de los niños en una sociedad?¹⁷ Si bien se plantea como el modelo indirecto de justiciabilidad¹⁸ de los DESCA, las consideraciones sustantivas en *Niños de la calle* allanaron el camino para una audaz interpretación de los artículos 4o. y 19 de la CADH, vinculados a la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN).¹⁹ En este marco, la CADH establece que los Estados tienen un deber positivo de prevenir a los niños de vivir en las calles en miseria.

Así, la Corte manifestó que deseaba:

Dejar constancia de la particular gravedad de que un Estado parte de esta Convención pueda ser acusado de haber aplicado o tolerado una práctica sistemática de violencia contra niños en situación de riesgo en su territorio. Cuando los Estados violan los derechos de los niños en situación de riesgo, los convierte en víctimas de una doble agresión. En primer lugar, tales Estados no les impiden vivir en la miseria, privándolos así de las condiciones mínimas para una vida digna e impidiéndoles el “desarrollo pleno y armónico de su personalidad”, aun cuando todo niño tiene derecho a albergar un proyecto de vida que debe ser atendida y fomentada por los poderes públicos para que desarrolle este proyecto en beneficio propio y de la so-

¹⁶ Beloff, Mary y Clérico, Laura, *op. cit.*, pp. 139 y 150. Desde mi punto de vista, la CADH descansa en lo que Valentini llama “estatus de dignidad” (poseída por los seres humanos que comprende estrictas exigencias normativas) y remarca que los Estados son los principales responsables de derechos humanos Valentini, Laura, “Dignity and Human Rights. A reconceptualisation”, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 37, núm. 4, invierno de 2017, pp. 862-885.

¹⁷ Aunque los debates críticos apuntan a la necesidad de avanzar de un nivel retórico para crear medidas antipobreza basadas en los derechos de los niños, Nolan, Jonathan, *The Oxford Handbook of Children’s Rights Law*, Oxford University Press, 2020.

¹⁸ De Paz, González, Isaac, *The social rights jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights. Shadow and light in international human rights law*, Edward Elgar, 2018.

¹⁹ *Niños de la calle*, párrafo 195. Aprovechando las disposiciones breves y generales del artículo 19 de la CADH que establece “Todo niño menor de edad tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor exige por parte de su familia, la sociedad y el Estado”, la Corte IDH vinculó con todo el contenido de la *Convención de los derechos del Niño*.

ciudad a la que pertenece. En segundo lugar, vulneran su integridad física, psíquica y moral e incluso su vida.²⁰

Sin embargo, en *Niños de la calle vs. Guatemala*, la Corte IDH no declaró obligaciones legalmente vinculantes derivadas de los artículos 26 y 29 de la CADH que podrían crear una base interpretativa completa para adecuados estándares de vida.²¹ *Niños de la calle* únicamente mostró la primera deficiencia interpretativa de ese acercamiento temprano de la Corte para la vida digna: la falta de la conexión argumentativa entre su visión de la vida digna con el concepto de un adecuado nivel de vida consagrado en el artículo 11 del PIDESC, así como una falta de análisis de la previsión para el desarrollo de los niños prevista en el artículo 27, 2) de la CDN. En la misma narrativa, el caso del Instituto de reeducación *vs. Paraguay*, la Corte IDH ahondó en las dimensiones de la vida digna que son aún más relevantes para niños privados de la libertad debido al impacto en sus proyectos vida²² y las dificultades futuras para su reintegración en la sociedad.²³

Más tarde, en una serie de casos sobre derechos de las personas indígenas (*Yakye Axxa vs. Paraguay*,²⁴ *Samboyamaxa vs. Paraguay*,²⁵ y *Xakmok Kasek vs. Paraguay*²⁶) la Corte IDH visualizó otros aspectos normativos y una característica general sobre la vida digna: que la situación de vulnerabilidad previamente conocida por el Estado puede empeorar las condiciones para el desarrollo individual e incluso comunitario.²⁷ Además, *Samboyamaxa* expuso que la situación de

²⁰ *Ibidem*, párrafo 191.

²¹ La Corte IDH analizó la petición de los representantes de las víctimas, en la que solicitaron que Guatemala tomara acciones legislativas y administrativas, así como políticas públicas para proveer una protección integral para los niños en situación de calle. *Niños de la calle vs. Guatemala*, 2001, Reparaciones Corte IDH, párrafo 95.

²² *Ibidem*, párrafo 171.

²³ *Ibidem*, párrafo 174.

²⁴ Corte IDH, *Yakye vs. Paraguay*, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 17 de junio de 2005.

²⁵ Corte IDH, *Samboyama vs. Paraguay*, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 29 de marzo de 2006.

²⁶ Corte IDH, *Xakmok vs. Paraguay*, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 24 de agosto de 2010.

²⁷ En este contexto, la vida digna siempre ha estado ligada con grupos en situaciones de vulnerabilidad, véase Beloff y Clérico, *op. cit.*, p. 1541.

vida comunitaria ha causado severas privaciones de los derechos sociales y la dignidad colectiva de la niñez, mujeres y ancianos del pueblo originario. Estas condiciones e incluyendo el desempleo, analfabetismo, tasas de morbilidad causadas por enfermedades prevenibles, malnutrición, condiciones precarias en sus lugares de residencia y entorno, así como la marginación económica, geográfica y cultural,²⁸ impidieron el disfrute de una vida digna.

Sin embargo, la sentencia de *Sanboyamaxa* omitió el estudio sobre la violación de los artículos 21 y 26 de la CADH y no mencionó el derecho a la identidad cultural como parte integral de la subsistencia de la comunidad.²⁹ En contraste, *Xakmok Kasek vs. Paraguay* fue más allá de analizar los adecuados estándares de vida de la comunidad que subsistía en completo estado de vulnerabilidad: sin tierra, agua, comida, servicios de salud y sin acceso a la educación; servicios que la Corte argumenta deben ser prestados por el Estado desde una perspectiva multicultural.³⁰ Finalmente, *Xakmok Kasek* Resalta que la pobreza es una barrera para el disfrute de otros derechos, así como la habilidad de participar en todos los aspectos sociales de la vida cultural de manera igualitaria.³¹

A pesar de los argumentos normativos desarrollados en los supracitados casos, la Corte IDH no estableció una base uniforme para el concepto de vida digna, ya que las consecuencias de declarar una violación de los artículos 4o. y 1, 1) de la CADH fueron diferentes en *Niños de la calle*, *Yakye Axxa*, *Sanboyamaxa* y *Xakmok Kasek*. Además, la Corte IDH no mencionó el tipo de medidas específicas (que se encuentren en la CADH u otros tratados) que debían ser adoptadas por los Estados miembros para reparar la marginación social a la par de aminorar las situaciones de vulnerabilidad sufridas por niños, mujeres y pueblos originarios.

Durante el periodo de 2009-2016, la Corte IDH entró en conversaciones profundas sobre la justiciabilidad de los DESC, pero dejó de lado el enfoque de vida digna al tratar casos de grupos y personas en extrema vulnerabilidad, relacionados con mujeres, derechos de la niñez y pueblos originarios.³² Durante

²⁸ Corte IDH, *Sanboyamaxa vs. Paraguay*, párrafos 73-69.

²⁹ Relacionado con su cosmogonía, sus condiciones preexistentes en el Estado y su subsistencia integral, discutido en De Paz González, *op. cit.*, pp. 45-50.

³⁰ Corte IDH, *Xakmok vs. Paraguay*, párrafos 194-217.

³¹ *Ibidem*, párrafo 216.

³² Antkowiak señala que la Corte IDH evita la discusión sobre la vida digna y adopta un énfasis declinatorio en Chinchilla Sandoval y Cuscul Pivaral, Antkowiak, Thomas, N., “A

este período algunos casos eran similares en facto a aquellos que la Corte ya había determinado que versaban sobre la vida digna, como eran aquellos de discriminación y violencia sufrida por grupos vulnerables como son las mujeres que viven en pobreza y carecen de acceso a los servicios públicos.³³ Estos factores pudieron haber sido analizados a través de los elementos normativos de la vida digna, pero la Corte IDH lo omitió.

En 2015, la directa interpretación y justiciabilidad del derecho a la educación entró al panorama en el caso de *Talía González Lluy y otros vs. Ecuador*,³⁴ el caso era el escenario perfecto —de normatividad y hechos— para marcar una nueva ruta que pudiera mostrar como los niveles adecuados de vida podían ser protegidos cuando las malas prácticas médicas causan daños multidimensionales en la vida de la niñez. El punto clave en este caso (además de las condiciones salud de VIH de Talía) era como las omisiones del Estado disminuyeron la calidad de vida de la víctima y su familia, incrementando su nivel de pobreza, excluyéndola de los servicios educativos y creando barreras para el acceso a una vivienda.³⁵ La Corte IDH observó que, debido a la violación de su derecho a la salud, la intensidad de la discriminación a la que estuvo expuesta Talía agravó su condición de ser una niña pobre. Estos factores interseccionales empeoraron el desarrollo integral de Talía como una persona en el ámbito social, familiar y educativo.³⁶

Otro caso donde la Corte IDH invocó fuentes internacionales sobre los niveles adecuados de vida fue en *Yarce y otras vs. Colombia*.³⁷ Este caso presentó la dificultad de saber cómo proteger el derecho a la vivienda, que no está previsto en la CADH ni en el Protocolo de San Salvador.³⁸ En esta misma opinión, el

dignified life and the resurgence of social rights”, *NorthWestern Journal of Human Rights*, vol. 18, núm. 1, 2020, pp. 1-51.

³³ El más prominente fue *González y otras (Campo Algodonero) vs. México*, 2009, párrafos 114, 122, 130, 146. *Campo Algodonero y Niños de la calle* tienen en común los patrones de violencia, omisiones del Estado, fallas en el sistema criminal y de investigaciones, la falta de acciones efectivas para prevenir violaciones en los derechos sociales de los niños.

³⁴ Corte IDH, *González Lluy et al. vs. Ecuador*, sentencia del 1 septiembre 2015.

³⁵ *Ibidem*, párrafos 155, 175, 291-2.

³⁶ La interseccionalidad como un método y practica orientada ha sido utilizada en el derecho internacional de los derechos humanos en el marco de la CEDAW en sus recomendaciones generales 28, 33, 34 y 35. Véase Truscan, Ivona y Bourke-Martignoni, Joanna, *Derecho internacional de los derechos humanos y la discriminación interseccional*, 2016, pp. 6, 104,124.

³⁷ Corte IDH, *Yarce y otras vs. Colombia*, sentencia de 22 de noviembre 2016.

³⁸ *Ibidem*, párrafos 76-90. Bajo la interpretación integral y evolución del PIDESC, el *Pro-*

juez Ferrer Mac-Gregor explicó la interpretación evolutiva de los artículos 4o. y 21 de la CIDH leídos en la misma línea vinculante relacionada a la salud, vivienda, medidas sociales, educación, cultura condiciones de vida dignas, trabajo y seguridad social consagrados en los artículos XI, XII, XIII, XIV y XXIII de la declaración americana de los derechos y deberes del hombre (DADDH), vinculada a los artículos 1o., 2o., 6o. y 29 de la CADH, que demuestra la persistencia política-legal de los Estados miembros para proteger y respetar todas las categorías de derechos humanos. En su voto concurrente de *Yarce y otras vs. Colombia*, el juez Ferrer Mac-Gregor establece que el derecho a la vivienda fue violado. Los hechos revelan que la casa de la víctima fue gradualmente saqueada y destruida y si la corte sostiene que los derechos a la propiedad deben ser vistos como indivisibles de los derechos económicos y sociales —en consecuencia— son violados cuando la vivienda es afectada como sucedió con la casa de Ana Teresa Yarce.³⁹ Los daños también afectaron la seguridad jurídica de la tenencia y la habitabilidad física de su casa; y en mi perspectiva la falta de garantías de una vivienda digna al final aumentó su riesgo de muerte. Nuevamente, el juez mexicano sostuvo que la Corte IDH debe acudir al derecho interamericano para reconocer el derecho a la vivienda conforme a los artículos 26 de la CADH; XI de DADDH y 34-K de la Carta de la OEA.⁴⁰

Por otra parte, el juez Ferrer Mac-Gregor denota que la Corte IDH pasa por alto sus propios precedentes sobre daños económicos y el contexto de vulnerabilidad remarcado en casos donde la actividad intrusiva de los perpetradores destruye la vivienda de las víctimas.⁴¹ Bajo estas consideraciones, en orden de ser efectiva, la interpretación de los artículos 21 y 22 de la CADH deben tomar

toloco de San Salvador tiene limitados recursos normativos que deben ser leídos a la luz del resto de los corpus iuris interamericanos. De otro modo —de acuerdo al artículo 19, 6) del protocolo— la narrativa de la justiciabilidad estaría limitada a los derechos a la educación y el trabajo.

³⁹ *Yarce y otras vs. Colombia*, opinión concurrente del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor, párrafo 41.

⁴⁰ *Ibidem*, párrafos 99-101, 145 y 148. Desde Suárez Peralta a Lhaka Honhat, en sus opiniones, el juez Ferrer Mac-Gregor postula una interpretación sistemática y evolutiva, derivada de los tratados nacionales e internacionales firmados por los Estados miembro demostrando una consistente voluntad legal y política que se basa en la existencia autónoma de cada derecho y por ende es justiciable ante las cortes nacionales e internacionales.

⁴¹ *Ibidem*, párrafos 43-46. Enmarcando los casos de: *La masacre del Mozote vs. El Salvador*, *La masacre de la Cuenca del Río Cacarica vs. Colombia*, *Yakie Axxa y Sawhoyamaxa vs. Paraguay*, *El caso de la familia Barrios vs. Venezuela* y *Uscateguri vs. Venezuela*.

en consideración los indicadores de vulnerabilidad: privación económica, falta de servicios básicos, violencia de género, inseguridad, ejecuciones extrajudiciales y otras condiciones provocadas por acciones, omisiones y órdenes del Estado que impiden el disfrute de una vivienda y una vida digna; pues ambos aspectos son inseparables del bienestar humano.

En mi perspectiva, los casos más antiguos sobre el constructo vida digna dictados por la Corte IDH y que han sido discutidos anteriormente, contenían una interpretación original sobre el artículo 4o. de la CADH, pero al mismo tiempo fallaba en no invocar conceptos sobre las condiciones adecuadas de vida y los lineamientos de vida digna encontrados en el artículo 11 del PIDESC.⁴² Desde luego esto se debió a la falta de enfoques sobre justiciabilidad de los DESC que no existían ni en la Corte IDH ni en las cortes nacionales, tampoco en la jurisprudencia europea o de los Comités de la ONU.

2. Posición económica y el derecho a la mejora continua de las condiciones de vida

Hasta 2016, hubo significantes alusiones interamericanas y argumentos sustentados en interpretaciones internacionales de los niveles adecuados de vida porque no se hablaba más de la vida digna en los términos cimentados por el caso *Niños de la Calle*. Aquella sentencia histórica, la Corte IDH dibujó los contornos de los derechos para las personas indígenas, el derecho a la vida, a la seguridad social y a la educación. Sin embargo, siguen existiendo vacíos substanciales entre las circunstancias que inhiben una vida digna y el común denominador presente en muchos casos: víctimas que han sufrido exclusión económica y pobreza, que facilitan las violaciones a derechos humanos que sufrieron. En 2016, la Corte IDH emitió su sentencia en *Hacienda Brasil Verde vs. Brasil*,⁴³ en la cual floreció el concepto de discriminación económica como una categoría normativa consagrada en el artículo 1, 1) de la CADH. El artículo 1, 1) establece que las normas:

⁴² No hay nuevos aproximamientos en el derecho a un adecuado nivel de vida en México, Chile o Brasil. La excepción es la Corte Constitucional de Colombia, donde podemos encontrar jurisprudencias sobre la vida digna y la vivienda digna para personas con discapacidad en los casos T-416/01, jurisprudencia del 2001, T-664/10, 2010, T-239/2016 (jurisprudencia de 16 mayo 2016).

⁴³ Corte IDH, *Hacienda Brasil Verde vs. Brasil*, sentencia del 20 octubre 2016.

Los Estados Partes en la presente Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a asegurar a todas las personas sujetas a su jurisdicción el libre y pleno ejercicio de esos derechos y libertades, sin discriminación alguna por razón de su raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, situación económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

En el caso de Brasil Verde, la Corte IDH reconoció la existencia de discriminación histórica en base al estatus económico (pobreza), falta de educación, y condiciones de esclavitud sufridas por las víctimas. Recae en los artículos 1o., 1), 3o., 5o., 6o., 1) y 7o. CADH. El juez Ferrer Mac-Gregor y la jueza Odio Benito destacan las condiciones en donde las violaciones a derechos humanos ocurrieron: analfabetismo, pobreza, no acceso a la justicia y privación económica.⁴⁴

Considerando la prohibición de la discriminación debido al estatus económico prevista en el artículo 1o. de la CADH, el voto razonado de referencia distingue cuatro elementos de discriminación estructural notada anteriormente en otros casos de la Corte IDH. Primero, un grupo de personas históricamente excluidas. Segundo, incapacidad de acceder a condiciones básicas de su desarrollo humano debido a esa exclusión. Tercero, el hecho de la exclusión intergeneracional sufrida por las víctimas puede ser localizada en una zona geográfica específica. Finalmente, que el grupo de personas son afectadas por medio de omisiones, así como acciones directas o indirectas del Estado.⁴⁵

De manera sustancial, el razonamiento sienta el esquema de discriminación en lo referente al vínculo entre la posición económica y la carencia en las necesidades básicas: vivienda, educación, salud, servicios públicos, cultura y seguridad social, “bienes que aseguran la condición económica individual”.⁴⁶ Queda claro entonces que tal enfoque provee un marco interpretativo consolidado bajo el esquema de los DESCAs que ayude a disminuir las condiciones estructurales

⁴⁴ Corte IDH, *Hacienda Brasil Verde vs. Brasil*, Voto razonado del juez Ferrer Mac-Gregor y Odio Benito, párrafos 27-42. El trasfondo de la sentencia se dijo que las víctimas estaban viviendo en situación de pobreza y que este patrón puede observarse en la jurisprudencia interamericana en los siguientes casos: *Instituto de Reeducación vs. Paraguay* (2009) *Servellon García vs. Honduras* (2006), *Moiwana vs. Suriname* (2005), *Ximenes López Brasil* (2006), *Rosendo Cantú vs. México* (2010), *Furlan y otros vs. Argentina* (2012), *Yean y Bosico vs. La república Dominicana* (2005), *González Lluy vs. Ecuador* (2015).

⁴⁵ *Ibidem*, párrafo 80.

⁴⁶ *Ibidem*, párrafo 54.

de marginación en los Estados parte de la CADH. Bajo esta tesis, el razonamiento resaltado de como la posición económica (pobreza) de las víctimas deriva mayores riesgos de ser sometidos a la esclavitud, siendo esta la última violación de sus derechos humanos.⁴⁷

El caso de los trabajadores de *Hacienda Brasil Verde vs. Brasil* expone dos marcos normativos esenciales sobre discriminación económica como un tema importante para el escrutinio legal. El primero y sustantivo, es que la prohibición de la discriminación económica tiene una normatividad autónoma que se deriva del artículo 1o. de la CADH. La segunda surge de las múltiples omisiones, faltas en el debido proceso, y falta de legislación que prevenga obstáculos en el ejercicio de los derechos, para obtener mejores condiciones de trabajo, vivienda, educación, etcétera. No obstante, la mayoría de la Corte sostuvo que la posición económica no era justiciable y que solo el derecho a la no discriminación fue violado.⁴⁸ A pesar de lo anterior, *Brasil Verde* fue útil en el desarrollo del razonamiento de la CIDH estableciendo una relación causal entre la dignidad de las víctimas y su contexto económico, en donde los derechos humanos ocurrieron.

3. Justiciabilidad directa de los DESCAs y el derecho a una mejora continua de las condiciones de vida: sinergias

A finales de 2017, la Corte IDH emitió dos decisiones históricas sobre justiciabilidad de los derechos económicos y sociales: *Lagos del Campo vs. Perú* y *Petroperú vs. Perú* en los cuales declaró por primera vez la violación de los derechos sociales consagrados en los artículos 1o., 2o., 1), 26 y 29. d) de la CADH, en conexión con el Pacto de San Salvador.⁴⁹ Siguiendo su tendencia expansiva en la interpretación de los derechos sociales, la CIDH entregó la Opinión Consultiva OC-23/17. La opinión sienta un marco de trabajo que incluye el deber de proteger, prevenir daños y crear un ambiente de derechos, que están conectados a la salud (incluyendo la dimensión física como la espiritual del bienestar) en orden de asegurar la vida digna.⁵⁰

⁴⁷ *Ibidem*, párrafos 91,100.

⁴⁸ *Ibidem*, párrafo 508.

⁴⁹ El método de la interpretación directa de Lagos del Campo, analizada por De Paz González, *op. cit.*, pp. 58-60.

⁵⁰ La vida digna vuelve a ser tema de discusión en la OC-23/17 conectada a los deberes de debida diligencia del derecho internacional humanitario y ambiental, y centrado en la vida,

La OC-23/17 se centra en como los estados tienen el deber específico de proteger el derecho a la vida e integridad personal cuando ellos producen actividades que general desechos industriales en maneras que afectan la igualdad de acceso a recursos como son el agua y la comida y que en consecuencia pueden poner en peligro la subsistencia de los individuos y las comunidades.⁵¹ La Corte IDH se refiere a las condiciones operativas en las diligencias en lo que respecta a los derechos ambientales, protegidos por el derecho internacional, incluyendo la prevención y los principios precautorios, deberes de cooperación con otros Estados y deberes procedimentales para proteger el medio ambiente bajo los parámetros de su interdependencia.⁵² La Corte IDH argumenta que las garantías procesales en el derecho a la vida son esenciales cuando las actividades y proyectos de obras puedan dañar el ambiente y poner en riesgo la integridad de la vida de los individuos y grupos. En este aspecto, la Corte conecta el derecho a un ambiente sano al derecho a la participación política e información (cuando se trata de infraestructura de proyectos y desde las primeras etapas de las actividades) y la corte subraya la importancia de crear reparaciones efectivas cuando las violaciones a derechos ambientales ocurran.⁵³ Desde mi punto de vista, la OC-23/17 abrió un nuevo panorama que conecta el alcance actual del derecho a la vida en términos procesales para implementar, desarrollar e interpretar los deberes ambientales en las jurisdicciones internas.⁵⁴ Estos nuevos lineamientos refrescan la interdependencia de los derechos civiles, políticos y sociales.

Por ejemplo, el derecho a la participación política está vinculado al derecho a la salud y al derecho a un medio ambiente seguro, sobre la base legal de los artículos 1o., 1), 4o., 13, 8o., 25, 26 y 29 de la CADH, vinculados a ley internacional.

salud e integridad personal de los seres humanos Corte IDH, OC-23/17,2017, párrafos 109-10,123-30.

⁵¹ *Ibidem*, párrafo. 117.

⁵² *Ibidem*, párrafo 125.

⁵³ *Ibidem*, párrafo 211.

⁵⁴ Hasta ahora solo la suprema corte de justicia en México ha invocado la base legal de la OC-23/17 y dimensiones de la protección individual y comunitaria del ambiente para detener un ecoparque que habría destruido un manglar (y sus servicios ambientales) en un lago de Tamaulipas. Véase amparo en revisión 307/2016 (2018) Suprema Corte de Justicia de la Nación, 1a. Sala, párrafos 70-80.

IV. Base jurisprudencial para fijar un piso normativo del derecho a la mejora continua de las condiciones de vida

Entre 2018 y principios de 2022, la Corte IDH emitió cuatro decisiones importantes que amplían su doctrina sobre los DESCAs: *Cuscul Pivara! vs. Guatemala*, *Muelle Flores vs. Perú*⁵⁵ y comunidad *Lhaka Honbat vs. Argentina*;⁵⁶ estas sentencias establecieron parámetros de derechos económicos y sociales que podrían definir los contornos precisos de un derecho a la mejora continua de las condiciones de vida. Más tarde, llegaron los casos de Trabajadores de la *Fábrica de Fuego vs. Brasil* y *Buzos Miskitos vs. Honduras* que pusieron sobre la mesa interamericana la necesidad de revalorar el derecho a la vida junto con el disfrute de los derechos al trabajo y la salud en condiciones justas y equitativas.

Es importante reconocer que la nueva doctrina DESCAs de la Corte IDH tiene elementos implícitos que podrían sentar un piso mínimo para el derecho a la mejora continua de las condiciones de vida. Sin embargo, hay dos indicadores positivos de la Corte IDH que sientan la piedra angular para enlazar la doctrina DESCAs con el derecho a la mejora continua de las condiciones de vida.

El primero es la integración del artículo 26 de la CADH vinculado al derecho a la educación, los derechos indígenas, los derechos ambientales, los derechos a la salud, la seguridad social y el derecho a la alimentación, previstos en el derecho internacional de los derechos humanos.

El segundo es la base argumentativa de los estándares adecuados (como la disponibilidad, accesibilidad y progresividad) sobre los derechos sociales, previstos en las observaciones generales del CDESC, que son regularmente invocadas y vinculadas por la Corte bajo el paraguas de y vinculadas a los artículos 26 y 29, d) de la CADH. Es muy probable que esta tendencia continúe en futuras sentencias, para crear una base completa de deberes para fusionar lineamientos sustantivos y procesales sobre los derechos sociales y el derecho a la mejora continua de las condiciones de vida, en situaciones que pueden incluir el ingrediente de discriminación económica.

Los indicadores antes mencionados surgen del razonamiento de casos recientes de derechos sociales. Por ejemplo, *Cuscul Pivara! vs. Guatemala* formuló

⁵⁵ Corte IDH, *Muelle Flores vs. Perú*, Sentencia del 6 de marzo de 2019.

⁵⁶ Corte IDH, *Lhaka Honbat vs. Argentina*, Sentencia del 6 de febrero de 2020.

la interrogante directamente las obligaciones del Estado, a fin de brindar una interpretación autónoma del derecho a la salud, y reconoció las consecuencias de la falta de servicios de salud en la vida de las personas que viven con VIH. Por primera vez, *Cuscul Pivaral* invocó el fundamento jurídico internacional de la progresividad⁵⁷ cuando los Estados se ocupan de los servicios de salud de las personas que padecen una enfermedad mortal, y sostuvo que Guatemala debe aplicarlos no solo por medios legales sino también técnicos y operativos.⁵⁸

Para fortalecer sus argumentos, la Corte IDH razonó que las fuentes normativas internacionales hacen “operativo” el derecho a la salud bajo los “estándares adecuados” de disponibilidad, accesibilidad y calidad de los servicios de salud establecidos en la Observación General núm. 14 del Comité de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC)⁵⁹ y conectó estas normas con los artículos 2o., 26 y 29, d) de la CADH; y a través de este enfoque, consideró oportuno mencionar que los requisitos del artículo 2o., 1) del PIDESC tienen plena aplicación junto con la Observación General 14 del PIDESC en casos donde se vean involucrados los derechos de salud y no discriminación.⁶⁰

Otro ejemplo de cómo la Corte IDH ha tomado ideas argumentativas del derecho internacional de los derechos humanos y el enfoque del CDESC sobre estándares adecuados es la sentencia de *Muelle Flores vs. Perú* en la que reveló el contenido existente de la seguridad social derivado de los artículos 45, b) de la Carta de la OEA y el artículo XVI de la Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del hombre (DADDH), que vinculó con los estándares concretos adecuados de seguridad social, en CESCR, observación general núm. 19.⁶¹ Este método permitió a la Corte IDH establecer un alcance normativo para el

⁵⁷ La sentencia enfatiza fuertemente la autonomía de los derechos sociales prevista en el artículo 26 de la CADH, y el derecho a la salud reconocido en varios instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos. Corte IDH, *Cuscul Pivaral vs. Guatemala*, voto razonado de Caldas y Ferrer MacGregor, párrafos 74, 98, 127. Sin embargo, en el fondo, la Corte concluyó que las pretensiones a la vida digna ya fueron analizadas en el marco del derecho a la salud, *ibidem*, párrafo 160.

⁵⁸ *Cuscul Pivaral vs. Guatemala*, párrafos 100, 141-8.

⁵⁹ *Ibidem*, párrafo 106.

⁶⁰ *Ibidem*, párrafos 80, 106.

⁶¹ El contenido sustantivo que reconoce dice: “b) El trabajo es un derecho y un deber social, dignifica a quien lo realiza, y debe realizarse en condiciones, incluido un sistema de salarios justos, que aseguren la vida, la salud, la y un nivel de vida digno para el trabajador y su familia...”. *Muelle Flores vs. Perú*, párrafos 187-90.

derecho a la seguridad social, que no se menciona en la CADH. En segundo lugar, siguiendo la observación general núm. 3 del CDESC, la Corte IDH configuró dos tipos de obligaciones: las de carácter inmediato (por ejemplo, brindar seguridad social en condiciones de igualdad) y las de carácter progresivo, que requirieran mejoras y avances hacia la realización de la derecha.⁶²

Muelle Flores vs. Perú también identificó cinco elementos de un estándar adecuado de seguridad social: i) acceso a un sistema de pensiones supervisado por el Estado (ya sea público o privado) que proporcione beneficios económicos y de salud adecuados para vivir; (ii) El sistema debe cumplir con criterios de accesibilidad y disponibilidad; (iii) el régimen debe proporcionar beneficios para las personas mayores; (iv). Por último, deben proporcionarse recursos efectivos.⁶³ Siguiendo este razonamiento, la Corte IDH declaró una violación de los derechos a la integridad personal, al acceso a la justicia y a la seguridad social.⁶⁴ En suma, *Muelle Flores* mostró que la privación de pensión a una persona mayor de edad, y su exclusión de los servicios de salud, disminuye su nivel de vida, debido a su edad y su débil posición económica en la sociedad.

El análisis de fondo de *Muelle Flores* ofrece al menos tres nuevos elementos que pueden crear un nuevo conjunto de deberes específicos de apegarse a los estándares adecuados de cada derecho social. El primero es el análisis autónomo de cada uno de los derechos previstos en el artículo 26, vinculados a otros tratados internacionales según el artículo 29, d) de la CADH. El segundo es la lectura de los “estándares adecuados” de acuerdo con las directrices del CDESC sobre disponibilidad y accesibilidad de los servicios públicos. Y el tercero es el método de vía procesal que utiliza la Corte para estudiar la relación de interdependencia entre el alcance de la progresividad de cada derecho social (tanto a nivel comunitario como individual) y la efectividad de las medidas adoptadas por los Estados para evitar que las personas y grupos sufran exclusión de servicios básicos y —en consecuencia— de privación económica.

Las nuevas sentencias de derechos sociales muestran cómo la Corte IDH está tomando lineamientos, principios y criterios específicos de la metodología de estándares adecuados del PIDESC, los cuales están reforzando la justicia-bilidad e interpretación de los derechos sociales en el foro interamericano. Por

⁶² *Ibidem*, párrafos 187-90.

⁶³ *Ibidem*, párrafo 192.

⁶⁴ *Ibidem*, párrafo 208.

un lado, las fuentes internacionales llenan los vacíos del artículo 26 y brindan contenidos específicos sobre los fines y el contenido normativo de la educación, los derechos indígenas, la vivienda, la salud y la seguridad social en términos de accesibilidad, calidad, progresividad y adaptabilidad. Por otro lado, la Corte IDH establece un conjunto de deberes para que los Estados los convenzan de promulgar leyes y políticas públicas y crear remedios o reparar las violaciones de los DESCAs, de acuerdo con las obligaciones generales de los artículos 1o., 2o. y 63 de la CADH.

Pasando a una sentencia firme, sobre los derechos indígenas, podemos ver en puntos destacables de las violaciones a los DESCAs de un grupo de 132 comunidades del Chaco argentino, cuyas tierras y territorios fueron invadidos por productores de carne e infraestructura estatal. En *Lbaka Honbat vs. Argentina*, la Corte IDH desplegó tres nuevos argumentos importantes sobre la ESR. El primero es el enfoque completo de los derechos territoriales (de propiedad) indígenas vinculados a una alimentación suficiente y nutritiva, e incluyendo el derecho a un proceso de consulta, que la Corte argumentó debe entenderse como parte integral de sus derechos culturales. El segundo se refiere a la importancia de los derechos ambientales y culturales, como parte de un derecho adecuado a la vida, incluidos los elementos integrales de alimentación y agua adecuados; y el tercero es el conjunto de reparaciones específicas ordenadas por la Corte IDH para reintegrar y mejorar el goce de cada derecho vulnerado.⁶⁵

El razonamiento central en *Lbaka Honbat* fue el reconocimiento normativo del derecho a la identidad cultural, derecho vinculado a los bienes y medios de subsistencia de la comunidad, bajo tres lineamientos internacionales de “estándares adecuados”⁶⁶ acceso adecuado a alimentos, calidad de agua y un ambiente seguro dentro de los territorios de la comunidad. En cuanto a los derechos ambientales, al agua y a la salud de las comunidades, la Corte IDH recordó los deberes de prevención, supervisión y rendición de cuentas en la OC-23/17, considerando situaciones críticas y daños causados dentro del territorio de las

⁶⁵ La sentencia estableció remedios, reparaciones y planes específicos a ser implementados por Argentina sobre la tenencia legal de las tierras, el daño cultural, el proceso de consulta, el agua y el medio ambiente. *Lbaka Honbat vs. Argentina*, párrafos 307, 321-49.

⁶⁶ *Ibidem*, párrafo 207-9.

132 comunidades, y ordenó a la Argentina reparar tales daños, creando planes de acción para prevenir más violaciones y preservar los recursos naturales.⁶⁷

Sobre el nivel adecuado de alimentación, la Corte IDH definió las obligaciones generales reconocidas en el contenido de los artículos 34, j) de la Carta de la OEA, el artículo 11 del PIDESC, y las disposiciones concretas sobre seguridad, disponibilidad y protección del acceso adecuado a los alimentos, previstas en la observación general del CDESC, núm. 12. Sobre el derecho al agua (considerado como un bien público) y sus esquemas de disponibilidad, calidad y accesibilidad, el razonamiento de la Corte se guía por la observación general 15 del CDESC, enfatizando los deberes de mejorar las condiciones críticas en las comunidades que enfrentaban interferencias y la contaminación de sus recursos hídricos por parte de terceros.⁶⁸

En el caso *Fábrica de Fuego vs. Brasil* la Corte IDH analizó las condiciones estructurales de violación a los derechos laborales principalmente de mujeres e infantes en la fábrica “Vardo de los Fuegos” en Brasil. Aunque el análisis del derecho a la vida nuevamente fue en cuanto a las obligaciones de los Estados para evitar la privación de la vida se plantearon diversas reflexiones sobre las obligaciones de protección y preservación⁶⁹ de la vida frente a las actividades peligrosas que desarrollan las empresas, principalmente porque la situación de pobreza que prevalecía en la población dio lugar a la discriminación e imposición de condiciones y desventajas inequitativas para el acceso a un trabajo, en detrimento de mujeres, niñas y niños.⁷⁰ La corte concluyó que en el caso concreto se violaron las condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo también reconocido en las constituciones de diversos Estados parte de la CADH y de su competencia contenciosa.⁷¹ Bajo el prisma de las condiciones equitativas y justa del trabajo, en *Buzos Miskitos vs. Honduras* la Corte IDH reiteró su criterio pero fue más allá ya que amplió su criterio normativo al señalar que las condiciones deben garantizar a plenitud “la seguridad, la salud y la higiene del trabajador, a la salud y la seguridad social, y a la igualdad y no discriminación, en relación con

⁶⁷ *Idem*.

⁶⁸ *Ibidem*, párrafo 220-30.

⁶⁹ Corte IDH, *Fabrica de Fuego vs. Brasil*, sentencia del 15 de julio de 2020, párrafos 116, 139; con motivo de una explosión en una fábrica de pirotecnia fallecieron 60 personas, de las cuales 20 niñas y niños.

⁷⁰ *Ibidem*, párrafos 121-122, 187-188.

⁷¹ *Ibidem*, párrafos 169-174.

las obligaciones de respeto y garantía, y del deber de adoptar disposiciones de derecho interno”,⁷² y para ello esta vez aludió los criterios normativos del artículo 26 de la CADH que le permitieron realizar un análisis integral de los DESCAs con las obligaciones de exigibilidad inmediata y progresiva.

Como se advierte de los casos mencionados, hasta el momento, los enfoques actuales de la Corte IDH sobre los derechos económicos y sociales están conectados con el contenido y las reglas de interpretación de los artículos 26 y 29 de la CADH, y vinculados a obligaciones positivas para los derechos que se establecen a nivel internacional y que definan formas concretas de cumplir con estándares adecuados de educación, servicios de salud, seguridad social y derechos laborales. Los casos mencionados están siendo abordados por la Corte IDH a través del lente de los derechos económicos y sociales con un método genuino de interpretación directa e internacionalista, y aquí podemos encontrar varias sinergias para estudiar factores interseccionales que provocan falta de servicios de salud, falta de educación, ambiente inseguro, discriminación y pobreza de las víctimas.

V. Integración del derecho a la mejora continua de las condiciones de vida en la jurisprudencia interamericana

Teniendo en cuenta la reciente jurisprudencia sobre derechos económicos y sociales de la nueva Corte IDH y la adopción de los lineamientos del CDESC bajo las obligaciones generales de los artículos 1o. y 2o., y las obligaciones específicas de derechos sociales de los artículos 26 y 29 CADH, la pregunta es si ¿Bastan los fundamentos jurídicos para fijar un piso al derecho a la mejora continua de las condiciones de vida en la Corte Interamericana?

Para responderla debemos tener en cuenta dos factores. Como se señaló con respecto a *Muelle Flores vs. Perú*, *Cuscul Pivaral vs. Guatemala* y *Lbaka Honbat vs. Argentina*, el primero es la creciente integración de los derechos económicos y sociales previstos en los artículos 26 y 29 de la CADH e integrados con los comentarios generales del CDESC y sus estándares adecuados de accesibilidad, adaptabilidad, asequibilidad y progresividad como principios generales. El se-

⁷² Corte IDH, *Buzos Miskitos vs Honduras*, sentencia del 31 de agosto de 2021, apartado C, párrafos 61-66.

gundo es el elemento económico de no discriminación por condición económica según lo dispuesto en el artículo 1o. de la CADH. Este elemento normativo ha sido invocado en casos donde la discriminación, la exclusión y la privación económica aumentaron la vulnerabilidad de las víctimas y a su vez disminuían sus capacidades para acceder a un nivel de vida adecuado, como fue explicado en el caso *Hacienda Brasil Verde* y otros.

Ahora bien, para determinar si el derecho a la mejora continua de las condiciones de vida puede integrarse con la doctrina de los derechos económicos y sociales de la Corte IDH, se debe considerar qué lineamientos sustantivos y procesales concretos pueden articularse sobre la misma base. Mi asunción general es que la vieja doctrina de vida digna puede reorganizarse en casos que comparten la base común de que un Estado tiene la responsabilidad de suprimir y aminorar paulatinamente las condiciones de vulnerabilidad de quienes alegan violaciones, dentro de un contexto de carencia de servicios de salud, educación, seguridad social, vivienda, agua potable, etcétera.

Como resultado de los casos analizados en los apartados anteriores, propongo el siguiente marco de directrices concretas hacia la argumentación del derecho a la mejora continua de las condiciones de vida⁷³ en el sistema interamericano.

La primera directriz es un análisis procedimental de un contexto de vulnerabilidad que debe realizarse bajo el método de la interseccionalidad para develar aquellos factores convergentes que operan en conjunto para incrementar las violaciones a los derechos humanos y disminuir las condiciones de vida de las víctimas. El resultado de un método de interseccionalidad tendría consecuencias jurídicas con dos objetivos. El primer objetivo es determinar reparaciones específicas para cada violación experimentada por las víctimas/sobrevivientes. Y segundo permitiría a la Corte IDH dictar ciertas órdenes buscando remedios legislativos y públicos para mejorar las condiciones de vida involucradas en los casos.

⁷³ De antemano, debemos considerar la ambigüedad y falta de claridad conceptual del derecho, que ha socavado su implementación a nivel internacional y nacional. Por esta razón, se necesitan discusiones y propuestas académicas que brinden claridad. Sobre la falta de claridad conceptual véase Lott, Naomi, “Understanding Forgotten Rights”, en Hohmann y Goldblatt, *op. cit.*, pp. 131 y ss., quien explica cómo la falta de claridad sobre el alcance y contenido del derecho ha impactado negativamente la implementación del derecho, a pesar de los 40 años de historia del PIDESC.

La segunda directriz es la integración normativa del contenido establecido en los artículos 1o., 2o., 26 y 29, d) de la CADH, en conexión con la interpretación de los artículos 2o., 1) y 11, 1) del PIDESC y 27, 2) de la CDN, puede afianzarse en un conjunto de obligaciones positivas de los Estados sobre el Estado, para reafirmar que el “status económico” es una forma de discriminación no permisible para los Estados parte de la CADH. Además, dichos aspectos normativos deben complementarse mediante la aplicación de los comentarios generales del CDESC para especificar deberes en materia de salud, educación, vivienda, derechos de los pueblos originarios y de la niñez. Esto debe hacerse, bajo un marco específico de orientación de “estándares adecuados” en función de cada disposición legal de disponibilidad, accesibilidad, progresividad y calidad para cada derecho.

En tercer lugar, otra directriz es el enfoque económico que configura el derecho a la mejora continua de las condiciones de vida bajo una perspectiva jurídica interamericana debe entenderse como parte de las obligaciones de “pleno ejercicio” establecidas en el artículo 1o. de la CADH. De acuerdo con la prohibición de discriminación económica reconocida en el artículo 1o. del AHCR, y siguiendo el voto razonado de los ministros Ferrer Mac-Gregor y Odio Benito en *Brasil Verde*, la pobreza presenta tres aspectos: a menudo se asocia a personas en contextos de vulnerabilidad; implica múltiples condiciones discriminatorias, y la pobreza en sí misma debe ser vista como una violación de los derechos humanos.⁷⁴

Cuarta, teniendo en cuenta que todos los estados miembros actuales de la CADH que han aceptado la jurisdicción contenciosa de la CADH también han ratificado el PIDESC⁷⁵, bajo las directrices interpretativas del artículo 29, d) de la CADH⁷⁶ la Corte IDH puede considerar el concepto de “niveles de vida adecuados” previsto en el artículo 11 del PIDESC. De esta forma, la Corte IDH puede brindar una orientación efectiva sobre vivienda, salud, educación y alimentación adecuadas, a fin de conformar su propia base jurisprudencial del

⁷⁴ Corte IDH, *Brasil Verde vs. Brasil*, Voto razonado de los jueces Ferrer Mac-Gregor y Odio Benito, *supra*, párrafo 44.

⁷⁵ Consulte la lista en <https://indicators.ohchr.org> (fecha de consulta: 19 de junio de 2020).

⁷⁶ Que establece: “Ninguna disposición de la presente Convención se interpretará en el sentido de: [...] excluir o limitar los efectos que puedan tener la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza”.

derecho a la mejora continua de las condiciones de vida, como ya lo ha hecho con los derechos económicos y sociales directos de la ESR. interpretación de los derechos sociales. De hecho, tal razonamiento jurídico ha sido articulado por la Corte IDH, de manera más visible en *Lbaka Honbat vs. Argentina*, a través del enfoque de interdependencia y reparación de los derechos culturales-ambientales: el derecho a la alimentación, el derecho al agua potable y los derechos territoriales de las comunidades, que debe ser satisfecha y respetada por la Argentina y terceros.

Sobre el contenido sustantivo del derecho a la mejora continua de las condiciones de vida, Beth Goldblatt señala que las principales características de las “condiciones de vida” son “aquellos bienes/apoyos que permiten una vida digna”⁷⁷ y argumenta que “a su vez se enfoca en la realización de otros derechos humanos”.⁷⁸ Desde esta perspectiva, este derecho funciona de manera autónoma pero se convierte también en derecho llave que permite el acceso a otros derechos y una vida con mayores oportunidades.

Mostrando una genuina preocupación sobre vulnerabilidad humana, la jurisprudencia interamericana ha sido enfática en que la pobreza en sí misma es una forma de discriminación (basada en la condición económica), que desencadena otras violaciones a los derechos humanos de las víctimas y sobrevivientes.

Por lo tanto, esta concepción requiere una lectura sistemática de los artículos 1o., 4o., 26 y 29 de la CADH, para dar un sentido completo al “derecho a la vida” como requisito de inclusión económica para cumplir con otros derechos humanos en términos de estándares de adecuación.⁷⁹ La conexión entre los artículos 26 y 29(d) de la CADH y las cláusulas de “nivel de vida adecuado”, consagradas en el artículo 11 del PIDESC es evidente y necesaria.

Por una parte, y a través de una serie de casos, la Corte IDH ha construido fuertes argumentos sobre la exigibilidad de los DESC, utilizando los comentarios del CDESC para definir obligaciones o cualidades específicas que los Estados deben considerar en materia de educación, servicios de salud, seguridad social, derechos de los pueblos indígenas y derecho a un medio ambiente

⁷⁷ Véase Goldblatt, *op. cit.*

⁷⁸ *Idem.*

⁷⁹ Por ejemplo, empleo, seguridad social, acceso a la justicia, educación, medio ambiente seguro, derechos políticos, etcétera.

sano.⁸⁰ A través de este enfoque, la Corte IDH ha informado y enriquecido su propia jurisprudencia utilizando el derecho internacional de manera muy consistente, aunque dentro de los tribunales nacionales de la región no hay referencias importantes a las opiniones del CDESC para medir la afluencia de la jurisprudencia internacional. Sin embargo, considero que, bajo una concepción universalista e indivisible de los derechos humanos, será útil un tráfico de argumentos tanto de la Corte IDH como de los tribunales nacionales hacia los órganos de tratados para ampliar el contenido y las obligaciones de los derechos sociales.⁸¹ El tercer elemento es la mejora de las condiciones de vida. El término “se alinea con la idea de realización progresiva”⁸² y no es un concepto interamericano desconocido. En *Cuscul Pivaral vs. Guatemala*, la Corte IDH reconoció que el principio de progresividad obliga legalmente a los Estados miembros a tomar medidas concretas y efectivas para mejorar el acceso a las condiciones de goce pleno de los DESC. A través de una lectura sistemática de los artículos 26 de la CADH y 11 del PIDESC, la Corte IDH puede adoptar el concepto y las cualidades relacionadas con ‘mejora de las condiciones de vida’ dentro de su razonamiento legal para precisar cómo los Estados miembros están protegiendo —o no— los derechos sociales y el derecho a la vida en su dimensión más amplia.

No obstante, las objeciones al derecho a la mejora continua de las condiciones de vida pueden surgir de dos posibles críticas: su falta de un derecho legal preciso dentro de la CADH y su falta de adecuación para resolver un gran problema como la pobreza. Además, debemos considerar su actualidad los as-

⁸⁰ Con respecto a los derechos indígenas, desde su temprana jurisprudencia indígena (incluyendo el derecho a una consulta adecuada), la Corte IDH frecuentemente toma como referencia los estándares de la OIT para justificar su interpretación en un contexto dado del caso y reforzar su credibilidad. Véase Duhaime, Melissa y Décoste, Paul, “From Geneva to San José: *The ILO standards and the Inter-American System for the protection of human rights*”, *International Labour Review*, Geneva, vol. 159, núm. 4, 2020.

⁸¹ De hecho, dentro de sus opiniones, el CDESC no ha tomado como referencia el razonamiento jurídico de la Corte IDH sobre los derechos sociales. Posiblemente porque las jurisdicciones contenciosas de la Corte IDH y el CDESC tienen diferentes conjuntos de reglas (por ejemplo, la aceptación del Protocolo Adicional por parte del Estado) y estándares al crear jurisprudencia. Dentro de los tribunales nacionales de América Latina, los comentarios generales apenas se mencionan.

⁸² Goldblatt, Beth, “The work of living Social Reproduction and the Right to Continuous Improvement of Living Conditions”, en Hohmann y Goldblatt, *op. cit.*, pp. 205 y ss.

pectos subdesarrollados de tal derecho en la teoría y práctica internacional de los derechos humanos.⁸³ Sin embargo, la falta de titularidad jurídica puede ser resuelta a través de la interpretación evolutiva y sistemática, teleológica y universalista de la CADH. En cuanto al problema de la pobreza, es cierto que la ley por sí sola no puede resolverlo, pero es una herramienta útil para identificar áreas ciegas de la política pública, y se pueden utilizar argumentos jurídicos para aclarar las obligaciones del Estado en la materia.

La Corte IDH se ha mostrado dispuesta a invocar los Comentarios Generales del CDESC para dar forma y significado concretos a estándares adecuados en materia de salud, educación, seguridad social y derechos indígenas, implícitamente referidos en los artículos 21, 26 y 29 de la CADH. Así, debido a la interpretación directa de la Corte IDH sobre los derechos sociales y las crecientes alusiones a la labor del CDESC para precisar los deberes del Estado en la materia, el derecho a la mejora continua de las condiciones de vida tiene posibilidades tangibles de ser integrado al sistema interamericano tanto a nivel conceptual como normativo para su futura interpretación.

VI. Conclusión

Tomando en cuenta el panorama actual de pobreza y privación dentro de los Estados miembros de la CADH, el derecho a la mejora continua de las condiciones de vida tiene pertinencia para ser considerado en las discusiones para robustecer el efecto directo de los derechos económicos y sociales en el sistema interamericano. Este efecto directo se encuentra anclado en las obligaciones generales y específicas derivadas de los artículos 1o., 2o., 4o., 26 y 29 de la CADH, e indisolublemente ligado a las obligaciones progresivas previstas en los artículos 2o. y 11 del PIDESC. Tal concepción abona a la comprensión interamericana del enfoque de “vida digna” de una manera más útil y significativa.

El argumento central del artículo ha dejado claro que las categorías emergentes de la jurisprudencia de la Corte IDH sistematizan “estándares” inter-

⁸³ Pero, como señala Hohmann, el CDESC está emitiendo lineamientos, comentarios generales y observaciones finales que contienen supuestos implícitos sobre la pobreza, obligaciones progresivas y estándares adecuados para mejorar la práctica estatal y la *opinio juris*. Ver Hohmann, *op. cit.*, pp. 33 y ss.

nacionales sobre accesibilidad, progresividad y viabilidad desarrolladas por el CDESC, que han fijado los contornos de los derechos sociales en el derecho internacional. Bajo este marco, es indudable que existen nuevas sinergias y elementos conceptuales que podrían crear una base interamericana sólida para edificar el derecho a la mejora continua de las condiciones de vida dentro de su jurisdicción contenciosa. Y en este sentido, hay una interpretación emergente de los derechos sociales en la corte interamericana que enlaza la prohibición de la discriminación económica, los estándares adecuados de cada derecho social, sumado tanto al principio de progresividad como al contenido del artículo 11 del PIDESC para edificar el derecho a la mejora continua de las condiciones de vida. De ahí puede brotar un derecho interamericano a la mejora continua de las condiciones de vida que retome la olvidada jurisprudencia de vida digna y configure nuevas dimensiones del derecho a la vida, entendido en términos de una existencia significativa de individuos y comunidades de América Latina.

Finalmente, debemos reconocer que experiencia jurisprudencial interamericana y los enfoques progresistas de los derechos económicos y sociales, el derecho a la mejora continua de las condiciones de vida es el eslabón perdido en este momento tan crítico en el que millones de personas de los Estados miembros de la CADH abogan por condiciones socioeconómicas dignas de vida.

VII. Bibliografía

- Antkowiak, Thomas, N., “A dignified life” and the resurgence of social rights”, *Journal of Human Rights*, North Western, núm. 18, 2020, pp. 1-51.
- Beloff, Mary y Clericó, Laura, “Derecho a condiciones de existencia digna y situación de vulnerabilidad en la jurisprudencia de la corte interamericana”, *Estudios Constitucionales*, año 14, núm. 1, 2016, pp. 139-178.
- Cárdenas Poveda, Margarita, “Criterios para reparar a las víctimas del conflicto armado desde la perspectiva de la administración pública y del juez administrativo colombiano”, *Vniversitas*, núm. 139, 2019, pp. 1-15.
- De Paz Gonzalez, Isaac, *The social rights jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights. Shadow and light in international human rights law*, Edward Elgar, 2018.

- Duhaime, Melissa y Décoste, Paul, “From Geneva to San José: The ILO standards and the Inter-American System for the protection of human rights”, *International Labour Review*, Geneva, vol. 159, núm. 4, 2020.
- Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, Morales, Mariela y Flores, Rogelio, *Inclusión, ius commune y justiciabilidad de los DESCA en la jurisprudencia interamericana: El caso lagos del campo y los nuevos desafíos*, México, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2018.
- Goldblatt, Beth, “The work of living: social reproduction and the right to the continuous improvement of living conditions”, en Hohmann, Jessie y Goldblatt, Beth (eds.), *The right to the continuous improvement of living conditions: responding to complex global challenges*, Oxford, Hart Publishing, 2021.
- Hohmann, Jessie y Goldblatt, Beth (eds.), *The right to the continuous improvement of living conditions: responding to complex global challenges*, Oxford, Hart Publishing, 2021.
- Lott, Naomi, “Understanding forgotten rights”, en Hohmann, Jessie y Goldblatt, Beth (eds.), *The right to the continuous improvement of living conditions: responding to complex global challenges*, Oxford, Hart Publishing, 2021.
- MacNaughton, Gillian, “Beyond a minimum threshold: the right to social equality”, en Lanse Minkler (ed.), *The state of economic and social human rights: a global overview*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, pp. 271-305.
- Nolan, Jonathan, *The Oxford Handbook of Children’s Rights Law*, Oxford University Press, 2020.
- Truscan, Ivona y Bourke-Martignoni, Joanna, *Derecho internacional de los derechos humanos y la discriminación interseccional*, 2016, pp. 6, 104,124.
- Valentini, Laura, “Dignity and human rights. A reconceptualisation”, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 37, núm. 4, 2017, pp. 862-885.

Jurisprudencia

- Amparo en revisión 307/2016*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 1a. Sala, párrafos 70-80, 2018.
- Colombia, Tribunal Constitucional, *caso T-239/01*, jurisprudencia 2016.
- Colombia, Tribunal Constitucional, *caso T-416/01*, jurisprudencia 2001.

Colombia, Tribunal Constitucional, *caso T-664/10*, jurisprudencia 2010.

Corte IDH, *Buzos Miskitos vs. Honduras*, sentencia del 31 de agosto de 2021.

Corte IDH, *Comunidad Moiwana vs. Suriname*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 15 de junio de 2005.

Corte IDH, *Comunidades afrodescendientes desplazadas de la cuenca del Río Cacarica (operación géngsis) vs. Colombia*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 20 de noviembre de 2013.

Corte IDH, *Comunidades indígenas miembros de la asociación Lbaka Honbat (nuestra tierra) vs. Argentina*, fondo, reparaciones, costas, 6 de febrero de 2020.

Corte IDH, *Fabrica de Fuego vs. Brasil*, sentencia del 15 de julio de 2020.

Corte IDH, *Familia Barrios vs. Venezuela*, fondo, reparaciones y costas, 24 de noviembre de 2011.

Corte IDH, *Furlan y familiares vs. Argentina*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 31 de agosto de 2012.

Corte IDH, *González Lhuy y otros vs. Ecuador*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 1 de septiembre de 2015.

Corte IDH, *González y otras (“Campo algodonero”) vs. México*, Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, 16 de noviembre de 2009.

Corte IDH, *Hacienda Brasil Verde vs. Brasil*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 20 de octubre de 2016.

Corte IDH, *Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay*, sentencia de fondo, 5 de agosto de 2009.

Corte IDH, *Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 22 de noviembre de 2006.

Corte IDH, *Masacres de el mozote y lugares aledaños vs. El Salvador*, fondo, reparaciones y costas, 25 de octubre de 2012.

Corte IDH, *Muelle Flores vs. Perú*, excepciones, fondo, reparaciones y costas, 6 de marzo de 2019.

Corte IDH, *Niños de la calle vs. Guatemala*, sentencia de fondo, 19 de noviembre de 1999.

Corte IDH, *Rosendo Cantú y otra vs. México*, sentencia de fondo, 31 de agosto de 2010.

- Corte IDH, *Sanboyama vs. Paraguay*, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 29 de marzo de 2006.
- Corte IDH, *Servellón García y otros vs. Honduras*, sentencia de fondo, 21 de septiembre de 2006.
- Corte IDH, *Xákemok vs. Paraguay*, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 24 de agosto de 2010.
- Corte IDH, *Ximenes Lopes vs. Brasil*, sentencia de fondo, 4 de julio de 2006.
- Corte IDH, *Yakye vs Paraguay*, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 17 de junio de 2005.
- Corte IDH, *Yarce y otras vs. Colombia*, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, 22 de noviembre de 2016.
- Perú, Tribunal Constitucional, Pleno *sentencia 778/2020*, Expediente 00002-2020-CC/TC, 2020.

Informáticas

- BBC News Mundo Bolivia, *Crisis en Bolivia: el “uso desproporcionado de la fuerza” contra seguidores de Evo Morales en Bolivia recibe el repudio de organizaciones internacionales*, 2019. <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-50443318>.
- Boris Santander Cepeda, *Chile, el pacto social en cuarentena*, 2020. https://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=S2448-51362020000200181&script=sci_art-text
- CEPAL, *Informe de avance cuatrienal sobre el progreso y los desafíos regionales de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible en América Latina y el Caribe*, CEPAL, 2019.
- Comisión IDH, *CIDH culmina visita a Brasil*, 2018. <https://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2018/238.asp>
- Comisión IDH, *Desplazamiento interno en el Triángulo Norte de Centroamérica: Lineamientos para la formulación de políticas públicas*, 2018, párrafo 54. <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/desplazamientointerno.pdf>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Pandemia y Derechos Humanos en las Américas: Resolución 1/2020*, 2020. <http://oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-1-20-es.pdf>

- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Pobreza y Derechos Humanos*, 2017, párrafo 57, pp. 74-8, 91. <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/pobrezaddhh2017.pdf>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, *opinión consultiva OC-23/17*, solicitada por la república de Colombia, 15 de noviembre de 2017. https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_23_esp.pdf
- ONU, Comité de Derechos Humanos (CCPR), *México: observaciones finales sobre el sexto informe periódico de México*, 2019. <https://www.refworld.org/es/docid/5dc499d74.html>
- Organización de los Estados Americanos, *Indicadores de progreso para la medición de derechos contemplados en el protocolo de San Salvador*, 2a. ed., 2015. https://www.oas.org/en/sedi/pub/indicadores_progreso.pdf
- United Nations Human Rights, *Status of ratification interactive dashboard*. <https://indicators.ohchr.org> (fecha de consulta: 19 de junio de 2020).

Un seguro de desempleo para México

Unemployment insurance for Mexico

Assurance-chômage pour le Mexique

Verónica Lidia Martínez Martínez

 <https://orcid.org/0000-0002-7927-3006>

Universidad Anáhuac. México

Correo electrónico: veronica.martinezma@anahuac.mx

Recepción: 12 de octubre de 2023

Aceptación: 14 de marzo de 2024

DOI: <https://doi.org/10.22201/ij.24487899e.2024.39.19492>

RESUMEN: El desempleo constituye uno de los riesgos que pone en peligro la existencia humana, genera pobreza e incrementa la delincuencia. En México se han implementado ayudas y apoyos por desempleo, cuyas naturaleza y caracteres se diferencian, en gran medida, del seguro de desempleo. Con base en un orden metodológico, analítico, descriptivo y propositivo, este trabajo tiene como objetivo general exponer los principales componentes para la regulación del seguro de desempleo en México, a partir de los parámetros establecidos en las normas internacionales, los seguros de desempleo instaurados en Norteamérica y América Latina, que son motivo de nuestro estudio con el apoyo de los métodos analítico y comparado, además de los datos estadísticos que se interrelacionan con los niveles de desocupación.

Palabras clave: seguridad social, seguro de desempleo, criterios de elegibilidad, cotizaciones, cuenta individual.

ABSTRACT: Unemployment is one of the risks that endangers human existence, generates poverty and increases crime. In Mexico, unemployment aid and support have been implemented, the nature and characteristics of which differ, to a large extent, from

unemployment insurance. This work, based on a methodological, analytical, descriptive and purposeful order, has as its general objective to expose the main components for the regulation of unemployment insurance in Mexico based on the parameters established in international standards, unemployment insurance established in North America and Latin America that are the subject of our study with the support of analytical and comparative methods, in addition to statistical data that is interrelated with unemployment levels.

Keywords: social security, unemployment insurance, eligibility criteria, contributions, individual account.

RÉSUMÉ: Le chômage est l'un des risques qui met en danger l'existence humaine, engendre la pauvreté et augmente la criminalité. Au Mexique, des aides et soutiens au chômage ont été mis en place, dont la nature et les caractéristiques diffèrent, dans une large mesure, de l'assurance-chômage. Ce travail, basé sur un ordre méthodologique, analytique, descriptif et objectif, a pour objectif général d'exposer les principales composantes de la réglementation de l'assurance-chômage au Mexique sur la base des paramètres établis dans les normes internationales, l'assurance-chômage établie en Amérique du Nord et en Amérique latine Amérique qui font l'objet de notre étude à l'aide de méthodes analytiques et comparatives, en plus de données statistiques interdépendantes avec les niveaux de chômage.

Mots clés: sécurité sociale, assurance chômage, critères d'éligibilité, cotisations, compte individuel.

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Panorama normativo y caracteres del seguro de desempleo.* III. *Normativa y panorama del desempleo en México.* IV. *Diseño y caracteres del seguro de desempleo para México.* V. *Conclusión.* VI. *Bibliografía.*

I. Introducción

Aunque en México durante 2023 los niveles de desocupación han sido inferiores a los registrados en los años 2020, 2021 y 2022, como resultado de la pandemia por COVID-19, sus efectos adversos hacen necesario el reconocimiento y la regulación de un seguro de desempleo (SD). Más allá de los insuficientes apoyos de carácter asistencial y los instituidos en los fragmentarios sistemas de seguros sociales, las medidas para atender la falta de ingresos que conlleva la falta de empleo no tienen una adecuada y específica regulación, sino que forman parte

de una cuenta individual aperturada para la cobertura de los seguros de retiro, cesantía en edad avanzada y vejez que cubren la contingencia del retiro laboral.

Uno de los principales vacíos que presentan los sistemas de seguros sociales en México es el reconocimiento y la regulación de la contingencia del desempleo, a pesar de que éste es identificado como uno de los principales riesgos para la seguridad social, de acuerdo con los estándares que hacen posible la cobertura de derechos prestacionales bajo niveles de suficiencia en importe y duración, así como las condiciones para su acceso y asequibilidad.

Frente a este panorama, el presente artículo, con base en un orden metodológico, analítico, descriptivo, comparativo y propositivo, se compone de seis apartados. En el primero de ellos se plantea la introducción.

En el segundo apartado se analizan las normas internacionales que han establecido los parámetros que deben ser observados por los Estados para lograr el establecimiento e implementación del SD en sus respectivos sistemas jurídicos, bajo los mínimos niveles de suficiencia. El otro tema que es parte del objeto del segundo apartado es la naturaleza y caracteres imperantes en el SD, identificados principalmente por los organismos internacionales.

En el tercer apartado de este trabajo, con base en el método analítico, nos enfocamos en la revisión de la regulación, cobertura, esquemas prestacionales, criterios de elegibilidad y fuentes de financiamiento de los apoyos por desempleo que en México se han instaurado en el ámbito de los seguros sociales y en terreno asistencial, sin que puedan ser concebidos como seguros por desempleo.

Asimismo, con base en el método comparado que posibilita la revisión de los estándares fijados para el diseño e implementación del SD por parte de los organismos internacionales y los instaurados en América Latina, en el cuarto apartado del artículo se exponen los principales componentes del SD en México, consistentes en el tipo de esquema de protección, la cobertura de los beneficiarios o población protegida, el nivel de la cuantía de los derechos prestacionales, los períodos para su otorgamiento y de espera, las condiciones de elegibilidad para acceder y mantener la cobertura de las prestaciones por desempleo y su esquema de financiamiento.

Finalmente, en el apartado cinco se brinda al lector una conclusión del trabajo desarrollado; mientras que en el apartado seis se insertan las fuentes de consulta que hicieron posible su realización.

II. Panorama normativo y caracteres del seguro de desempleo

Como parte de los derechos humanos laborales y de seguridad social que tiene toda persona se encuentra la protección contra el desempleo, cuyo reconocimiento expreso se encuentra en el artículo 23 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en el Preámbulo del texto constitucional de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y en sus normas internacionales, además de su identificación como uno de los riesgos protegidos por la seguridad social que forma parte de su contenido esencial por disposición de la Observación número 19 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR).

Dentro de la clasificación de las normas internacionales de seguridad social de la OIT, el SD, paro o cesantía se encuentra normado en los convenios y recomendaciones de alcance general, y en los especializados en su regulación. El primer tipo de instrumentos internacionales actualizados¹ que norman al desempleo, como una de las ramas de la seguridad social, son el Convenio número 102 sobre la seguridad social (norma mínima), en su parte IV, y las recomendaciones sobre la seguridad de los medios de vida (número 67), sobre la seguridad social (fuerzas armadas, número 68) y sobre los pisos de protección social (número 202).

Las normas internacionales actualizadas y especializadas en regular y fijar los niveles de las prestaciones por desempleo son el Convenio 168 sobre el fomento del empleo y la protección contra el desempleo, y la Recomendación 176 que lo complementa por guardar relación con su contenido.

Diseñado bajo el modelo del Convenio 102, el Código Europeo de la Seguridad Social regula al SD, mientras que los Reglamentos comunitarios 883/2004 y 987/2009 han instaurado principios hermenéuticos y normas conflictuales para coordinar la cobertura de las prestaciones por desempleo reconocidas en los divergentes sistemas de seguridad social europeos.

La jurisprudencia y la resolución a las cuestiones prejudiciales emitidas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) constituyen un punto fundamental que contribuye a lograr la exigibilidad de las prestaciones por desempleo y los factores que han motivado y fundamentado la propuesta de reforma a los reglamentos de base y de aplicación presentada por parte de la Comisión

¹ Los convenios actualizados se encuentran abiertos a la ratificación por parte de los Estados miembros.

Europea presentada el 13 de diciembre de 2016 y el Acuerdo provisional del 25 de marzo de 2019.

El desempleo, provocado por la desaceleración de la economía, la inequidad y precariedad de los mercados laborales, el incremento de la informalidad, la instauración de nuevas tecnologías, la falta de cualificación profesional y los desastres naturales, constituye uno de los principales riesgos que pone en peligro la existencia del ser humano como resultado de la falta de empleo que proporcione ingresos. A pesar de la necesidad de instaurar los paliativos para abatirlo, el 75% de los 150 millones de personas desempleadas a nivel mundial carecen de un SD,² mientras que en América Latina y el Caribe, durante el primer trimestre de 2022, se registró una tasa de desocupación promedio de 7.9%, el 57.2% como tasa de ocupación y el 6.2% como tasa de participación en la fuerza de trabajo.³ La mayoría de los países que conforman ambas regiones carecen de SD.

La falta o insuficiente cobertura del SD constituye un grave problema, porque frena el crecimiento y desarrollo a nivel nacional, propicia la delincuencia, aminora los niveles de producción, eleva el déficit público, desestabiliza el consumo, frena la política y la justicia social, incrementa la pobreza, eleva la informalidad laboral, incide negativamente en el ejercicio de los derechos humanos al trabajo, la salud, vivienda, educación, recreación, entre otros, además de afectar los ingresos familiares, la reinserción laboral, la autoestima y superación de los seres humanos.

Generalmente los derechos prestacionales por desempleo, paro forzoso o cesantía cubren el riesgo de la pérdida de ingresos que sufre el trabajador como consecuencia de la pérdida involuntaria de su empleo, aunque algunos países, como Alemania y Bélgica, prevén su otorgamiento cuando tiene lugar la reducción horaria laboral. Mientras que otros países,⁴ con la finalidad de preservar la

² Oficina Internacional del Trabajo, *Informe sobre el trabajo en el mundo 2000. La seguridad de los ingresos y la protección social en el mundo en plena transformación*. <https://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/gb/docs/gb279/pdf/esp-7.pdf> (fecha de consulta: 3 de julio de 2023).

³ Organización Internacional del Trabajo, *Panorama laboral 2022*. https://www.ilo.org/americas/sala-de-prensa/WCMS_854766/lang-es/index.htm (fecha de consulta: 13 de julio de 2023).

⁴ Estados Unidos y Canadá decretan la improcedencia de las solicitudes de desempleo en casos de terminación o rescisión de la relación laboral decretada por el patrón por causas imputables al prestador del servicio.

permanencia y estabilidad de empleo, decretan la improcedencia de las solicitudes de desempleo en los casos de terminación o rescisión de la relación laboral, por causas imputables al prestador del servicio, o instauran una penalización en el nivel de los prestaciones por desempleo.

El desempleado que puede acceder a la cobertura del SD debe ser una persona con aptitud para laborar y con disponibilidad para aceptar un empleo adecuado. Por lo tanto, los trabajadores impedidos de prestar el servicio como consecuencia de una incapacidad permanente (parcial o total) o un estado de invalidez (temporal o permanente) no pueden ser considerados para acceder a los derechos prestacionales del SD; y tampoco quienes se ubiquen bajo los supuestos del retiro de la vida laboral para acceder a las pensiones de cesantía en edad avanzada o de vejez. Asimismo, la negativa de aceptar un empleo conveniente provoca la supresión de las prestaciones por desempleo.

Superado el periodo de espera, las prestaciones por desempleo deben ser conferidas de manera inmediata y adecuada para garantizar la subsistencia y la mejora de los niveles de vida. De este modo se impedirá recurrir a empleos en el sector informal, aunque con una duración corta, para evitar generar dependencia y desincentivar la búsqueda de empleo. De acuerdo con el TJUE, una prestación concedida como resultado de la pérdida del trabajo, y a la que deja de tenerse derecho cuando cesa esa situación como consecuencia del ejercicio por el interesado de una actividad remunerada, debe ser considerada una prestación de desempleo.⁵

No obstante que el diseño de los sistemas de seguridad social, bajo el principio de territorialidad, constituye un tema de carácter doméstico que corresponde su regulación a los Estados como resultado de su realidad, necesidades y la confluencia de factores políticos, sociales, económicos y culturales, la mayoría de las legislaciones impone los siguientes requisitos para la cobertura del SD:

- a) La afiliación a un sistema de seguridad social que cubra la contingencia por desempleo. En algunos países, como Finlandia y Liechtenstein, se exige la residencia.
- b) Encontrarse en situación de desempleo total o parcial. El primer tipo de desempleo es resultado de la rescisión o terminación de la relación laboral,

⁵ STJUE de 19 de septiembre de 2013. Asuntos C-216/12 y C-217/12. *Caisse Nationale des Prestations Familiales vs Fjola Hliddal y Pierre-Louis Bornand*, respectivamente.

- y trae aparejado la carencia de ganancias por la imposibilidad de obtener un empleo conveniente.⁶ En el desempleo parcial o intermitente perdura la relación de trabajo, pero existe una reducción en su duración normal o legal.⁷
- c) Acreditar la disponibilidad para buscar empleo, aceptar una colocación adecuada y la suscripción de un compromiso de actividad.
 - d) La cobertura de un periodo mínimo de cotización.
 - e) No haber cumplido la edad requerida para causar baja del servicio activo y el acceso a una jubilación o pensión por retiro, salvo que no se tenga derecho a estas últimas.

III. Normativa y panorama del desempleo en México

Durante el primer trimestre de 2023, la población económicamente activa (PEA) fue de 60 millones de personas, con una tasa de participación de 60.2%; mientras que la población desocupada fue de 1.6 millones de personas, con tasas de desocupación de 2.7% de la PEA, y de subocupación del 7% de la población ocupada.⁸

A pesar de los niveles de desempleo y de las múltiples y divergentes iniciativas presentadas en los ámbitos federales y locales con la finalidad de instaurar un SD en México, su inexistencia ha imposibilitado la ratificación del Convenio 168 sobre el fomento del empleo y la aceptación de la parte IV del Convenio 102. El Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores (INFONAVIT) ha instaurado, en favor de las personas desempleadas, una parte de la cobertura de la mensualidad de sus créditos de vivienda con cargo al fondo de protección de pagos y el pago mínimo por parte del beneficiario del apoyo.

El 2% de los pagos mensuales de los créditos de vivienda, otorgados a partir de 2009, es la fuente de financiamiento del fondo de protección de pagos que opera hasta por seis meses cuando se cumplimentan los siguientes requisitos:

⁶ Artículo 10 del Convenio 168 sobre el fomento del empleo y la protección contra el desempleo. https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:P12100_ILO_CODE:C168 (fecha de consulta: 13 de julio de 2023).

⁷ *Idem*.

⁸ Instituto Nacional de Estadística y Geografía, *Encuesta Nacional de Ocupación y Empleo* 2023. https://www.inegi.org.mx/contenidos/saladeprensa/boletines/2023/enoen/enoen2023_03_b.pdf (fecha de consulta: 4 de junio de 2023).

- a) La existencia de un crédito de vivienda otorgado a partir de 2009.
- b) Estar en situación de desempleo.
- c) No tener la calidad de pensionado.
- d) Comprobar haber sido sujeto de una relación laboral durante seis meses.
- e) No haber sido beneficiario del apoyo por desempleo en los cinco años previos al ingreso de la nueva solicitud.

Por su parte, la Ley del Seguro Social (LSS) y la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado (LISSSTE) regulan el retiro parcial de los recursos de las cuentas individuales por concepto de ayudas por desempleo, lo que no es equiparable con la regulación e instauración de un SD y el nivel de sus beneficios prestacionales.

La Comisión Nacional de Ahorro para el Retiro (CONSAR) ha registrado, por concepto de ayuda por desempleo de 2000 al primer trimestre de 2023, los siguientes retiros parciales de las cuentas individuales.⁹

Cuadro 1. Retiros por concepto de ayuda por desempleo

Año	Desempleo		
	Eventos (miles)	Monto (mdp)	Variación Anual %
2000	15.2	16.1	--
2001	36.1	60.5	275.0
2002	108.2	226.4	274.3
2003	212.6	499.1	120.4
2004	2761.6	720.4	44.3
2005	355.0	1,023.6	42.1
2006	477.9	1,525.7	49.1
2007	527.5	1,963.2	28.7
2008	607.4	2,342.1	19.3

⁹ Comisión Nacional de Ahorro para el Retiro, *Informe Trimestral al H. Congreso de la Unión sobre la situación del Sistema de Ahorro para el Retiro*, enero-marzo de 2023, disponible en: https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/827848/Informe_Trim_SAR_2023.pdf (fecha de consulta: 6 de julio de 2023)

2009	1,197.3	6,418.8	174.1
2010	974.2	6,500.9	1.3
2011	959.7	6,460.1	-0.6
2012	975.6	7,237.9	12.0
2013	1,058.3	8,455.8	16.8
2014	1,203.7	9,863.6	16.6
2015	1,407.3	8,433.7	-14.5
2016	2,144.6	8,678.7	2.9
2017	1,961.3	8,247.6	-5.0
2018	2,155.5	9,493.1	15.1
2019	2,523.0	12,030.8	26.7
2020	2,458.8	20,060.4	66.7
2021	1,996.40	22,042.20	9.8
2022	1912.80	23,169.00	5.1
Marzo 2023	393.20	5,692.10	10.80

Fuente: Informe de la Comisión Nacional de Ahorro para el Retiro.

Los requisitos que la LSS establece para que los cuentahabientes puedan disponer de la ayuda por desempleo son:

- a) Ser derechohabiente del Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS).
- b) La existencia de una cuenta individual manejada por una Administradora de Fondos para el Retiro (AFORE).
- c) La apertura de un expediente actualizado de identificación del cuentahabiente.
- d) Haber cotizado un mínimo de dos años.
- e) Tener 46 días en situación de desempleo.
- f) No haber realizado el retiro de la ayuda por desempleo durante los últimos cinco años anteriores a la nueva solicitud.
- g) Solicitar la ayuda por desempleo.

La cobertura de los anteriores requisitos hace posible la entrega de una cantidad equivalente a treinta días del último salario base de cotización (SBC), pe-

ro con un tope máximo de diez veces el salario mínimo mensual que rija en el Distrito Federal, hoy Ciudad de México, determinados por la desindexación del salario mínimo conforme a la Unidad de Medida y Actualización,¹⁰ cuando se tenga una cuenta individual con tres años de apertura.

Otra modalidad de retiro de la ayuda por desempleo es la entrega, por parte de la AFORE, de una cantidad que resulte inferior entre noventa días del SBC de las últimas 250 semanas, o las que tuviere el derechohabiente, y el 11.5% de los recursos acumulados en su cuenta individual.

El monto de la ayuda por desempleo dependerá, en el caso del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado (ISSSTE), del régimen pensionario del solicitante. De haber optado el derechohabiente por el régimen instituido por el artículo décimo transitorio de la LISSSTE, podrá disponer del 10% del saldo de la subcuenta de retiro. En cambio, bajo el modelo de cuentas individuales, la AFORE entregará el monto que resulte menor entre el 10% del saldo de la cuenta individual, o bien, 75 días del sueldo básico de los últimos cinco años.

El derechohabiente del ISSSTE, en cualquiera de sus modalidades, deberá contar con un expediente de identificación actualizado, acreditar no haber realizado retiros por desempleo durante los cinco años inmediatos anteriores a la nueva solicitud, y tener 46 días naturales en situación de desempleo.

La desventaja de los apoyos instaurados por el INFONAVIT, el IMSS e ISSSTE es su acotada cobertura cada cinco años dentro del mercado laboral mexicano, con una tasa de rotación del 16.7%, que es considerada la más alta en Latinoamérica,¹¹ y el escaso ahorro voluntario. Adicionalmente, las ayudas por desempleo previstas en la LSS y la LISSSTE traen aparejada la reducción de los recursos acumulados en la cuenta individual y las semanas cotizadas o los años de servicio, en proporción al monto retirado que incide de manera negativa en la posibilidad de acceder a los seguros de cesantía en edad avanzada y vejez; así como en el monto de las pensiones que se otorguen con la finalidad de cubrir la

¹⁰ Decreto por el que se declara reformadas y adicionadas diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de desindexación del salario mínimo, *Diario Oficial de la Federación*, 20 de enero de 2016. https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5423663&fecha=27/01/2016#gsc.tab=0 (fecha de consulta: 30 de junio de 2023).

¹¹ Instituto Nacional de Estadística y Geografía, *Encuesta Nacional de Ocupación y Empleo 2023*, *op. cit.*

contingencia del retiro de la vida laboral. El reintegro de las semanas de cotización o los años de servicios tendrá lugar cuando se devuelva el monto retirado por concepto de ayuda por desempleo.

La otra modalidad que se ha empleado para aminorar los efectos negativos que provoca el desempleo en México es la instauración de programas sociales de carácter asistencial, los cuales, a pesar de su incorrecta identificación como seguros de desempleo, no lo son. Estos programas sociales tienen al gasto público como su principal fuente de financiamiento. De igual manera, ante el incremento del desempleo parcial y total como resultado de la pandemia por COVID-19, en la mayoría de las entidades federativas se implementaron programas asistenciales de apoyo al empleo y proliferaron las iniciativas para promover un SD sin lograr su instauración.

De 2022 a 2023 en la Ciudad de México (CDMX), el Estado de México (EDOMEX) y Querétaro se han implementado apoyos por desempleo, que son otorgados cuando se reúnen los requisitos exigidos. En los cuadros 2 y 3 se pueden apreciar los criterios de elegibilidad para acceder a la ayuda asistencial de carácter económica que ofrecen, así como su monto y duración.

Cuadro 2. Criterios de elegibilidad de los apoyos por desempleo

Ámbito territorial	Condiciones de elegibilidad
CDMX ¹²	Población en general: Residente en la CDMX, de 18 a 64 años y 9 meses, solicitar el apoyo, pérdida involuntaria del empleo, haber laborado en un empleo formal y causar baja, tener disponibilidad para buscar empleo, no percibir ingresos por jubilación o pensión, no ser beneficiario (a) de otro programa similar, tener cuenta llave y darse de alta en la Bolsa de Trabajo del Servicio Nacional de Empleo.

¹² Reglas de Operación del Programa Social, Seguro de desempleo de la Ciudad de México, para el ejercicio fiscal 2022, *Gaceta Oficial de la Ciudad de México*, 24 de enero de 2022. https://trabajo.cdmx.gob.mx/storage/app/media/reglas-de-operacion-seguro-de-desempleo_2022.pdf (fecha de consulta: 21 de julio de 2023).

EDOMEX ¹³	Mexiquense a partir de los 18 años, solicitar el apoyo, pérdida involuntaria del empleo, haber laborado en un empleo formal y causado baja en los últimos cuatro meses previos a la fecha de la solicitud del apoyo por desempleo con disponibilidad para buscar empleo y no ser beneficiario de otro programa de desarrollo social federal, estatal o municipal que otorgue apoyos monetarios.
QUERÉTARO ¹⁴	Residente en la entidad federativa a partir de los 18 años, solicitar el apoyo, pérdida involuntaria del empleo, haber laborado en un empleo formal durante seis meses consecutivos y causar baja doce meses previos a la fecha de la solicitud del apoyo por desempleo, contar y proporcionar teléfono o correo electrónico de contacto.

Fuente: Elaboración propia con base en las fuentes citadas.

Cuadro 3. Cuantía de los apoyos por desempleo

Ámbito territorial	Beneficio	Duración
CDMX ¹⁵	\$2,925.09	Población general: cada dos años y hasta en dos ocasiones
EDOMEX ¹⁶	\$3,000.00	Por única ocasión y en una sola exhibición.
QUERÉTARO ¹⁷	\$3,500.00	De manera mensual durante dos meses.

Fuente: Elaboración propia con base en las fuentes citadas.

¹³ Acuerdo de la Secretaría del Trabajo del Estado de México por el que se expiden las reglas de operación del programa de desarrollo social “Apoyo al desempleo formal”, *Gaceta de Gobierno del Estado de México*, 13 de marzo de 2023, Sección Primera, disponible en: <https://legislacion.edomex.gob.mx/sites/legislacion.edomex.gob.mx/files/files/pdf/gct/2023/marzo/mar131/mar131b.pdf> (fecha de consulta: 21 de julio de 2023).

¹⁴ Secretaría del Trabajo del Estado de Querétaro, *Programa estatal por desempleo*, disponible en: <https://portal.queretaro.gob.mx/trabajo/> (fecha de consulta: 20 de julio de 2023).

¹⁵ Reglas de Operación del Programa Social, Seguro de desempleo de la Ciudad de México, *op. cit.*

¹⁶ Acuerdo de la Secretaría del Trabajo del Estado de México por el que se expiden las reglas de operación del programa de desarrollo social “Apoyo al desempleo formal”, *op. cit.*

¹⁷ Secretaría del Trabajo del Estado de Querétaro, *Programa estatal por desempleo*, *op. cit.*

Como puede advertirse, la baja cuantía de los apoyos por desempleo resulta insuficiente para cubrir las necesidades básicas de los desempleados y sus familias. Baste referir que el costo a escala de la canasta básica¹⁸ en enero de 2023 fue de \$2,144 en zonas urbanas, y \$1,644 en las rurales;¹⁹ mientras que el valor de la canasta básica ampliada²⁰ fue de \$4,280 en las zonas urbanas y \$3,091 en las zonas rurales.²¹ Las anteriores cifras, que tienden a incrementarse como resultado del alza de los precios de algunos productos básicos provocada por la inflación en México, no garantizan un nivel de vida adecuada para afrontar la contingencia del desempleo en México, como tampoco promueven la capacitación y reinserción laboral.

IV. Diseño y caracteres del seguro de desempleo para México

Aunque los niveles de desempleo durante 2023 han tenido un decremento en comparación con los años de 2021 y 2022 a causa de la pandemia por COVID-19, 60 millones de personas formaron parte de la PEA hasta febrero de 2023, en tanto que 4.3 millones de personas se encontraban sub ocupadas y 1.6 millones de personas carecen de empleo.²²

Este panorama y los limitados apoyos económicos para superar los efectos negativos que provocó la pandemia de COVID-19 muestran la necesidad de instaurar el SD en México, con la consideración de los factores políticos, so-

¹⁸ La canasta básica en México se integra por maíz y sus derivados, pan y galletas, carnes, frutas y verduras, jugos y bebidas gaseosas, cereales, leguminosas, lácteos, aceites, alimentos preparados, azúcar y mieles.

¹⁹ Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social, *Valor de la canasta básica alimentaria*, disponible en: <https://www.coneval.org.mx/Medicion/MP/Paginas/Lineas-de-bienestar-y-canasta-basica.aspx> (fecha de consulta: 21 de julio de 2023).

²⁰ La canasta básica ampliada se integra con los alimentos de la canasta básica alimentaria y otros productos y servicios no alimentarios como transporte público o privado, productos para la higiene y cuidado personal, vivienda con sus servicios, ropa, calzado, productos y servicios relacionados con la educación, la salud, la cultura y el esparcimiento.

²¹ Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social, *Valor de la canasta básica ampliada*, disponible en: <https://www.coneval.org.mx/Medicion/MP/Paginas/Lineas-de-bienestar-y-canasta-basica.aspx> (fecha de consulta: 22 de julio de 2023).

²² Instituto Nacional de Estadística y Geografía, *Encuesta Nacional de Ocupación y Empleo 2023*, *op. cit.*

ciales, económicos, financieros y culturales, guiados por estudios actuariales y las directrices establecidas por los organismos internacionales bajo el marco del sistema jurídico mexicano, y la garantía de la exigibilidad del derecho de los beneficiarios a recibir información sobre todos los derechos y servicios que brinda el SD.

Un punto clave en el diseño del SD es la delimitación de su cobertura. De acuerdo con el Convenio 168 de la OIT, en la cobertura del SD deberá estar representado el 85 % de los asalariados; las personas que se contraten a tiempo parcial, con la posibilidad de incluir a los funcionarios públicos hasta la edad de su retiro; a los aprendices, cuando sus percepciones no sobrepasen los límites establecidos; y a tres de las diez categorías de personas que busquen empleo, a los que no se les haya atribuido la calidad de desempleados, se encuentren percibiendo las prestaciones por desempleo o dejado de recibirlos.²³

En el caso de los residentes, deberán considerarse a los que se encuentren en edad activa,²⁴ cuando no sobrepasen los límites establecidos.²⁵ Y aunque la cobertura deberá ampliarse de manera progresiva a todos los asalariados, y a las personas que tengan dificultades para acceder a las prestaciones por desempleo durante el período de espera,²⁶ se prevé la exclusión de ciertos grupos del SD, como los trabajadores al servicio del Estado, a los que laboren en industrias familiares y a quienes perciban ingresos altos.²⁷

Contrariamente a lo dispuesto por el CDESCR, que considera necesaria la cobertura de las prestaciones por desempleo en favor de los trabajadores estacionales, los que laboran por cuenta propia y a tiempo parcial, así como los que prestan sus servicios en formas atípicas de empleo dentro de la econo-

²³ Artículo 21 del Convenio 168 sobre el fomento del empleo y la protección contra el desempleo, *op. cit.*

²⁴ Artículo 5, inciso c) de la Recomendación sobre los pisos de protección social (número 202). https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0:NO::P12100_INSTRUMENT_ID:3065524 (fecha de consulta: 22 de julio de 2023).

²⁵ Artículo 21 del Convenio 168 sobre el fomento del empleo y la protección contra el desempleo, *op. cit.*

²⁶ Artículo 17 de la Recomendación sobre el fomento del empleo y la protección contra el desempleo (número 176). https://normlex.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0:NO::P12100_ILO_CODE:R176 (fecha de consulta: 26 de julio de 2023).

²⁷ Wu, Jackie, *Unemployment Benefits Systems: the International Labour Organization's Recommendations*, Hong Kong, Research and Library Services Division, Legislative Council Secretariat, 2000, p. 6.

mía no estructurada,²⁸ la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) justifica su exclusión por la dificultad que existe en la acreditación del desempleo²⁹ como uno de los criterios de elegibilidad para acceder al SD.

Tratándose de las personas que pierden su empleo como resultado de una incapacidad permanente o estado de invalidez, y a los que por su edad se encuentren en la posibilidad de retirarse, se ha justificado su exclusión de la cobertura del SD al ser posible su incorporación como sujetos de protección bajo los seguros de riesgos de trabajo, invalidez, cesantía en edad avanzada o vejez, respectivamente. Debido a la poca disponibilidad de tiempo que tienen las personas que ejercen las labores de cuidado familiar, también se les ha relegado como beneficiarios del SD.³⁰

Aunque en México la cobertura de los regímenes obligatorios, instaurados en la LSS y la LISSSTE, ofrecen una protección específica en favor de sus derechohabientes que son víctimas de un riesgo de trabajo, de quienes presentan un estado de invalidez o han optado por el retiro laboral que justifica su exclusión del SD, resulta necesario el progresivo reconocimiento de todas las personas que tienen una relación laboral en el ámbito privado y público ante la indecencia, inestabilidad y precariedad del mercado laboral, además de los despidos o terminación de las relaciones laborales que derivan de los cambios de la administración pública o de los titulares de las dependencias y entidades sujetas a la Ley Federal de los Trabajadores al servicio del Estado, reglamentaria del apartado b) del artículo 123 constitucional, que hacen necesaria la cobertura de las prestaciones por desempleo.

Por supuesto que la cobertura del SD, en favor de la población derechohabiente, dependerá del cumplimiento de las condiciones de elegibilidad, siendo común la exigibilidad de las siguientes:

- a) Encontrarse en situación de desempleo.
- b) La presentación de la solicitud para acceder al SD.

²⁸ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general número 19, *El derecho a la seguridad social (artículo 9)*. <https://www.refworld.org/es/publisher/CESCR/GENERAL/47d6667f2,0.html> (fecha de consulta: 5 de julio de 2023).

²⁹ Comisión Económica para América Latina y el Caribe, *Seguro de desempleo: análisis comparativo regional e internacional de sus opciones de diseño*, Montevideo, CEPAL, 2002, p. 15.

³⁰ *Idem*.

- c) La prestación del servicio en el mercado de trabajo formal y la contribución realizada a un sistema de seguridad social.
- d) Que la persona desempleada tenga la aptitud, capacidad y disponibilidad para trabajar, además de acreditar la búsqueda de empleo (*job search*) y que no haya rechazado los convenientes.
- e) La razón que generó el desempleo. En Canadá,³¹ Estados Unidos,³² Ecuador,³³ Argentina³⁴ y Uruguay,³⁵ la solicitud para acceder a las prestaciones por desempleo puede desestimarse por renuncia, por un despido que es resultado de la mala conducta de la persona trabajadora o por un actuar fraudulento en la obtención del SD. El CESCRA ha determinado que la injustificada negativa de utilizar los mecanismos de colocación, orientación y capacitación, así como la percepción de otro beneficio que le provea un ingreso al interesado, conforme a la legislación nacional y que no derive de una prestación familiar,³⁶ pueden motivar la inoperancia del SD. Dentro de este último supuesto, es posible ubicar en Ecuador la percepción de un beneficio prestacional por invalidez o jubilación que hacen inoperante el SD.³⁷
- f) El registro y periódica asistencia a las oficinas o agencias de empleo, así como la sujeción a los controles o programas que impongan las mismas para acceder y mantener los derechos prestacionales del SD.

³¹ Gobierno de Canadá, Seguro de desempleo canadiense. https://publications.gc.ca/collections/collection_2022/edsc-esdc/HS24-40-2008-spa.pdf (fecha de consulta: 28 de junio de 2023).

³² Seguro de desempleo en Estados Unidos de América. https://edd.ca.gov/es/unemployment/Eligibility_espanol/ (fecha de consulta: 29 de junio de 2023).

³³ Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, *Valuación actuarial del seguro de desempleo*, Quito, IESS, 2019, p. 23.

³⁴ El artículo 5o. de la Ley núm. 25.371 enumera las causales para el otorgamiento del subsidio por desempleo, sin que se encuentre la renuncia. <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/ley-25371-65583/texto> (fecha de consulta: 29 de junio de 2023).

³⁵ El artículo 4 de la Ley número 15180. <https://parlamento.gub.uy/documentosyleyes/leyes/ley/18399#:~:text=El%20desocupado%20deber%C3%A1%20solicitar%20%20primer%20d%C3%ADa%20h%C3%A1bil%20> (fecha de consulta: 18 de junio de 2023).

³⁶ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación general número 19. El derecho a la seguridad social (artículo 9)*, op. cit.

³⁷ Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, *Valuación actuarial del seguro de desempleo*, op. cit.

- g) Cotizaciones mínimas exigidas. En el cuadro número 4 se puede observar el número de cotizaciones que los países de Norteamérica y América Latina exigen para acceder a sus seguros de desempleo.

Cuadro 4. Cotizaciones requeridas para acceder a los seguros de desempleo instituidos en Norteamérica y América Latina

País	Cotizaciones mínimas exigidas
Argentina	De 6 a 36 meses. ³⁸ Trabajadores de la construcción: 8 a 24 meses. ³⁹
Brasil ⁴⁰	Al requisitar la primera solicitud: 12 meses en los últimos 18 meses inmediatos anteriores al despido. Al requisitar la segunda solicitud: 9 meses en los últimos 12 meses inmediatos anteriores al despido. Al requisitar la tercera solicitud y subsecuentes: 6 meses inmediatos anteriores al despido.
Canadá ⁴¹	Lo que resulte más corto entre 600 horas en las 52 semanas previas a la solicitud o desde el inicio de la última solicitud.
Chile ⁴²	Contratados de manera indefinida: 12 cotizaciones dentro de los 24 meses anteriores al despido. Las tres últimas deberán ser continuas y con el mismo empleador Contratados por tiempo u obra determinados: 6 cotizaciones mensuales.
Ecuador ⁴³	24 aportaciones no simultáneas, pero las seis últimas deberán ser continuas.

³⁸ Artículo 117 de la Ley núm. 24.013 sustituido por el artículo 3o. del Decreto núm. 267/2006. <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/decreto-267-2006-114578/texto> (fecha de consulta: 13 de junio de 2023).

³⁹ Artículo 6o. de la Ley núm. 25.371, *op. cit.*

⁴⁰ Ley núm. 7.998, de 1990, y Ley núm. 13.134, de 2015, disponibles en: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7998compilado.html (fecha de consulta: 8 de junio de 2023).

⁴¹ Gobierno de Canadá, *Seguro de desempleo canadiense*, *op. cit.*

⁴² Artículo 24 de la Ley 19.728. <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=184979> (fecha de consulta: 9 de julio de 2023).

⁴³ Artículo 5 de la Resolución núm. C.D. 518. <https://www.iess.gob.ec/documents/10162/33703/C.D.+518> (fecha de consulta: 29 de julio de 2023).

Estados Unidos ⁴⁴	18 meses.
Uruguay ⁴⁵	6 meses. Jornaleros: 150 jornales.
República Bolivariana de Venezuela ⁴⁶	12 meses dentro de los 24 meses inmediatos anteriores al despido.

FUENTE: elaboración propia con base en las fuentes citadas.

Con excepción de los requisitos de elegibilidad referidos en los incisos *a)* al *f)*, que son indefectibles para la instauración del SD en cualquier Estado, el período de calificación para poder lograr la óptima cobertura de las prestaciones por desempleo en México deberá apoyarse en valuaciones actuariales, y tomar en consideración las características, condiciones y comportamiento de su mercado laboral, las políticas fiscales y de empleo, la tasa de desempleo, los niveles y sujetos de aseguramiento, así como la baja densidad de cotización provocada por la elevada intermitencia laboral que genera el tránsito de trabajadores de la formalidad a la informalidad, la dificultad para mantener trayectorias laborales estables, la precariedad, desigualdad e indecencia existentes en el mercado laboral se replican en el sistema de pensiones, el fraude de normar las relaciones laborales como contratos de prestación de servicios profesionales sujetos al derecho privado, el tardío inicio de la vida laboral, la transformación de las formas de trabajar y, en el caso de las mujeres, los períodos de inactividad derivados de la maternidad o de la feminización de los deberes de cuidado familiar que se le han impuesto.

En México, durante febrero de 2023, 39.9 millones se desempeñaron como trabajadores remunerados con acceso a los derechos laborales y de seguridad social, mientras que 13.3 millones prestaron sus servicios de manera independiente y sin tener personal a su servicio; 2.2 millones de personas laboraron en industrias familiares, pero sin tener un acuerdo de remuneración, y 33.8% de la

⁴⁴ Seguro de desempleo en Estados Unidos de América, *op. cit.*

⁴⁵ El artículo 6o. de la Ley número 15180, *op. cit.*

⁴⁶ Artículo 32 de la Ley del Régimen Prestacional de Empleo. https://www.ilo.org/dyn/travail/docs/1936/ley_del_regimen_prestacional_de_empleo.pdf (fecha de consulta: 19 de julio de 2023).

población ocupada prestó en condiciones críticas, esto es, menos de 35 horas semanales, perciben ingresos mensuales inferiores al salario mínimo, o con el pago de dos salarios mínimos con más de 48 horas semanales. Dentro de la población sub ocupada, 45.3 % tuvo un trabajo remunerado, y 44.1% laboró por cuenta propia. La población ocupada en el sector informal laboral fue de 32.4 millones de personas.⁴⁷

De acuerdo con el contenido esencial de la seguridad social, las prestaciones por desempleo deberán tener un nivel adecuado en su importe y duración que permita su oportuna y adecuada cobertura, bajo los principios de dignidad humana, igualdad y no discriminación, con una revisión periódica de los niveles de suficiencia para verificar que sus beneficiarios puedan acceder a los bienes y servicios que requieren.⁴⁸

Partiendo de la obligación que tienen los Estados de cubrir las prestaciones por desempleo, para substituir la falta de ingresos provocada de la incapacidad de obtener o mantener un empleo adecuado, el CDESCR considera que deberá existir una relación razonable entre los ingresos, las cotizaciones realizadas y la cuantía de la prestación.⁴⁹

Asimismo, para determinar el nivel de las prestaciones por desempleo es necesario identificar el tipo de desempleo existente. Las prestaciones por desempleo parcial deberán abonarse de manera periódica y cuantificarse de acuerdo con la disminución de la duración del trabajo o considerar el importe de los ingresos percibidos por jornadas de tiempo completo y la cuantía de la prestación por desempleo total.⁵⁰ Tratándose del desempleo total, las prestaciones no pueden ser inferiores al 50 % del salario percibido con anterioridad,⁵¹ pero, en todo caso, deberán garantizar al beneficiario una condición digna.

Los anteriores parámetros sirven de guía para el diseño del SD en México, cuyas prestaciones y servicios deberán tener por objeto brindar protección ante la pérdida del empleo; o su tutela, en caso de tener lugar la suspensión o reduc-

⁴⁷ Instituto Nacional de Estadística y Geografía, *Encuesta Nacional de Ocupación y Empleo 2023*, *op. cit.*

⁴⁸ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación general número 19. El derecho a la seguridad social (artículo 9)*, *cit.*

⁴⁹ *Idem.*

⁵⁰ Artículo 12 de la *Recomendación sobre el fomento del empleo y la protección contra el desempleo núm. 176*, *cit.*

⁵¹ Artículo 15 del *Convenio 168 sobre el fomento del empleo y la protección contra el desempleo*, *cit.*

ción de las jornadas de trabajo, la reinserción en el mercado laboral, así como la formación y capacitación permanente por ser un punto clave para lograr la reinserción en el mercado laboral.

En lo concerniente a la suficiencia de la duración, las prestaciones por desempleo se han instaurado como regímenes de corta duración, con la finalidad de incentivar la búsqueda de empleo. La OIT limita la cobertura de las prestaciones por desempleo a veintiséis semanas para cada período de desocupación; o a treinta y nueve semanas en dos años,⁵² con la posibilidad de decrementar la cuantía de las mismas durante los períodos establecidos para su pago. Bajo tales directrices, los seguros de desempleo instituidos por Chile y Venezuela han limitado la cobertura de sus prestaciones a cinco meses;⁵³ seis meses en Uruguay,⁵⁴ mientras que en Argentina la duración dependerá de las cotizaciones realizadas, como puede apreciarse en el cuadro número 5.

Cuadro 5. Cobertura del SD en Argentina⁵⁵

Duración	Generalidad de trabajadores	Duración para trabajadores de la construcción	
6 a 11 meses	Dos meses	8 a 11 meses	Tres meses
12 a 23 meses	Cuatro meses	12 a 17 meses	Cuatro meses
24 a 35 meses	Ocho meses	18 a 24 meses	Ocho meses
36 meses	Doce meses		

FUENTE: elaboración propia con base en las fuentes citadas.

En México, hasta febrero de 2023, el 40.7% de las personas desempleadas buscaron empleo hasta por un mes. La misma acción fue realizada por el 12% de los desempleados por más de tres meses, y el 41% se mantuvo en situación de desempleo de uno a tres meses.⁵⁶ La corta subsistencia del desempleo

⁵² Artículo 19 del *Convenio 168 sobre el fomento del empleo y la protección contra el desempleo*, *op. cit.*

⁵³ Artículo 31 de la *Ley del Régimen Prestacional de Empleo*, *op. cit.* Artículo 24 de la Ley 19.728, *op. cit.*

⁵⁴ El artículo 6o. de la Ley núm. 15180, *op. cit.*

⁵⁵ Artículo 117 de la Ley núm. 24.013 sustituido por el artículo 3o. del Decreto núm. 267/2006, *op. cit.* Artículo 6o. de la Ley núm. 25.371, *op. cit.*

⁵⁶ Instituto Nacional de Estadística y Geografía, *Encuesta Nacional de Ocupación y Empleo*

en México y la observancia de los parámetros internacionales hacen viable el otorgamiento de las prestaciones del SD durante cinco meses; o los seis meses que establecía la iniciativa de ley presentada el 8 de septiembre de 2013 por el ejecutivo federal,⁵⁷ con la finalidad de implantar el SD en el sistema jurídico mexicano.

Adicionalmente se ha instaurado un período de espera de siete días, de acuerdo con los artículos 24 del Convenio 102 y 18 del Convenio 168. Aunque el establecimiento del período de espera tiene por objeto soslayar los gastos de administración provenientes de solicitudes que al amparar breves períodos de desempleo resultan excesivos y sobrepasen la cuantía de las prestaciones⁵⁸ a cubrir en favor de quienes hayan cumplido a cabalidad con los requisitos de elegibilidad, el requisito que imponen la LSS y la LISSSTE de permanecer 46 días en situación de desempleo, sin la percepción de ingresos derivados de prestaciones por retiro laboral u otro apoyo por desempleo, incumple con los estándares internacionales establecidos y puede poner en peligro la existencia del desempleado y de su núcleo familiar ante la falta de ingresos para afrontar la contingencia del desempleo total o parcial como resultado de la precariedad de los salarios, la inflación, la nimia cultura del ahorro y la vulnerabilidad financiera que imperan en México.

Finalmente, en lo concerniente a los recursos que posibilitan la sostenibilidad del SD y los gastos derivados de su administración, pueden depositarse en un fondo colectivo de reparto que se capitaliza con las aportaciones obrero-patronales, cuyo importe ha sido determinado por los Estados y puede incluir la participación gubernamental o excluirla. En algunos países, como Brasil y Estados Unidos de América, el SD se financia íntegramente con las aportaciones patronales fijadas en proporción al número de despidos realizados.

2023, *op. cit.*

⁵⁷ Iniciativa de Decreto por el que se expide la Ley de la Pensión Universal y la Ley del Seguro de Desempleo, y se reforman, derogan y adicionan diversas disposiciones de la Ley del Seguro Social; de la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado; de la Ley Federal del Trabajo; de la Ley de los Sistemas de Ahorro para el Retiro, y de la Ley del Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores, *Gaceta Parlamentaria de la Cámara de Diputados*, 8 de septiembre de 2013. <http://gaceta.diputados.gob.mx/PDF/62/2013/sep/20130908-I.pdf> (fecha de consulta: 2 de junio de 2023).

⁵⁸ Oficina de la Organización Internacional del Trabajo para los países andinos, *Un seguro de desempleo para el Perú. Valuación actuarial*, Perú, Organización Internacional del Trabajo-Unión Europea, 2021, p. 14.

Un modelo diferente es la asequibilidad del SD a través de un máximo de aportaciones obrero-patronales realizadas por cada relación de trabajo en las cuentas individuales por cesantía,⁵⁹ o cuentas de ahorro por desempleo (UISA),⁶⁰ cuya propiedad corresponde a los trabajadores. De resultar insuficientes los recursos de la cuenta individual por cesantía para la cobertura del SD, operará de forma complementaria el sistema de reparto financiado por el patrón y el Estado en favor de los trabajadores afiliados.

Esta última opción era la que buscaba implementar la iniciativa de ley presentada el 8 de septiembre de 2013 por parte del Ejecutivo federal, al prever, por una parte, la aportación patronal del 2% del SBC, efectuada en la cuenta individual para el sostenimiento del SD; y, por otra parte, el 1% del SBC, a cargo del patrón, más el aporte proveniente de los recursos públicos para constituir el fondo solidario que, en casos de insuficiencia de recursos en la cuenta individual, asegurara la cobertura de un salario mínimo por seis meses en favor de las personas desempleadas.⁶¹

Bajo la operación del sistema de capitalización instaurado en México, la constitución de una subcuenta que posibilite el sostenimiento del SD y el establecimiento de reservas de contingencia con la intervención del Gobierno Federal representa la opción más viable, pero es necesario instaurar las precondiciones que posibiliten la implementación, operación, funcionamiento y sostenibilidad del SD partiendo de un marco normativo que lo norme así como la instauración de los controles de supervisión para acceder a sus derechos prestacionales y mantenerlos.

Asimismo, deberá definirse la institución u organismos involucrados en la operación y administración del SD con el establecimiento de sus atribuciones y obligaciones, la creación de la infraestructura tecnológica que posibilite el intercambio de la información sobre los derechos que ofrece el SD, los requisitos de elegibilidad que deben cumplirse para que se decrete su procedencia, la búsqueda

⁵⁹ En Chile y Ecuador las aportaciones obrero-patronales realizadas por cada relación de trabajo en las cuentas individuales por cesantía.

⁶⁰ Las cuentas de ahorro por desempleo se han propuesto en Estados Unidos.

⁶¹ Iniciativa de Decreto por el que se expide la Ley de la Pensión Universal y la Ley del Seguro de Desempleo, y se reforman, derogan y adicionan diversas disposiciones de la Ley del Seguro Social; de la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado; de la Ley Federal del Trabajo; de la Ley de los Sistemas de Ahorro para el Retiro, y de la Ley del Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores, *op. cit.*

da de un nuevo empleo y del acceso a programas de formación y capacitación para el empleo.

Por supuesto, en este esfuerzo resulta fundamental la creación de los canales que permitan la participación —como parte del principio normativo de participación en la gestión— de los beneficiarios del SD y de los empleadores, para la revisión de las causas que provocaron la pérdida del empleo y las condiciones de los empleos que se ofrecen, además del establecimiento de un sistema de garantías que posibiliten la exigibilidad de los derechos prestacionales del SD, así como el fincamiento de un régimen de responsabilidades administrativas, de ocurrir actuaciones u omisiones que impidan su cobertura o su indebida obtención.

V. Conclusión

El desempleo ha sido identificado como uno de los riesgos que pone en peligro la existencia humana; sin embargo, la mayoría de los países latinoamericanos carece de un SD. La OIT ha sido el organismo que ha fijado en sus normas internacionales (convenios y recomendaciones) las directrices y parámetros que deben cumplirse para la instauración de un SD, que garantice un nivel adecuado de vida a quienes han perdido su empleo o disminuido las horas de trabajo.

Empero, por el carácter doméstico que ostenta la seguridad social, aunado al principio de territorialidad que reconoce a los distintos Estados como soberanos, en la instauración y la de su normatividad social hace necesario el reconocimiento y diseño del SD a partir del modelo de seguridad social instaurado y sus factores económicos, sociales, políticos y culturales. En México, en los fragmentarios sistemas de seguros sociales y en el terreno asistencial, se han instaurado apoyos de carácter económico, que proporcionen a la persona desempleada y a su núcleo familiar un ingreso, sin que pueda atribuírseles la calidad de *seguros por desempleo* porque la cuantía de sus prestaciones, períodos de cobertura y de espera, así como los criterios de elegibilidad y asequibilidad, no cumplen con los estándares exigidos en los Convenios 102 y 168.

Un punto clave para lograr la instauración del SD en México es su reconocimiento en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y su especializada construcción normativa en sus disposiciones reglamentarias bajo los parámetros fijados por las normas internacionales de la OIT y la Observación

número 19 del CDESCR, que posibiliten su protección y control constitucional y convencional, además del establecimiento de las precondiciones y ajustes estructurales y funcionales que aseguren su operación bajo una nueva política social en la que destaque lo referente al empleo y la protección social por su incidencia en los niveles de desocupación.

VI. Bibliografía

Acuerdo de la Secretaría del Trabajo del Estado de México por el que se expiden las reglas de operación del programa de desarrollo social, “Apoyo al desempleo formal”, Gaceta de Gobierno del Estado de México, 13 de marzo de 2023, Sección Primera. <https://legislacion.edomex.gob.mx/sites/legislacion.edomex.gob.mx/files/files/pdf/gct/2023/marzo/mar131/mar131b.pdf> (fecha de consulta: 21 de julio de 2023).

Comisión Económica para América Latina y el Caribe, *Seguro de desempleo: análisis comparativo regional e internacional de sus opciones de diseño*, Montevideo, CEPAL, 2002.

Comisión Nacional de Ahorro para el Retiro, *Informe Trimestral al H. Congreso de la Unión sobre la situación del Sistema de Ahorro para el Retiro*, enero-marzo de 2023. https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/827848/Informe_Trim_SAR_2023.pdf (fecha de consulta: 6 de julio de 2023).

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación general núm. 19. El derecho a la seguridad social (artículo 9)*. <https://www.refworld.org/es/leg/coment/cescr/2008/es/41968> (fecha de consulta: 5 de julio de 2023).

Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social, *Valor de la canasta básica alimentaria*. <https://www.coneval.org.mx/Medicion/MP/Paginas/Lineas-de-bienestar-y-canasta-basica.aspx> (fecha de consulta: 21 de julio de 2023).

Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social, *Valor de la canasta básica ampliada*. <https://www.coneval.org.mx/Medicion/MP/Paginas/Lineas-de-bienestar-y-canasta-basica.aspx> (fecha de consulta: 22 de julio de 2023).

- Convenio 168 sobre el fomento del empleo y la protección contra el desempleo*. https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C168 (fecha de consulta: 13 de julio de 2023).
- Decreto núm. 267/2006. <https://www.argentina.gov.ar/normativa/nacional/decreto-267-2006-114578/texto> (fecha de consulta: 13 de junio de 2023).
- Decreto por el que se declara reformadas y adicionadas diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos, en materia de desindexación del salario mínimo, *Diario Oficial de la Federación*, 20 de enero de 2016. https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5423663&fecha=27/01/2016#gsc.tab=0 (fecha de consulta: 30 de junio de 2023).
- Gobierno de Canadá, *Seguro de desempleo canadiense*. https://publications.gc.ca/collections/collection_2022/edsc-esdc/HS24-40-2008-spa.pdf (fecha de consulta: 28 de junio de 2023).
- Iniciativa de Decreto por el que se expide la Ley de la Pensión Universal y la Ley del Seguro de Desempleo, y se reforman, derogan y adicionan diversas disposiciones de la Ley del Seguro Social; de la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado; de la Ley Federal del Trabajo; de la Ley de los Sistemas de Ahorro para el Retiro, y de la Ley del Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores, *Gaceta Parlamentaria de la Cámara de Diputados*, 8 de septiembre de 2013. <http://gaceta.diputados.gob.mx/PDF/62/2013/sep/20130908-I.pdf> (fecha de consulta: 2 de junio de 2023).
- Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, *Valuación actuarial del seguro de desempleo*, Quito, IESS, 2019.
- Instituto Nacional de Estadística y Geografía, *Encuesta Nacional de Ocupación y Empleo 2023*. https://www.inegi.org.mx/contenidos/saladeprensa/boletines/2023/enoen/enoen2023_03_b.pdf (fecha de consulta: 4 de junio de 2023).
- Ley del Régimen Prestacional de Empleo. https://www.ilo.org/dyn/travail/docs/1936/ley_del_regimen_prestacional_de_empleo.pdf (fecha de consulta: 19 de julio de 2023).
- Ley núm. 7.998, de 1990, y Ley núm. 13.134, de 2015. https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7998compilado.htm (fecha de consulta: 8 de junio de 2023).

- Ley núm. 15.180. <https://parlamento.gub.uy/documentosyleyes/leyes/ley/18399#:~:text=El%20desocupado%20%C3%A1%20solicitar%deber20la,el%20primer%20d%C3%ADa%20h%C3%A1bil%20siguiente> (fecha de consulta: 18 de junio de 2023).
- Ley núm. 19.728. <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=184979> (fecha de consulta: 9 de julio de 2023).
- Ley núm. 25.371, disponible en <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/ley-25371-65583/texto> (fecha de consulta: 29 de junio de 2023).
- Oficina de la Organización Internacional del Trabajo para los países andinos, *Un seguro de desempleo para el Perú. Valuación actuarial*, Perú, Organización Internacional del Trabajo-Unión Europea, 2021.
- Oficina Internacional del Trabajo, *Informe sobre el trabajo en el mundo 2000. La seguridad de los ingresos y la protección social en el mundo en plena transformación*. <https://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/gb/docs/gb279/pdf/esp-7.pdf> (fecha de consulta: 3 de julio de 2023).
- Organización Internacional del Trabajo, *Panorama laboral 2022*. https://www.ilo.org/americas/sala-de-prensa/WCMS_854766/lang-es/index.htm (fecha de consulta: 13 de julio de 2023).
- Recomendación sobre el fomento del empleo y la protección contra el desempleo núm. 176*, disponible en: https://normlex.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:R176 (fecha de consulta: 26 de julio de 2023).
- Recomendación sobre los pisos de protección social*, núm. 202. https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:3065524 (fecha de consulta: 22 de julio de 2023).
- Reglas de Operación del Programa Social, *Seguro de desempleo de la Ciudad de México, para el ejercicio fiscal 2022*, Gaceta Oficial de la Ciudad de México, 24 de enero de 2022. https://trabajo.cdmx.gob.mx/storage/app/media/reglas-de-operacion-seguro-de-desempleo_2022.pdf (fecha de consulta: 21 de julio de 2023).
- Resolución núm. C.D. 518. <https://www.iess.gob.ec/documents/10162/33703/C.D.+518> (fecha de consulta: 29 de julio de 2023).

Secretaría del Trabajo del Estado de Querétaro, *Programa estatal por desempleo*. <https://portal.queretaro.gob.mx/trabajo/> (fecha de consulta: 20 de julio de 2023).

Seguro de desempleo en Estados Unidos de América. https://edd.ca.gov/es/unemployment/Eligibility_espanol/ (fecha de consulta: 29 de junio de 2023).

Wu, Jackie, *Unemployment Benefits Systems: the International Labour Organization's Recommendations*, Hong Kong, Research and Library Services Division, Legislative Council Secretariat, 2000.

Tiempo, teletrabajo y desconexión digital: una reflexión a partir de la reforma en materia de teletrabajo en México

Time, teleworking and digital disconnection: a reflection from the reform on teleworking in Mexico

Temps, télétravail et déconnexion numérique: une réflexion sur la réforme du télétravail au Mexique

Eduardo Pérez Alonso

 <http://orcid.org/0009-0002-3096-3660>

Universidad de Guanajuato. México

Correo electrónico: eduardo.perez@ugto.mx

Recepción: 23 de agosto de 2023

Aceptación: 23 de febrero de 2024

DOI: <https://doi.org/10.22201/ij.24487899e.2024.39.19494>

RESUMEN: La reforma de la Ley Federal del Trabajo de 2021, que constituyó al teletrabajo como un régimen legal, ha sido insuficientemente discutida, por lo que en este artículo pretendo poner a debate el potencial que tiene el teletrabajo para combatir algunos problemas estrictamente relacionados con la forma en que se dinamiza el trabajo en nuestro país. Por ello, lo que propongo es vislumbrar cómo esta modalidad puede ser una herramienta que ayude a algunos trabajadores (con condiciones laborales y de vida peculiares) a hacer frente al control que se tiene sobre su tiempo en la contemporaneidad. Para lograr lo anterior, he revisado distintas legislaciones a nivel mundial que regulan al teletrabajo, con el objetivo de echar luz sobre las posibilidades que tiene y puede alcanzar la ley mexicana para ampliar su campo de ejercicio. Así, discuto sobre la posibilidad de una legislación que otorgue el derecho a ciertos trabajadores de laborar bajo esta condición, y hablo sobre los riesgos que implica impulsar el teletrabajo como una nueva modalidad de empleo, como lo es la hiperconectividad. Por tal razón también

reflexiono sobre el derecho a la desconexión y la necesidad de que el Estado mexicano abra un debate serio sobre el uso de la TIC's en la vida laboral.

Palabras clave: teletrabajo, tiempo, desconexión digital, derechos sociales, derecho laboral, regulación, desregulación.

ABSTRACT: The reform of the Federal Labor Law of 2021, that established teleworking as a legal regime, has been insufficiently discussed, so this article aims to debate the potential of teleworking to combat some problems strictly related to the way in which that energizes work in our country. For this reason, what is proposed is to glimpse how this modality can be a tool that helps some workers (with peculiar working and living conditions) to face the control that they have over their time in contemporary times. To achieve the above, different worldwide legislations that regulate teleworking have been reviewed, with the aim of shedding light on the possibilities that Mexican law has and can achieve to expand its field of exercise. Thus, we discuss the possibility of legislation that grants the right to certain labor workers under this condition, and we talk about the risks involved in promoting teleworking as a new form of employment, such as hyperconnectivity. For this reason, we also reflect on the right to disconnect and the need for the Mexican State to open a serious debate on the use of ICTs in working life. *Keywords:* teleworking, time, digital disconnection, social rights, labor law, regulation, deregulation.

RÉSUMÉ: La réforme de la loi fédérale sur le travail de 2021 qui a établi le télétravail comme régime juridique n'a pas été suffisamment discutée, c'est pourquoi cet article vise à débattre du potentiel du télétravail pour lutter contre certains problèmes strictement liés à la manière dont cela dynamise le travail dans notre pays. Pour cette raison, ce qui est proposé est d'entrevoir comment cette modalité peut être un outil qui aide certains travailleurs (avec des conditions de travail et de vie particulières) à faire face au contrôle qu'ils ont sur leur temps à l'époque contemporaine. Afin d'atteindre ce qui précède, différentes législations mondiales réglementant le télétravail ont été révisées, dans le but de faire la lumière sur les possibilités que la loi mexicaine a et peut atteindre pour élargir son champ d'exercice. Ainsi, nous discutons de la possibilité d'une législation qui accorde le droit à certains travailleurs sous cette condition et nous parlons des risques liés à la promotion du télétravail comme une nouvelle forme d'emploi, comme l'hyperconnectivité. Pour cette raison, nous réfléchissons également au droit à la déconnexion et à la nécessité pour l'État mexicain d'ouvrir un débat sérieux sur l'utilisation des TIC dans la vie professionnelle.

Mots-clés: télétravail, temps, déconnexion numérique, droits sociaux, droit du travail, régulation, déréglementation.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Reorganización del trabajo y la construcción legislativa a partir de la pandemia por COVID-19*. III. *Con derecho a la desconexión para unos, y sin derecho al teletrabajo para todos*. IV. *Problemas alrededor del derecho a la desconexión*. V. *Desregulación y regulación en el uso de las TICs: ¿hacia la constitución de una legislación sobre trabajo flexible?* VI. *Reflexiones finales*. VII. *Bibliografía*.

I. Introducción

En *La verdad y las formas jurídicas*, Michel Foucault señalaba que, a diferencia del antiguo régimen feudal, a la sociedad moderna lo que le interesa es que los individuos coloquen su tiempo a su disposición. El tiempo de los hombres debe ajustarse al aparato de producción, lo que significa que este pueda utilizar el tiempo de vida y de existencia de un individuo. Este es el sentido y la función del control que se ejerce en nuestra contemporaneidad, ya que, para que tuviera lugar la sociedad tal como la conocemos hoy —señala el pensador francés— es preciso que el tiempo de los hombres sea llevado al mercado y ofrecido a los compradores, quienes, a su vez, lo cambiarán por un salario. A partir de aquí Foucault reflexiona sobre una serie de instituciones que pretenden realizar un control del tiempo de las personas; y, a menudo, el derecho suele ser parte de dicho entramado.¹

En mi experiencia como abogado litigante, en ningún otro espacio como en el laboral el tiempo es un lugar de lucha: control en la subordinación propia de la prestación del servicio laboral en horario normal y extraordinario, así como control en la determinación de los días de descanso obligatorio y de las vacaciones. Estas son categorías que se encuentran irrestrictamente relacionadas con el tiempo, y que encontramos en la Ley Federal del Trabajo, pero también en cualquier conflicto derivado de la prestación de servicios personales. Lo podría plantear de forma simple: hay un intento permanente de control por parte del patrón, y una continua lucha de parte del trabajador por esquivarlo. Sin embargo, asentar esto sería observar las relaciones entre uno y otro de forma simple y un tanto prejuiciosa. En el presente texto no me interesa discutir sobre la naturaleza de esta relación, sino que más bien he señalado lo anterior para partir de una premisa mínima referente a que el tiempo es uno de los principales cau-

¹ Foucault, Michel, *La verdad y las formas jurídicas*, Barcelona, Editorial Gedisa, 2017, p. 139.

santes de tensión dentro de las dinámicas laborales en el mundo; pero particularmente en México, debido a un conjunto de procesos que han dado forma a la realidad laboral en el país, donde el trabajador tiene que estar saturado de tiempo de trabajo para demostrar que este le interesa.

Lo anterior se ha vuelto aún más problemático desde hace tiempo porque, por un lado, hay una mayor concientización colectiva por una parte de los trabajadores de que es necesario encontrar un punto de equilibrio, o bien, un espacio donde colocar distancia entre la vida laboral y personal.² Por el otro, estrechamente relacionado con esto, debemos entender la forma en que los cambios sociales han llevado a una transformación del significado del trabajo, sobre todo en las generaciones más jóvenes.

El sociólogo polaco, Zygmunt Bauman, hizo un diagnóstico muy interesante sobre este problema en *Trabajo, consumismo y nuevos pobres*,³ cuando habla sobre lo que representa el trabajo en lo que llama la *modernidad liviana*, señalando una transformación hacia la construcción de relaciones laborales flexibles. Bauman intenta comprender la modernidad que se ha conformado a partir de la segunda mitad del siglo XX, señalando cómo la ética de trabajo se transformó en una estética del consumo. Dentro de este cambio, el trabajo es vaciado de su antiguo significado, donde era entendido como un elemento vertebrador de la identidad, otorgando regularidad, coherencia y legado. Sin embargo, con la ascensión de la modernidad líquida, el trabajo sólo es valioso en cuanto nos provee recursos para consumir. Un trabajo que ofrezca soluciones definitivas parece no ser atractivo; no se soporta la inmovilidad porque todo puede cambiar en un instante y, si eso pasa, vivimos bajo la amenaza de quedar al margen de esos cambios. Si bien es verdad que Bauman no utiliza la categoría de *trabajo líquido*, tal vez pudiera aplicarse por extensión, puesto que asistimos a un nuevo modelo de relaciones laborales que implica: horarios flexibles, sostenibilidad laboral (empleos sucesivos) y relaciones no exclusivas de empleados y emplea-

² Martínez, Majo, “Para los millennials y la generación Z, el trabajo ya no es como antes”, *Chilango*, México, 11 de septiembre de 2022. <https://www.chilango.com/agenda/otros/razones-por-las-que-la-generacion-z-y-millennial-ya-no-quieren-trabajar/>; Reynoso, Mauricio, “El reto de impulsar a la Generación Z en el trabajo”, *El Economista*, México, 2 de enero de 2023. <https://www.economista.com.mx/capitalhumano/El-reto-de-impulsar-a-la-Generacion-Z-en-el-trabajo-20230101-0019.html>

³ Bauman, Zygmunt, “De la ética del trabajo a la estética del consumo”, en *Trabajo, consumismo y nuevos pobres*, Barcelona, Gedisa, 2005, pp. 33-59.

dores (proyectos simultáneos). Richard Sennett, sociólogo de la Universidad de Nueva York, por ejemplo, ha calculado que un joven de hoy, con al menos dos años de universidad, puede esperar cambiar de trabajo al menos once veces antes de jubilarse.⁴

Estos cambios parecen irreversibles. Sin embargo, poseen una doble arista, en tanto que podrían significar mejoras a la vida de los trabajadores; o bien, su precarización. Del esfuerzo que hagamos desde el derecho social y laboral puede depender hacia dónde se inclina la balanza. Es decir, estamos ante una realidad que está originando y seguirá provocando problemas en las relaciones laborales. Por ello, estoy convencido de que el derecho mexicano debe asomarse a comprender la naturaleza de estas nuevas dinámicas, para evitar la galopante precarización y violencia laboral que se teje a partir de dichas dinámicas relacionadas con el capitalismo cognitivo y esta fase de la modernidad. El fin es encontrar soluciones que ayuden a alcanzar un trabajo decente.⁵

Desde la creación de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), se consideró que una de las acciones más importantes para lograr construir un trabajo decente era reglamentar el tiempo de la jornada laboral.⁶ Sin embargo, la naturaleza de la organización del capitalismo contemporáneo ha hecho casi insuficientes los límites planteados en términos legales, lo que nos ha llevado a preguntarnos sobre la eficiencia de las medidas planteadas y de estas en el futu-

⁴ Schwatz, John, “Always on the Job, Employees Pay with Health”, *The New York Times*, 5 de septiembre de 2004. <https://www.nytimes.com/2004/09/05/health/always-on-the-job-employees-pay-with-health.html#:~:text=Richard%20Sennett%2C%20a%20sociologist%20at,least%2011%20times%20before%20retirement>

⁵ International Labour Organization, *Decent Work: Indicators Guidelines for Producers and Users of Statistical and Legal Framework Indicators*, International Labour Organization, Geneva, 2013, p. 223.

⁶ Véase *C001 - Convenio sobre las horas de trabajo (industria)*, 1919 (núm. 1). https://normlex.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C001:%20C047; *Convenio sobre las cuarenta horas*, 1935 (núm. 47). https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C047; *C106 - Convenio sobre el descanso semanal (comercio y oficinas)*, 1957 (núm. 106). https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C106; *C132 - Convenio sobre las vacaciones pagadas (revisado)*, 1970 (núm. 132). https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C132; *C171 - Convenio sobre el trabajo nocturno*, 1990 (núm. 171). https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C171; *C175 - Convenio sobre el trabajo a tiempo parcial*, 1994 (núm. 175). https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C175

ro. Los problemas que tenemos hoy no parecen ser diferentes a los que se han planteado alrededor del trabajo desde la consolidación del capitalismo industrial: el exceso de horas de trabajo, la protección de la salud y la seguridad de los trabajadores. Sin embargo, a diferencia de aquel momento, la globalización y la intensificación de la competencia, estrictamente relacionado con la producción, han llevado a la constitución de nuevas formas de organización del trabajo que, desde mi lectura, han precarizado y construido nuevas presiones sobre los individuos, poniendo en tela de juicio la capacidad del derecho social de responder antes estas. De igual modo, a pesar de que la naturaleza de los problemas parece la misma, un examen más riguroso da cuenta de la densidad negativa sobre la dignidad y el bienestar de los individuos, estrictamente relacionadas con concepciones diferentes alrededor de lo que debía significar el trabajo y/o empleo para las generaciones de las sociedades posindustriales.

La crisis generada por la pandemia hizo estallar y precipitó nuestras preguntas sobre la forma en que la legislación en materia laboral se había venido articulando en el país. Así surgió la oportunidad de construir marcos legales que impulsaran la flexibilidad en el empleo y dejarán de priorizar el régimen protectionista que ha caracterizado al derecho laboral mexicano. Así es como se fue construyendo una legislación que promoviera la libertad en el trabajo, frente al trabajo y a través del trabajo.⁷ Sin embargo, la reforma en materia de teletrabajo que, me parecía, podía abrir el camino para flexibilizar el tiempo destinado al trabajo, ofrecer mayor libertad al interior de las relaciones laborales y promover otras formas de organización, está bastante lejos de dinamizar una transformación. Además, parece ignorar las potencialidades incrustadas en esta modalidad de trabajo como pretendo demostrar en las líneas siguientes.

Al respecto, entonces, sostengo la imperiosa necesidad de que el derecho laboral reflexione y empuje la constitución de legislaciones que favorezcan la construcción de otras formas de organización que permitan mayor flexibilidad, tanto en términos de espacio, así como de uso de tiempo. Sin embargo, en este texto me enfocaré al tiempo —ya que pareciera ser la fuente de mayor tensión para los trabajadores en la contemporaneidad—, puesto que la organización de

⁷ Bueno, Nicolas, “Libertad en el trabajo, a través del trabajo y frente al trabajo. Un replanteamiento de los derechos laborales”, *Revista Internacional del Trabajo*, Suiza, vol. 140, núm. 2, 2021, pp. 335-356.

este dificulta una conciliación saludable entre la vida privada y la laboral, así como el bienestar individual y social.

Otro de los ejes articuladores del presente análisis consiste justamente en señalar que, a pesar de que si bien es verdad el derecho al descanso se encuentra como parte estructuradora de los derechos laborales, en el lugar más profundo de esto se anida el uso del tiempo porque, tal como mostraré más tarde, por lo menos para el caso mexicano, muchos trabajadores realmente no usan ese llamado tiempo de descanso para descansar sino para realizar otras actividades laborales que les permiten adquirir experiencia, recursos o para hacer actividades de cuidado de otros familiares. Estamos ante una lucha no por descansar sino por hacer uso del tiempo, lo que nos llevará a plantear otras preguntas y problemas que debemos atender en materia de derechos laborales vinculadas con la organización actual del trabajo, así como sus condiciones de precariedad, y si es posible promover formas de trabajo flexible que al mismo tiempo sean trabajos decentes.

El telón de fondo de esta propuesta es la reflexión de Nicolás Bueno de hacer caminar al derecho laboral hacia formas que permitan la libertad de los trabajadores en, ante y frente al trabajo, como un mecanismo necesario para construir sociedades más igualitarias, y que ayude a socavar la vorágine que amenaza la pérdida de los derechos sociales fundamentales. Para avanzar por tal camino, considero que el teletrabajo podría ser una forma que permita, a una parte de los trabajadores, construir formas que nutran una administración más adecuada de su tiempo. La propuesta parece ambiciosa, pero es necesaria y viable bajo las formas en que se desarrolla el capitalismo cognitivo.

Durante un primer momento, me había enfocado a realizar una revisión de las legislaciones de teletrabajo en los países de América Latina, en tanto que me parecían más adecuadas, ya que nuestro país comparte realidades sociales con estas naciones. Sin embargo, la indagación me llevó a caminar hacia otros rumbos, pues consideré que había elementos valiosos que podríamos traer a la discusión de otras naciones fuera de Latinoamérica. Para esto realicé una revisión de la legislación en materia de teletrabajo alrededor del mundo, buscando justamente evaluar las fortalezas y los puntos débiles de nuestra reforma, a fin de aprender de los caminos legislativos iniciados y ejecutados en otros lugares del orbe. Bordo las fronteras con otras disciplinas intentando hacer un diagnóstico sobre ciertas áreas de la organización laboral y condiciones de trabajo

en México, donde considero que el teletrabajo podría ser una apuesta para dar salida a ellas.

II. Reorganización del trabajo y la construcción legislativa a partir de la pandemia por COVID-19

Durante 2020 “trabajo remoto”, “*home office*” y “teletrabajo” fueron los tres términos que se instalaron para definir las dinámicas laborales de los mexicanos. Si bien realmente no eran conceptos nuevos, ya que tienen una historia que se remonta a la ascensión de la tercera fase del capitalismo durante la década de los setenta, su explosión en México tuvo lugar a la luz justamente de la pandemia por COVID-19. Por consiguiente, la emergencia sanitaria puso sobre la mesa lo limitante de la legislación mexicana en esta materia —la ley solo hablaba de “trabajo a domicilio”—, pero simultáneamente abrió la oportunidad para que se pudiera regular y reflexionar sobre este.

Así, el 11 de enero de 2021, el Congreso emitió un decreto por medio del cual se reformó el artículo 311 y se adicionó el capítulo XII bis de la Ley Federal del Trabajo, definiendo así al teletrabajo como

una forma de organización laboral subordinada que consiste en el desempeño de actividades remuneradas, en lugares distintos al establecimiento o establecimientos del patrón, por lo que no se requiere la presencia física de la persona trabajadora bajo la modalidad de teletrabajo, en el centro de trabajo, utilizando primordialmente las tecnologías de la información y comunicación, para el contacto y mando entre la persona trabajadora bajo la modalidad de teletrabajo y el patrón.⁸

El concepto que maneja nuestra ley respecto al teletrabajo no se distancia de otras legislaciones en América Latina. En la Ley argentina 27555 sobre el Régimen Legal del Contrato de Teletrabajo, en el artículo 102 bis, se define al *contrato de teletrabajo* como aquel cuya

⁸ Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos, “Decreto por el que se reforma el artículo 311 y se adiciona el capítulo XII Bis de la Ley Federal del Trabajo, en materia de Teletrabajo”, *Diario Oficial de la Federación*, 2021. https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5609683&fecha=11/01/2021#gsc.tab=0

realización de actos, ejecución de obras o prestación de servicios, en los términos de los artículos 21 y 22 de esta ley, sea efectuada total o parcialmente en el domicilio de la persona que trabaja, o en lugares distintos al establecimiento o los establecimientos del empleador, mediante la utilización de tecnologías de la información y comunicación.⁹

En Costa Rica, el artículo 3o. de la Ley 9738 para regular el teletrabajo, lo define como aquella modalidad “que se realiza fuera de las instalaciones de la persona empleadora, utilizando las tecnologías de la información y comunicación sin afectar el normal desempeño de otros puestos, de los procesos y de los servicios que se brindan”.¹⁰ La Ley brasileña 13467, del 13 de julio de 2017, define al teletrabajo como la prestación de servicios predominantemente fuera de las instalaciones del empleador, con el uso de tecnologías de información y comunicación que, por su naturaleza, no constituyan trabajo externo.¹¹ En Uruguay la Ley núm. 19978 define al teletrabajo como “la prestación del trabajo, total o parcial, fuera del ámbito físico proporcionado por el empleador, utilizando preponderantemente las tecnologías de la información y de la comunicación, ya sea en forma interactiva o no (online-offline)”.¹² La Ley 6738 de Paraguay, que establece la modalidad del teletrabajo en relación de dependencia, define a este como una *modalidad especial* que

consiste en desempeñar una actividad, elaborar un producto o prestar un servicio a distancia, sin requerirse la presencia física del trabajador o trabajadora, mediante el uso de las Tecnologías de la Información y Comunicación (TIC), realizado en el domicilio del trabajador o trabajadora o en un establecimiento distinto al lugar de tra-

⁹ Congreso de la República de Argentina, *Ley 27555 del Régimen Legal del Contrato de Teletrabajo*, Boletín Oficial de la República de Argentina, 2020. <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/233626/20200814>

¹⁰ Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, *Ley para regular el teletrabajo núm. 9738*, 2019. http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=89753#up

¹¹ Câmara dos Deputados, *Lei núm. 14.442, de 2 de Setembro de 2022*, 2022. <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2022/lei-14442-2-setembro-2022-793187-publicacaooriginal-166035-pl.html>

¹² Ley núm. 19978 Aprobación de normas para la promoción y regulación del teletrabajo, *Diario Oficial de Uruguay núm. 30756*, 2021. <https://www.impocom.uy/bases/leyes/19978-2021>

bajo del empleador, bajo un sistema de control y supervisión de sus labores a través del empleo de medios tecnológicos.¹³

En Chile, la Ley 21220 realizó un trabajo un poco más fino al establecer una diferencia entre el teletrabajo y el trabajo a distancia. De esta forma, se entiende el trabajo a distancia como “aquel en el que el trabajador presta sus servicios, total o parcialmente, desde su domicilio u otro lugar o lugares distintos de los establecimientos, instalaciones o faenas de la empresa”, mientras que el teletrabajo es aquel cuyos servicios “son prestados mediante la utilización de medios tecnológicos, informáticos o de telecomunicaciones o si tales servicios deben reportarse mediante estos medios”.¹⁴

Esto se acerca un poco a la diferencia que se estableció en la ley mexicana cuando instituyó dos modalidades de trabajo remoto: lo que se conoce como *trabajo a domicilio* y el *teletrabajo*. Tal como establece esta legislación, las diferencias entre ambos están en la supervisión y el tipo de instrumentos de trabajo empleados. Mientras el trabajo a domicilio implicaría la no vigilancia ni dirección inmediata de quien proporciona el trabajo, en el teletrabajo es imperativa la supervisión. Igualmente, como podemos observar, este último tendría como peculiaridad el hecho de que las principales herramientas de trabajo se refieren a las tecnologías de la información y comunicación. Derivado de esta comparativa, el teletrabajo implicaría tanto la modificación de lugar de trabajo, que sería diferente al del empleador, así como el uso de las tecnologías de la información y comunicación.

Este recorrido me lleva a establecer un elemento importante respecto a cómo debe entenderse al teletrabajo, ya que me parece que en principio no se trataría de una forma nueva de trabajo —aunque a menudo estas legislaciones puedan sugerir lo contrario—, sino más bien son sus condiciones las que resultan nuevas. Esto es muy importante para comprender la exposición en las siguientes líneas, ya que realmente lo que ocurre es que en términos generales el trabajo sigue derivando en producción material e intelectual, tal como ocurría antes de la aparición de esas formas de organización. Lo que ha venido sucediendo es que el surgimiento de las nuevas tecnologías y su difusión han

¹³ Congreso de la Nación Paraguaya, *Ley núm. 6738 que establece la modalidad del teletrabajo en relación de dependencia*, 2021. <https://bacn.gov.py/archivos/9582/LEY+6738.pdf>

¹⁴ Congreso Nacional de Chile, *Ley 220 Modifica el código del trabajo en materia de trabajo a distancia*, 2020. <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1143741>

permitido que muchas actividades puedan ser realizadas en cualquier momento y lugar. Como consecuencia de esto, considero que es viable que opere para mejorar las circunstancias de ciertos trabajadores tal como lo intentaré explicar a continuación.

En uno de los momentos primigenios de la pandemia, una de las medidas utilizada en México en materia de actividades laborales fue la redistribución del tiempo del trabajo, que implicó notorias disminuciones del tiempo con la finalidad de repartir un volumen reducido de trabajo entre el mismo número (o similar) de trabajadores y evitar así despidos. Otra de las estrategias fue justamente que, como parte de las medidas para proteger la llamada “sana distancia”, millones de personas trabajadoras se tuvieron que quedar en sus casas, realizando lo que se conoció coloquialmente como *home office*. Los desafíos que conllevaron estas condiciones laborales especiales se movieron entre los intentos por preservar el empleo y la calidad de este, lo cual estuvo estrictamente supeditado al tiempo de vida de los trabajadores, mientras que una de las peculiaridades de la distribución del tiempo durante la pandemia fueron los horarios cortos y a menudo muy variables.

De ahí devino la necesidad de que la ley mexicana estableciera límites que permitieran normar su operación, de tal manera que, en el decreto anteriormente citado, numeral VII del artículo 330-B, estableció: “Los mecanismos de contacto y supervisión entre las partes, así como la duración y distribución de horarios”. Igualmente, dicho decreto señaló que no sería considerado teletrabajo si se realiza “de forma ocasional o esporádica”. Así, hablar sobre la categoría de teletrabajo implica estar realizando una labor bajo supervisión del patrón en un espacio y tiempo definido en un contrato previo.

El asunto de los horarios laborales en México no es un problema nuevo. Desde el estallido del movimiento revolucionario, por citar la referencia histórica más conectada con nuestra contemporaneidad, el exceso de horas trabajadas y, con ello, el exceso de trabajo ha sido un clamor por parte de los trabajadores. Entonces, la emergencia de esta reforma responde a la necesidad de mantener ciertos estándares respecto al límite de horas que un trabajador —que realiza sus actividades laborales en la modalidad de teletrabajo— puede hacer, ya que uno de los principales problemas que se observó en el *home office*, durante la pandemia, fue justamente el derivado de la cantidad de horas invertidas en él —como ya dijimos, horarios más cortos pero sumamente esparcidos durante el día que dieron la sensación de una conexión permanente—.

Por ejemplo, en un análisis realizado aún durante la pandemia por la Universidad Popular Autónoma del Estado de Puebla (UPAEP), se detalló que 43 % de quienes realizaban sus actividades en la modalidad *home office* sufrieron afectaciones en su salud como dolor de espalda, dolor de cabeza, nuca y ojos, además de presentar problemas emocionales y de estrés. Igualmente, 44.1 % de los trabajadores en formato a distancia reportaron que se sentían más sensible, y 35.9 % que se irritaba con mayor frecuencia. Un dato sumamente alarmante fue que el 62.1 % de los trabajadores reportaron que estaban más cansados al realizar actividades desde casa; mientras que 37.1 % destacó que sentía demasiado estrés. De esta manera, el análisis concluyó que

Las y los trabajadores están cumpliendo con sus tareas. Si durante el tiempo de trabajo se atienden labores de la casa, se tiene que reponer después las horas laborales y se termina trabajando más. La estimación es que las personas que trabajan de manera remota aumentaron un 30 % más de tiempo a su jornada laboral e incluso terminan trabajando los fines de semana.¹⁵

Así, uno de los ejes que vertebran la reforma se refiere justamente a los intentos por colocar límites al horario laboral, y frenar cualquier tipo de violación al derecho al descanso de estos trabajadores. Por ello, en el artículo 330-E, numeral VI, se establece que el patrón deberá “Respetar el derecho a la desconexión de las personas trabajadoras en la modalidad de teletrabajo al término de la jornada laboral”.

III. Con derecho a la desconexión para unos, y sin derecho al teletrabajo para todos

Una de las problemáticas que observo dentro de la reforma al teletrabajo, y que se extendería a todo el contenido de la Ley Federal, se refiere a negar una realidad: a diferencia de lo que ocurría hace 20 años, la constitución de un mundo hiperconectado ha vuelto mucho más complicado lograr la desconexión. En un estudio realizado por Adecco Group, durante 2022, se señala que a nivel mun-

¹⁵ Zambrano, Jaime, “Sufren cuatro de cada 10 trabajadores en home office problemas de salud”, *Milenio*, México, 22 de julio de 2021. <https://www.milenio.com/politica/comunidad/home-office-sufren-10-trabajadores-problemas-salud>

dial el 45% de los trabajadores sigue trabajando después del horario laboral tres días a la semana; es decir, se llevan trabajo a casa y el 60% mira su correo electrónico fuera del horario laboral cuatro días a la semana. Esto es particularmente más intenso para los trabajadores más jóvenes (generación Z).¹⁶ Latinoamérica resulta ser, por lo tanto, una de las regiones en el mundo con más dificultades para lograr la desconexión, aunque —mucho atención en esto— lo anterior no se refiere exclusivamente a los trabajadores que realizan su trabajo en la modalidad de teletrabajo.

Podríamos agregar, además, que desde 2018 la OCDE señaló que los mexicanos ocupan el primer lugar en el promedio de horas trabajadas en el año. Así, en las últimas estadísticas disponibles de 2022, los mexicanos trabajaban 2,140 horas al año, lo que significa 760 horas más que los daneses, quienes ostentan el promedio más bajo entre las naciones que integran el organismo. La iniciativa Acción Ciudadana Frente a la Pobreza afirma que el 27% de los mexicanos con empleo formal o que se autoemplean, es decir, 15.79 millones de trabajadores, tienen una jornada excesiva.¹⁷

Otro problema es el hecho de que la cantidad de horas trabajadas no implica necesariamente eficiencia. Tal como lo muestra otra vez la OCDE, México posee un índice de 94 en el PIB por hora trabajada,¹⁸ lo que le convierte en el país con la productividad más baja entre los países miembros; muy lejos de Irlanda, que posee el índice PIB por hora trabajada más alto, con 140.60. Desde luego, esto resulta preocupante porque incide en el desarrollo y crecimiento. Pero también nos lleva a preguntarnos ¿qué hacen los trabajadores mexicanos durante todo

¹⁶ Adecco Group, *Encuesta Desconectar para reconectar*, 2022. https://adecco.com.ec/wp-content/uploads/desconectar-para-reconectar_compressed_compressed-1.pdf

¹⁷ Acción Ciudadana Frente a la Pobreza, *Jornada Excesiva*, 2023. <https://frentealapobreza.mx/observatorio-de-trabajo-digno/perfil-indicador.php?=jornadaexcesiva>

¹⁸ El PIB por hora trabajada es una medida de la productividad laboral. Mide la eficiencia con la que se combina el insumo de trabajo con otros factores de producción y se utiliza en el proceso de producción. El insumo de mano de obra se define como el total de horas trabajadas por todas las personas involucradas en la producción. La productividad laboral refleja sólo parcialmente la productividad del trabajo en términos de las capacidades personales de los trabajadores o la intensidad de su esfuerzo. La relación entre la medida de producción y el insumo laboral depende en gran medida de la presencia y/o uso de otros insumos (por ejemplo, capital, insumos intermedios, cambio técnico, organizacional y de eficiencia, economías de escala). Este indicador se mide en USD (precios constantes de 2010 y PPA) e índices. Véase OECD (2023), *GDP per hour worked (indicator)*. <https://data.oecd.org/lprdy/gdp-per-hour-worked.htm#indicator-chart>

ese tiempo? ¿O por qué razón es que esas horas no son tan productivas? ¿Y cuánto de esto está vinculado con el uso de las nuevas tecnologías de la información? Por ejemplo, un estudio realizado por la Universidad de West England mostró que las facilidades que ofrecen las nuevas tecnologías han permitido a los trabajadores usar su tiempo de traslado a sus trabajos para realizar, aventajar o eficientar las actividades de su jornada laboral; y esto aplica para los viajes de ida y vuelta.¹⁹

En México prevalece la falsa creencia de que entre más horas “trabajan” (o más bien están en el lugar de trabajo) los empleados, más exitosa será la empresa; una idea muy vinculada con la era del capitalismo industrial. La Universidad de Stanford, en un análisis realizado sobre la relación existente entre horas trabajadas y productividad, reconoció que no existe una correspondencia entre ambos elementos. Muy al contrario, el exceso de trabajo incide de forma muy negativa en la productividad.²⁰ Este análisis propuso que una de las razones para la baja productividad se encuentra vinculada al estrés y a la fatiga; de tal manera que la eficiencia máxima durante un día de trabajo determinado puede ser sustancialmente menor que la que corresponde a las horas normales de trabajo. Por lo tanto, los empleados con exceso de trabajo pueden ser sustancialmente menos productivos en todas las horas de la jornada laboral, lo suficiente como para que su productividad promedio disminuya en la medida en que las horas adicionales que trabajan no brindan ningún beneficio —y, de hecho, son perjudiciales—. Esta explicación es ciertamente muy posible, en tanto que, por ejemplo, el exceso de trabajo a menudo conduce a la privación del sueño; se sabe que la reducción sostenida del sueño tiene un impacto negativo en la productividad en todas las horas del día.

La segunda explicación de la drástica disminución de la productividad media que se ha observado en los empleados con exceso de trabajo es, hasta cierto punto, una extensión de la primera. Puede ser que la productividad reducida de los empleados con exceso de trabajo se manifieste mucho menos durante algunos períodos de trabajo y mucho más durante otros. Por ejemplo, un empleado

¹⁹ Holley, David *et al.*, “Understanding business travel time and its place in the working day”, *Time and Society*, Reino Unido, vol. 17, núm. 1, 2008, pp. 27-46. <https://journals.sagepub.com/doi/pdf/10.1177/0961463X07086308>

²⁰ Stanford University, “The relationship between hours worked and productivity”, *Crunch Mode: Programming to the extreme*. <https://cs.stanford.edu/people/eroberts/cs181/projects/crunchmode/econ-hours-productivity.html>

con exceso de trabajo puede muy bien ser tan productivo (o casi tan productivo) durante sus primeras, digamos, cuatro horas de trabajo mientras trabajaba 60 horas a la semana, como lo era cuando trabajaba 40 horas a la semana. Sin embargo, puede darse el caso de que la productividad caiga drásticamente después de, digamos, ocho horas de trabajo. De hecho, la productividad puede caer después de algún punto volviéndose negativa. En otras palabras, un empleado con exceso de trabajo podría, después de un cierto número de horas (o, quizás, el último día de la semana), estar tan fatigado que cualquier trabajo adicional que él o ella intentara realizar lo llevaría a errores y descuidos que tomarán más tiempo para arreglar que las horas adicionales trabajadas. Este tipo de ocurrencia es clara y se ha reconocido durante mucho tiempo en el trabajo industrial: los empleados con exceso de trabajo que utilizan maquinaria pesada tienen muchas más probabilidades de lesionarse y dañar o arruinar los bienes en los que se encuentran trabajando.

El año pasado se reformó la cantidad de vacaciones de las que puede gozar un trabajador por cada año laborado, de seis a doce días. Sin embargo, se mantiene congelada otra propuesta de reforma consistente en otorgar dos días de descanso obligatorio por cada cinco días.²¹ Desde luego, se trata de un gran avance. Pero no queda claro si realmente esta condición vaya a modificar la cantidad de horas que un mexicano labora durante el año, así como si estas resultan verdaderamente productivas. El problema se vuelve aún más complejo cuando observamos que la reciente reforma a la Ley Federal del Trabajo mantiene la premisa de establecer un horario de trabajo fijo para realizar teletrabajo, como parte de las obligaciones del patrón (artículo 330-B, numeral VII). Si bien es verdad que esto abonaría a colocar límites para evitar la conexión dispersa durante una jornada laboral, también es verdad que es posible que existan trabajadores que necesiten de mayor flexibilidad.

Uno de los elementos más importantes que podría abrir el teletrabajo es la posibilidad de que los trabajadores puedan construir una conciliación saludable entre la vida personal y laboral, lo cual podría redundar en el aumento de la productividad y el bienestar personal. Sin embargo, considero que la legislación

²¹ Domínguez, Darinka, “Los diputados de México bloquean la propuesta para reducir la jornada laboral con dos días de descanso obligatorio”, *El País*, México, 26 de abril de 2023. <https://elpais.com/mexico/2023-04-26/los-diputados-de-mexico-bloquean-la-propuesta-para-otorgar-dos-dias-de-descanso-obligatorio-y-jornada-laboral-menor-a-los-empleados.html>

actual resulta muy limitada frente a las nuevas dinámicas de trabajo. Esto porque ofrece poca flexibilidad horaria; pero aún más significativo es que la reforma no abre o fomenta la posibilidad de que sea el trabajador quien pueda promover dicha condición. Si bien es verdad que la NOM-037-STPS-2023 habla sobre la posibilidad de un convenio, la ley *per se* no reconoce esto como un derecho de los trabajadores.

En la República de Mauricio, por ejemplo, el gobierno aprobó en septiembre de 2020 los *Workers' Rights (Working from Home) Regulations*, donde se abre la posibilidad de que los empleados puedan solicitar trabajar desde casa, y el empleador tiene la discreción de aprobar o rechazar la solicitud.²² De igual manera, en Angola el Decreto Presidencial núm. 52/22, que constituyó al teletrabajo como un nuevo régimen legal,²³ otorgó la posibilidad de que cualquiera de las partes, ya sea al trabajador o el patrón, ejecutara la solicitud de realizar las labores en modalidad de teletrabajo. Los empleadores tienen la opción de aceptar o rechazar la solicitud cuando sea incompatible con las actividades del empleador. Sin embargo, estos no podrán rechazar la petición cuando se trate de empleadas que estén embarazadas con complicaciones de salud, o bien, para el caso de cualquier otro empleado que 1) tenga una condición de salud incompatible con el trabajo en el lugar, o 2) cuiden a un niño menor de 5 años o un dependiente discapacitado con una discapacidad igual o por encima del 60 %.²⁴

En el caso de Australia ocurre lo mismo. En diciembre de 2022 el gobierno de este país aprobó la enmienda a la legislación sobre trabajo justo (trabajos seguros, mejores salarios), que modificó las reglas existentes sobre solicitudes de arreglos laborales flexibles, otorgando poderes a la Comisión de Trabajo Justo (*Fair Work Commission*, FWC, por su nombre en inglés) para tratar las disputas que surgieran de tales solicitudes. Dichos cambios entraron en vigor el 6 de junio de 2023, y extendieron el derecho a solicitar arreglos de trabajo flexibles a las empleadas que estén embarazadas, así como aquellos que hayan experimentado violencia familiar y doméstica. Antes de esta reforma, este derecho sólo estaba

²² Workers' Rights (Working from Home) Regulations 2020, *Government Gazette of Mauritius* núm. 120 of 6 September 2020, 2020. <https://www.mra.mu/download/GN225WRA.pdf>

²³ Decreto que entró en vigor el 20 de marzo de 2022.

²⁴ Decreto Presidencial núm. 52-22 de 17 de fevereiro Regime de Teletrabalho, *Diário da República: Órgã Oficial da Republica de Angola*, serie I, núm. 32, 2022. <https://www.bfa.ao/media/3785/decreto-presidencial-n%C2%BA-52-22-de-17-de-fevereiro-regime-de-teletrabalho.pdf>

disponible para ciertos grupos de empleados, incluidos aquellos que poseían una discapacidad o tuvieran 55 años o más.²⁵

Esta legislación otorgó al empleado el derecho a impugnar la negativa del empleador, ya que anteriormente no había posibilidad de recurso. Entonces la reforma señaló que se requeriría que los empleadores se reunieran con los empleados para discutir las solicitudes de arreglos de trabajo flexibles. Luego, los empleadores deberían evaluar dichas solicitudes y tratar de encontrar un arreglo. Si el empleador y el empleado no pudieran llegar a un acuerdo, el empleador tiene derecho a rechazar la solicitud por motivos comerciales razonables, proporcionando una explicación por escrito de los motivos de la negativa dentro de los 21 días posteriores a la recepción de la solicitud. Los empleados podrán presentar una solicitud ante el FWC para impugnar la negativa de un empleador o la falta de respuesta a una solicitud. Posteriormente, la FWC tendrá el poder de conciliar y arbitrar, e incluso ordenar a los empleadores que brinden explicaciones adicionales, otorgar la solicitud del empleado u ordenar arreglos alternativos para atender la solicitud. Un empleador que se niegue a implementar las órdenes dictadas por la FWC se arriesgará a enfrentar una sanción civil de hasta 16,500 dólares australianos (cerca de 190,000 pesos mexicanos).

Tal como lo demuestra esta comparativa entre la legislación mauriciana, australiana y angoleña con respecto a la mexicana, hablar de teletrabajo no significa necesariamente referirse a flexibilidad laboral de tiempo y espacio. Sin embargo, si comparamos la modalidad del teletrabajo con la organización laboral tradicional, sí existe una mayor flexibilidad en tanto que ha modificado el espacio donde se desempeñan las labores y esto lo comparten las legislaciones esbozadas aquí, incluyendo la mexicana. Empero, igual en un análisis comparativo, la ley de nuestro país resulta mucho más corta, puesto que lo que pudimos observar es que en general alrededor del mundo existe una tendencia hacia las normativas derivadas o constituidas alrededor de la modalidad de teletrabajo. De ser mucho más atentos a las necesidades de los trabajadores, en cambio, nuestra reforma queda sumamente restringida, al no privilegiar los posibles intereses o necesidades de los trabajadores de realizar teletrabajo.

Un elemento que también se encuentra ausente en la legislación de teletrabajo en México es que a menudo parece estar ciega en cuanto a ver en esta mo-

²⁵ Parlamento Federal de Australia, *Fair Work Legislation Amendment (Secure Jobs, Better Pay) Act 2022*, 2022. <https://www.legislation.gov.au/Details/C2022A00079/Download>

dadidad laboral una ayuda para ciertos trabajadores o trabajadoras que, por sus condiciones de vida, laborar bajo esta condición podría permitirles hacer frente a situaciones permanentes o pasajeras de cuidado de otros familiares. Tal como ocurre con Australia, en Polonia la reforma del capítulo II C de la Ley-Código de Trabajo y algunas otras leyes, de diciembre de 2021, referente al teletrabajo, estableció que las empleadas embarazadas, los padres de niños menores de cuatro años y los empleados que cuidan a personas con discapacidad, tienen derecho a trabajar de forma remota, a menos que el trabajo remoto no sea posible debido al tipo de trabajo que realizan (artículo 68, numeral 6).²⁶ El artículo 67 de la misma ley otorga a los empleados la posibilidad de realizar trabajo remoto de forma temporal por hasta 24 días al año. En Suecia, una enmienda a la Ley de Licencia Parental (1995:584), sección 15, b, otorgó a los padres que tienen hijos de ocho años o menores el derecho a solicitar un método de trabajo flexible,²⁷ un elemento que ya se encontraba previsto en esta misma ley para el caso de las mujeres, dando así a ambos padres la posibilidad de realizar también teletrabajo.

Igual ocurre en el caso de la citada Ley 27555 del Régimen Legal del Contrato de Teletrabajo, de Argentina, cuyo artículo 6o. establece que las personas que trabajen bajo esta modalidad y que acrediten tener a su cargo, de manera única o compartida, el cuidado de personas menores de trece años, personas con discapacidad o adultas mayores (que convivan con la persona trabajadora) y que requieran asistencia específica, tendrán derecho a horarios compatibles con las tareas de cuidado a su cargo y/o a interrumpir la jornada. Cualquier acto, conducta, decisión, represalia u obstaculización, proveniente del empleador, que lesione estos derechos se presumirá discriminatorio, por lo que resultan aplicables las previsiones de la Ley 23.592.²⁸

Así, aquí hay dos elementos que se pueden destacar de las legislaciones y que no se encuentran presentes en el caso de la mexicana: por un lado, el derecho de los trabajadores a solicitar a su patrón la realización de teletrabajo o acuerdos de trabajo más flexibles; y, por otro, nuestra legislación ni siquiera observa

²⁶ Parlamento de la República de Polonia, Rozdział IIc Praca zdalna, *Dziennik Ustaw. Dz.U.2023.1465 t.j.* <https://sip.lex.pl/akty-prawne/dzu-dziennik-ustaw/kodeks-pracy-16789274/dz-2-roz-2-c>

²⁷ Arbetsmarknadsdepartementet ARM, *Lag om ändring i föräldraledighetslagen (1995:584)1995:584*, 2022. https://www.riksdagen.se/sv/dokument-och-lagar/dokument/svensk-forfattningssamling/foraldraledighetslag-1995584_sfs-1995-584/

²⁸ Congreso de la República de Argentina, *cit.*

el teletrabajo como una posibilidad para trabajadores cuyas condiciones personales les requieren de organización más dúctiles. Esto me parece sumamente delicado, porque esta ausencia no sólo va en contra de cualquier posibilidad de construir otras formas de organización laboral que empujen la libertad de los individuos, sino que también es ciega a ver que buena parte del trabajo de cuidados en México sigue siendo realizado por mujeres, lo que fomenta la brecha de género y el llamado “piso pegajoso”. Otra vez, la pandemia por COVID-19 nos dio profundas lecciones: nos hizo recordar sobre el incalculable papel de las mujeres mexicanas como cuidadoras, y cómo los roles de géneros resultan a menudo aplastantes para su desempeño laboral.²⁹

Tal como lo ha señalado el Banco Mundial, la principal razón por la que las mujeres no pueden insertarse o reinsertarse a la vida laboral —por ejemplo, después de ser madres— es que no existe una red de cuidados a su alrededor. La oferta estatal de servicios de cuidados es mínima, focalizada en áreas con alta actividad económica y que, por las políticas de seguridad social, alcanza casi siempre sólo a las trabajadoras con empleos formales.³⁰ Esto se refiere no sólo a su rol como madres, sino también como cuidadoras de familiares con alguna forma de discapacidad o enfermos. La posibilidad de construir horarios más flexibles u horarios fijos, ya sea desde el hogar o cualquier otro espacio, podría ser un buen paliativo para amilantar no sólo el estrés que implica equilibrar el empleo y los trabajos de cuidados, sino que también podría significar una mayor productividad y avanzar en sociedades más justas para ellas.

A este respecto, señalaría que una reforma de esta naturaleza no significaría obligatoriedad sino más bien abrir las puertas a que la legislación garantizara la libertad dentro del trabajo. Como también se ha señalado, otra vez durante la pandemia por COVID-19, muchas mujeres consideraron que su carga de trabajo había aumentado, ya que tenían que hacerse cargo tanto de los trabajos del hogar como de los compromisos laborales. Por otro lado, lo cierto es que también existieron muchos trabajadores que después del regreso a las actividades presenciales deseaban más flexibilidad y un buen balance entre vida y trabajo.³¹

²⁹ Instituto Mexicano para la Competitividad, *Las mujeres en pandemia: los efectos en el hogar y en el trabajo*, 2021. <https://imco.org.mx/las-mujeres-en-pandemia-los-efectos-en-el-hogar-y-en-el-trabajo/>

³⁰ Banco Mundial, *La participación laboral de las mujeres en México*, Washington, 2020, pp. 22-43.

³¹ Robert Walters Group Company, *El regreso al nuevo mundo del trabajo*, México, Robert

En Colombia, donde existe una ley de teletrabajo desde el 2008,³² el artículo 3o. estableció que el Ministerio de Protección Social debía formular una política pública de incorporación al teletrabajo de la población vulnerable, es decir, personas en situación de discapacidad, de desplazamiento forzado, de aislamiento geográfico, mujeres cabeza de hogar, población en reclusión y personas con amenaza de su vida.

En la legislación brasileña, artículo 75-F, de la Ley núm. 14.442, publicada el 2 de septiembre de 2022, se señala que: los patrones deberán dar prioridad a los trabajadores con discapacidad y trabajadores con hijos o menores en custodia legal hasta cuatro años en la asignación de vacantes para actividades que puedan ser realizadas a través del teletrabajo o trabajo a distancia.³³ En Nueva Zelanda, también la Ley de enmienda de relaciones laborales, donde se abordan los arreglos de trabajo flexibles ya desde 2007, también les confiere a los empleados el derecho de solicitar una variación de las modalidades de trabajo,³⁴ colocando un apartado especial para el caso de los trabajadores que estén enfrentando algún tipo de violencia doméstica, a quienes el empleador deberá autorizar la realización de trabajo flexible por un periodo de dos meses (parte 6AB).

En la India, el *Model Standing Orders* de 2020, en el apartado 10, reconoció la posibilidad de que trabajadores y empleadores pueden llegar a un acuerdo sobre realizar las labores desde casa durante un período de tiempo, el cual puede ser establecido por el propio empleador y estará sujeto a las restricciones establecidas en el contrato inicial. Asimismo, una empleada puede solicitar permiso a su empleador para trabajar de forma remota, siempre que haya regresado de una licencia por maternidad y la naturaleza de su trabajo lo permita.³⁵

Desde luego, el teletrabajo no es una panacea. Y seguramente existen trabajos y trabajadores que no se acoplarían a él. Como ya nos mostró la pandemia, sin embargo, lo cierto es que es un buen camino para liberar presión sobre las

Walters Group Company, 2021. <https://www.robertwalters.mx//content/dam/robert-walters/country/mexico/whitepapers/pdf/RW-A-New-World-Of-Work-EGuide-Mexico.pdf>

³² Congreso de la República de Colombia, “Ley 1221 de 2008” (julio 16), *Diario Oficial núm. 47.052*, 2008. https://www.teletrabajo.gov.co/622/articles-8098_recurso_1.pdf

³³ Cámara dos Deputados, *op. cit.*

³⁴ Parliamentary Counsel of New Zealand, *Employment Relations Act 2000*, 2023. <https://www.legislation.govt.nz/act/public/2000/0024/latest/whole.html#DLM1398200>

³⁵ Ministry of Labour and Employment, *Notification of 31st December 2020*, 2020. https://labour.gov.in/sites/default/files/224080_compressed.pdf

condiciones de vida de muchos trabajadores. Por ahora, pienso también en otro problema sobre el que se ha discutido poco porque no es generalizado, pero sí resulta preocupante para la seguridad y salud de los trabajadores y que, por lo tanto, involucra las construcciones de nuestra disciplina y la discusión respecto al tiempo, eje de esta reflexión.

Un informe de la Secretaría de Economía durante el 2020 (año de la pandemia) señalaba que el tiempo promedio de traslado del hogar al trabajo fue 32.3 minutos. Mientras que el 77.2 % de la población tarda menos de una hora en el traslado, el 11.2 % tarda más de una hora en llegar a su trabajo. En principio, no parecen cifras tan alarmantes, pero sólo estamos hablando de la llegada. Recordemos que también tenemos un proceso de regreso e, igualmente, debemos entender que se trata de un porcentaje promediado que puede ocultar la realidad de muchos trabajadores mexicanos; sobre todo en urbes metropolitanas, dónde las largas distancias y el tráfico pueden jugar en contra.³⁶ La Ciudad de México está a la cabeza de las urbes más complicadas para trasladarse, lo que, según el Institute for Business Value, lleva a muchos de estos a cambiar su lugar de vivienda. Sin embargo, algunos trabajadores simplemente no pueden hacer esto y se enfrentan al tráfico de todos los días, así como a los accidentes viales y riesgos en medio de estas condiciones de movilidad.³⁷

La Global Cities Business Alliance sostiene que la Ciudad de México es el lugar del mundo con la ruta hacia el trabajo más larga. Cada trabajador mexicano en la capital del país invierte 113 minutos diarios de desplazamiento, lo cual se traduce en una pérdida de su bienestar, con daños directos a la salud, causándole insatisfacción y generando ansiedad. En particular, aquellos trabajadores que no pueden aprovechar el desplazamiento para hacer otras cosas, como leer, adelantar labores, llamar por teléfono o escuchar música, son los que peor llevan el vivir lejos de la oficina. De acuerdo con Global Cities Business Alliance, los trabajadores que viven lejos de sus casas consideran que tienen menos tiempo para dedicarse a la vida privada y suelen compensarlo reduciendo las horas de sueño, algo que, conjuntamente a los demás elementos como estrés y ansiedad,

³⁶ INEGI, *Tiempos de traslado. Censo General de Población y Vivienda 2020*. <https://www.economia.gob.mx/datamexico/es/profile/geo/mexico?fbclid=IwAR22YrO3qSZc5Rr7iu-DUG6ofhTIR0Nk04Vb6QOtsRW188Z7OSkjVcOTYyb8#calidad-vida-conectividad>

³⁷ Expansión, “Los mexicanos invierten más de dos años de su vida en trasladarse al trabajo”, *Expansión*, México, 3 de mayo de 2016. <https://expansion.mx/carrera/2016/05/02/los-mexicanos-invierten-mas-de-2-anos-de-su-vida-en-trasladarse-al-trabajo>

puede minar la productividad en el trabajo y su calidad de vida. A lo anterior tendríamos que añadir que el sedentarismo que implica pasar muchas horas en el transporte puede acarrear problemas de salud, como un aumento de la presión sanguínea, dolores de espalda o sobrepeso.³⁸ La pregunta es, ¿el teletrabajo puede resultar una vía para resolver este problema? Sin duda podría ser una solución, y la legislación debería tener la posibilidad de presentarlo como una alternativa para estos trabajadores si sus tareas lo permiten. Es decir, ofrecerles ese grado de flexibilidad y, por lo tanto, de libertad.

IV. Problemas alrededor del derecho a la desconexión

A diferencia de lo que pasa con el derecho de los trabajadores a solicitar teletrabajo —ya sea de forma total o parcial—, el derecho a la desconexión se encuentra prácticamente presente en todas las legislaciones respecto al trabajo remoto, teletrabajo o trabajo flexible de aquellos países que han construido normativas alrededor del tema. En cuanto a este tópico, la legislación mexicana señala como obligación del patrón “Respetar el derecho a la desconexión de las personas trabajadoras en la modalidad de teletrabajo al término de la jornada laboral” (artículo 330-E, numeral VI). Esto da cuenta de lo prioritario que se volvió establecer una frontera temporal entre la vida personal y laboral, fomentando un equilibrio entre ambas; lo cual es sin duda un aliciente para seguir trabajando en legislaciones que ofrezcan mayor respeto para la vida de los trabajadores.

Sin embargo, esto no es un proceso que sólo tenga lugar en México; buena parte de las legislaciones alrededor del teletrabajo y el trabajo a distancia han regulado el derecho a la desconexión. El artículo 5o. de la ya mencionada Ley 27555 de Argentina asienta el derecho de los trabajadores a desconectarse fuera del horario laboral, y establece que los empleadores no podrán exigir a la persona que trabaja la realización de tareas, ni remitirle comunicaciones, por ningún medio, fuera de la jornada laboral.

³⁸ La Información Económica, “Vivir lejos de la oficina daña la salud, dispara el estrés y aumenta el sobrepeso”, *La Información Económica*, España, 9 de agosto de 2016. https://www.lainformacion.com/economia-negocios-y-finanzas/Vivir-oficina-dispara-aumenta-sobrepeso_0_942806744.html/

La también ya citada ley chilena 21.220 realizó modificaciones al Código del Trabajo en materia de trabajo a distancia. El artículo 152 *quáter* J estableció en su último párrafo lo siguiente:

Tratándose de trabajadores a distancia que distribuyan libremente su horario o de teletrabajadores excluidos de la limitación de jornada de trabajo, el empleador deberá respetar su derecho a desconexión, garantizando el tiempo en el cual ellos no estarán obligados a responder sus comunicaciones, órdenes u otros requerimientos. El tiempo de desconexión deberá ser de, al menos, doce horas continuas en un periodo de veinticuatro horas. Igualmente, en ningún caso el empleador podrá establecer comunicaciones ni formular órdenes u otros requerimientos en días de descanso, permisos o feriado anual de los trabajadores.³⁹

En Colombia incluso se construyó una ley específica para la desconexión que no se refiere ni tampoco se encuentra atada, específicamente, al teletrabajo. Así, el 6 de enero de 2022 entró en vigor esta ley, cuyo objetivo principal es garantizar los tiempos de descanso de los trabajadores, e incluso, considera que la no observancia de esa podría implicar una conducta de acoso laboral (artículo 4o.). Por otro lado, a diferencia de lo que ocurre en otras partes del mundo, la legislación colombiana establece una serie de excepciones a la desconexión, las cuales se refieren a:

1. Los trabajadores y servidores públicos que desempeñen cargos de dirección, confianza y manejo;
2. Aquellos que por la naturaleza de la actividad o función que desempeñan deban tener una disponibilidad permanente, entre ellos la fuerza pública y organismos de socorro;
3. Situaciones de fuerza mayor o caso fortuito, en los que se requiera cumplir deberes extra de colaboración con la empresa o institución, cuando sean necesarios para la continuidad del servicio o para solucionar situaciones difíciles o de urgencia en la operación de la empresa o la institución, siempre que se justifique la inexistencia de otra alternativa viable.⁴⁰

³⁹ Congreso Nacional de Chile, *op. cit.*

⁴⁰ Congreso de la República de Colombia, *op. cit.*

En Bélgica, una reforma de la Ley que Contiene Diversas Disposiciones Relativas al trabajo del 3 de octubre de 2022, referente al capítulo 8, modificó el artículo 16 señalando que:

Para los empleadores que ocupen al menos 20 trabajadores, los términos y condiciones del derecho de desconexión del trabajador y la implementación por parte de la empresa de mecanismos para regular el uso de herramientas digitales, con miras a asegurar el cumplimiento de los tiempos de descanso, así como el equilibrio entre la vida privada y la vida profesional, debe ser objeto de un convenio colectivo de trabajo celebrado a nivel de empresa, de conformidad con la ley de 5 de diciembre de 1968 sobre los convenios colectivos y los comités paritarios y, a falta de tal convenio colectivo de trabajo, estos deberán incluirse en el reglamento de trabajo conforme al procedimiento previsto en los artículos 11 y 12 de la ley de 8 de abril de 1965 por la que se instituye el reglamento de trabajo.⁴¹

En Italia, la Ley 81 del 22 de mayo de 2017, donde se establecieron medidas de protección del trabajo por cuenta propia no empresarial y medidas de fomento de la articulación flexible en tiempos y lugares de trabajo, reconoce este derecho a la desconexión sólo en el marco del llamado “trabajo ágil” (*lavoro agile*), que es entendido por la legislación italiana como una forma de teletrabajo donde el trabajador labora por ciclos y objetivos y sin limitaciones precisas de tiempo o de lugar de trabajo.⁴² En Grecia, la reforma que entró en vigor el 19 de junio de 2021 L.4808/2021, modificó la ley de teletrabajo existente (L.3846/2010) otorgando, en el artículo 18, el derecho a los trabajadores a desconectarse después de haber finalizado sus labores.⁴³ Igual ocurre en Tailandia, donde, en el marco de Ley de Protección Laboral (núm. 8) de 2023, fue añadido el artículo 23/1 por el que se otorga el derecho a trabajar desde casa

⁴¹ Chambre des représentants, *Loi portant des dispositions diverses relatives au travail (1)*, 2022. <http://www.ejustice.just.fgov.be/eli/loi/2022/10/03/2022206360/moniteur>

⁴² Camera dei deputati ed il Senato della Repubblica, Legge 22 maggio 2017, n. 81. Misure per la tutela del lavoro autonomo non imprenditoriale e misure volte a favorire l'articolazione flessibile nei tempi e nei luoghi del lavoro subordinato, *Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana*, núm. 135, 2017. <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/gu/2017/06/13/135/sg/pdf>

⁴³ Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ ΤΗΣ ΕΛΛΗΝΙΚΗΣ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑΣ, ΕΦΗΜΕΡΙΔΑ ΤΗΣ ΚΥΒΕΡΝΗΣΕΩΣ ΤΗΣ ΕΛΛΗΝΙΚΗΣ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑΣ, 2021. <https://www.taxheaven.gr/news/54856/neos-nomos-48072021-oesmiko-plaisio-thlergasias-diataxeis-gia-to-anorw-pino-dynamiko-toy-dhmosioy-tomea-kai-alles-epeigoyses-ryomiseis>

o en un domicilio diferente al del empleador, señalando además el derecho del trabajador a negarse a comunicarse de cualquier forma con sus empleadores, supervisores o supervisores.⁴⁴

En Francia, la ley francesa núm. 2016-1088 de 8 de agosto de 2016 relativa al trabajo, a la modernización del diálogo social y a la protección de las trayectorias profesionales introduce el derecho a la desconexión para los trabajadores.⁴⁵ La medida se fundamentó en el llamado *Informe Mettling sobre Transformación digital y vida laboral*,⁴⁶ conocido así por el nombre de su redactor principal, Bruno Mettling, director general adjunto de Orange. En este documento se ponen de manifiesto los riesgos asociados a la utilización de estos medios digitales por las empresas, tales como trabajadores que se conectan a distancia, a cualquier hora de cualquier día, con el riesgo evidente de incumplir los tiempos de descanso diarios o semanales, lo que afecta de lleno a la protección de su salud. En España, la Ley Orgánica 3/2018 concede el derecho a la desconexión digital, delegando en la negociación colectiva o en acuerdos entre empresa y sindicato, la elaboración de políticas internas de trabajo que definan las modalidades de ejercicio de la desconexión y las acciones de formación sobre un uso razonable de las herramientas tecnológicas que evite el riesgo de fatiga informática.⁴⁷

Sin duda el espíritu de estas legislaciones apunta a respetar el tiempo de descanso de los trabajadores. Otro elemento sintomático que comparten la legislación mexicana con buena parte de sus homólogas es que hacen recaer esta responsabilidad sobre el patrón. Concretamente, tal como expusimos atrás, resulta muy peculiar la forma en que se establece que ésta es una obligación del patrón. En Colombia, tal como señalamos atrás, el no cumplir con esto puede ser interpretado como acoso laboral.

⁴⁴ Cámara de Representantes, พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน (ฉบับที่ ๘) พ.ศ. ๒๕๖๖, 2023. <https://ratchakitcha.soc.go.th/documents/140A020N000000005600.pdf>

⁴⁵ Conseil Constitutionnel, Loi núm. 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels(1). <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT0000032983213>

⁴⁶ Mettling, M. Bruno, *Transformation numérique et vie au travail*, 2015. https://medias.vie-publique.fr/data_storage_s3/rapport/pdf/154000646.pdf

⁴⁷ Jefatura del Estado, “Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales”, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 294, 2018. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2018-16673>

Ya expuse antes que me parece que la ley mexicana es precaria respecto a la concesión de derechos a estos trabajadores. En buena parte de las legislaciones que aquí he referido se hace hincapié en que los trabajadores en modalidad de teletrabajo van a tener los mismos derechos que el resto de los trabajadores, lo que no es el caso en la reforma mexicana. Desde luego que de ahí no se sigue que esta ausencia niegue el pago de prestaciones o el derecho a la seguridad social de los trabajadores; sin embargo, sí considero que existen algunos elementos que requieren de mayor énfasis, sobre todo referente al tema de desconexión. Es verdad que la desconexión es definida por la NOM-037-STPS-2023 como el

Derecho de un trabajador a apartarse del trabajo (incluida la desconexión de las TIC de manera digital) y abstenerse de participar en cualquier tipo de comunicación con el centro de trabajo al término de la jornada laboral, en los horarios no laborables, vacaciones, permisos y licencias. En horarios flexibles, la desconexión aplica también durante las pausas convenidas entre la persona trabajadora bajo la modalidad de Teletrabajo con el patrón y asentadas, según aplique, en el contrato colectivo de trabajo o reglamento interior.

Sin embargo, ni la ley ni la norma oficial especifican de qué forma las empresas deberán establecer los mecanismos para regular el uso de herramientas digitales. Lo que sabemos, o se puede entrever, es que, en última instancia, las empresas deben tomar las medidas adecuadas para garantizar el respeto de los períodos de “licencia y descanso”, así como la integración laboral y familiar. Otro vacío atañe a las sanciones relacionadas con la falta de implementación de las modalidades vinculadas a este derecho a la desconexión: ¿qué consecuencias tendrán para los empleadores que no respeten la ley? Simplemente, no se hallan claramente definidas en la legislación y por ello prevalecen serias dudas sobre cuáles podrían ser las consecuencias jurídicas asociadas al no cumplimiento de lo estipulado por la ley.

A diferencia de lo que ocurrió en Francia o incluso España, la reforma del teletrabajo, tal como lo señalamos al principio, en nuestro país no ha estado acompañada de debates o de cuestionamientos alrededor de su operatividad. Parece existir, en términos generales, una mirada positiva sobre la reforma y un ánimo de triunfo. Sin embargo, me parece importante leer con más profundidad el problema de la desconexión, que en última instancia no únicamente alude a

los teletrabajadores sino a buena parte de los trabajadores del país. Y aquí quiero hacer énfasis en cómo la reforma y el reconocimiento del derecho a la desconexión se encuentra vinculado con los trabajadores que realizan trabajo remoto. En honor a la verdad, podríamos señalar que el resto de los trabajadores tendrían otras expresiones para este derecho, a través de categorías como *derecho al descanso*. Pero regresemos al origen y preguntemos: si el derecho al descanso no se encuentra como matriz del derecho a la desconexión, ¿es entonces necesario colocar un numeral en la ley para establecer que es obligación del patrón respetar el derecho a la desconexión, cuando la ley federal ya habla del derecho al descanso? ¿Estamos hablando de dos derechos distintos o de un mismo derecho que tiene formas diferentes de expresarse?

Vallecillo Gámez se preguntaba algo parecido respecto a la puesta en marcha del derecho a la desconexión en Francia y España,⁴⁸ concluyendo que se trata de una nueva categoría que hace referencia a las nuevas dinámicas laborales pero que, realmente, su centro raíz se refiere al derecho al descanso, señalando que es más necesario que la simple ley y las buenas intenciones para poder paliar el problema que implica la hiperconexión de los trabajadores. Si bien es atinada su reflexión y nos invita a pensar en la operatividad y el carácter casi ocioso de un “nuevo derecho” —en tanto que propone que, más bien, el camino debería ser constituir herramientas que permitan esclarecer y hacer efectivo el derecho al descanso—, me parece que tiene una lectura un poco superficial del problema. Por ello, en las siguientes líneas intentaré explicar el por qué, ya que me parece que una lectura más general e interdisciplinaria nos puede ayudar a diagnosticar de una mejor forma el problema a fin de llevarnos a respuestas o posibles soluciones desde nuestra disciplina.

V. Desregulación y regulación en el uso de las TIC'S: ¿hacia la constitución de una legislación sobre trabajo flexible?

En principio el uso de TIC no necesariamente debe ser leído como un problema para la vida laboral. Tal como he querido mostrar en las líneas precedentes,

⁴⁸ Vallecillo Gámez, María Rosa, “El derecho a la desconexión: ¿«novedad digital» o esnobismo del «viejo» derecho al descanso?”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, España, núm. 408, 2017, pp. 167-178.

estoy a favor de que la legislación mexicana abra la posibilidad e impulse el teletrabajo como una forma de desarrollar muchas actividades que pueden realizarse desde cualquier lugar. También lo considero una vía que nos puede permitir acceso a una mayor equidad en nuestras relaciones, así como a ciertos sectores de la población que se encuentran en condiciones laborales vulnerables. Y cuando hablo de esto no sólo me refiero a mujeres y hombres que tienen que realizar actividades de cuidados de algún familiar menor de edad, enfermo o con discapacidad, sino también a trabajadores que por sus condiciones físicas no pueden tener la misma movilidad que el promedio, así como aquellos que tienen que invertir un tiempo excesivo de traslado en megaciudades como Ciudad de México, Guadalajara o Monterrey.

Sin embargo, a un lado de tales condiciones, en principio menos rígidas a las que conocemos del trabajo tradicional, también existen graves problemas vinculados con el manejo del tiempo de vida de los individuos, así como la calidad de este. En ese sentido, considero que esta marejada de legislaciones constituidas en varias naciones en el planeta no debe leerse como una moda, sino como el síntoma de un problema. Por ello, invito a entenderlas en el marco de la ansiedad por parte de los Estados, incluido el mexicano, por colocar límites a la cultura de la hiperconectividad que nos ha desbordado y sus consecuencias negativas. Vallecillo Gámez se refiere a esto como una parte de la cultura laboral, y no tanto de la cultura del ocio. A mí me parece que la respuesta más bien se anquilosa en un asunto de la cultura; así, a secas. No es que la sensación de estar permanentemente conectados sea un asunto que sólo concierna al ámbito laboral, sino que es algo que se encuentra entretejido en todos nuestros ámbitos de la vida.

Esto me lleva a plantear el problema desde otra óptica: ¿cómo lograr que el ambiente laboral sea un lugar no infectado por la hiperconectividad que nos conforma? El trasfondo de dicha discusión es entonces más complejo que sólo hablar de la forma en que se ha organizado el trabajo en nuestra contemporaneidad y sobre la presencia o no del concepto de desconexión en las diversas legislaciones. El reto es demasiado grande. Por ello, la respuesta debe ser mucho más articulada, y no sólo debe venir desde el derecho. En este sentido, reconozco que nuestra disciplina, y cómo derivan de esta las legislaciones, no poseen la capacidad de modelar de forma certera las conductas y las prácticas de los individuos. Sin embargo, tampoco su existencia cae en un espacio vacío y poseen algún grado de resonancia.

Lo último señalado implica observar al derecho como resultado del tejido social. Entonces, a diferencia de lo que señala Vallecillo Gámez, no creo que el valor de lo simbólico deba ser dejado de lado y considerarlo de mínima categoría —seguro los antropólogos, historiadores y etnógrafos compartirían mi punto de vista—. Como consecuencia de eso, el derecho también forma parte del entramado sociocultural, y, por ello, no podemos ver lo sociocultural, por un lado, y el derecho, por otro. Pensar de la forma señalada es un terrible error, pues supone una mirada sumamente binaria sobre la realidad. Bajo esta nueva lectura, cuando Vallecillo Gámez refiere que para resolver el problema de la hiperconectividad laboral es indispensable una transformación cultural, se equivoca al sugerir que el derecho no forma parte de ese cambio. En tal sentido, ofrezco una perspectiva donde el derecho en general, pero más específicamente el derecho social, se presenta no únicamente como una regla establecida y/o convenida, sino también como aquello que se mueve hacia un punto determinado, que intenta construir algo, devolviéndole a este, como reflexión y praxis, su capacidad transformadora.

Ninguna legislación nace perfecta, y por ello es obvio que siempre tendrá oportunidad de ser reformada, derogada o puesta a debate. Generalmente la praxis y los cambios sociales son los detonadores de dichos procesos. Esto nos hace volver a las fuentes del derecho clásicas, lo que nos permite ver las legislaciones respecto al teletrabajo y a la desconexión digital como signos de los cambios sociales que hemos venido experimentando desde hace medio siglo. Regresando a la pregunta sobre si consideramos necesaria una legislación alrededor de la desconexión digital, mi respuesta sería que sí. Sí la requeriáramos por lo menos en espacios laborales como el mexicano, donde el espíritu del capitalismo industrial y su organización de trabajo aún se encuentran profundamente arraigados en los marcos legislativos que tienen, a su vez, directa injerencia en las propias organizaciones laborales. Pero también la requeriáramos en aquellos países donde las reformas han sido tales que han reducido casi al mínimo el poder colectivo de los trabajadores. De forma que hago una invitación a que veamos a los trabajadores como seres humanos, y no únicamente como fuerza de trabajo.

Por lo menos, insisto, eso aplicaría para el caso mexicano, cuya reforma al teletrabajo se encuentra muy enmarcada dentro del modelo taylorista-fordista. Y aunque la ley parece otorgar ciertos derechos a los trabajadores —vinculados a la obligación del patrón de cubrir los gastos de ejecución del trabajo, como

equipo de cómputo o internet, adaptándose con ello a las nuevas dinámicas del capitalismo cognitivo—, realmente pienso que está aún muy lejana de otras legislaciones que ofrecen posibilidades de mayor bienestar a los trabajadores. Explicaré brevemente lo anterior.

Los modelos de producción que emergieron desde la década de los setenta en el mundo se articularon bajo la premisa de la flexibilización del proceso productivo. Esto ha llevado al incremento de la intervención de los trabajadores en la constitución y ejecución de las tareas, todo con vistas a servirse de su conocimiento, experiencia, así como capacidad para hacer frente a las diferentes tareas y problemas que involucran las propias tareas que ellos mismos ejecutan. Lo anterior implicó la fractura de las rutinas secuenciales que caracterizaron al capitalismo industrial: destronaron la especialización, impulsaron la polivalencia laboral, así como estimularon jerarquizaciones aparentemente más horizontales.⁴⁹

Paralelo a esto, sin embargo, esta flexibilidad también ha significado una mayor elasticidad en las condiciones de contratación de la mano de obra —o lo que se conoce como *flexibilización externa*—, la cual ha sustituido los contratos por tiempo indeterminado, o de larga duración, por los contratos a término; la evolución de los salarios basada en la productividad, o en los llamados “estímulos”, así como la eliminación de diferentes componentes de protección jurídica y de seguridad social de los trabajadores, por señalar los elementos más notorios.⁵⁰ Por tal razón, esta mayor flexibilidad casi nunca ha venido aparejada —por lo menos para el caso mexicano— de mejoras en las condiciones laborales para los trabajadores. Más bien ha construido el marco para que las empresas puedan adaptarse fácilmente a las condiciones fluctuantes del mercado y a un oligopsonico mundo laboral.

Desde finales del siglo XX somos testigos de la pérdida del poder de las organizaciones colectivas, constituidas con mucha dificultad y ampliamente asistidas por la protección estatal, pero que habían servido como una herramienta muy keynesiana de regulación entre empresarios, Estado y trabajadores. Asimismo, el éxito de estos nuevos modelos de diseño productivo y laborales, enmarcados en el capitalismo cognitivo, se integra a partir de la desregulación y flexibilidad intrínseca a la modernización tecnológica contemporánea, cuyo

⁴⁹ Antunes, Ricardo *et al.*, *Trabajo y capitalismo: Relaciones y colisiones sociales*, Buenos Aires, CLACSO/ALAS/Teseo, 2019, p. 15.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 16.

brazo más importante ha sido la desintegración de las demandas colectivas y la promoción de la diversidad de condiciones laborales, las cuales parecen estar debilitando las luchas colectivas y fracturando las identidades laborales.

Desde luego que, en esta desregulación, el derecho ha sido columna vertebral. No únicamente vinculado al derecho laboral, sino en la construcción de una serie de marcos legislativos que promueven la liberación económica y han golpeado seriamente los derechos sociales. He descrito y recuperado la reflexión de Ricardo Antunes poniendo presión, ya que es una situación que ha afectado con mayor fuerza a los países periféricos.⁵¹ Efectivamente, la fuerza laboral en América Latina y los marcos legislativos que la organizan se mantienen con un espíritu fordista. Si bien es verdad que se han realizado ciertas “modernizaciones”, buena parte de estas se encuentra irrestrictamente relacionadas con la flexibilidad externa más que con la polivalente, lacerando los de por sí ya débiles lazos laborales y los derechos ganados durante varias décadas. Así, estas relativamente nuevas relaciones laborales, enmarcadas en una nueva División Internacional del Trabajo, poseen una alta informalidad que perjudican de forma especial a los trabajadores.

De aquí deriva mi preocupación por que algunos factores o condiciones de trabajo se mantengan subsumidas o sin regular, ya que, en sentido estricto, el modo de entender el trabajo en México sigue reinando por los imaginarios del capitalismo industrial, como lo es pensar que el trabajo incluye el traslado hacia un espacio específico o considerar que enviar un correo fuera del horario del trabajo no resulta un atentado al tiempo de descanso del trabajador. Esto no significa que las formas de organización del trabajo sean negativas, sin embargo, algunas de estas pueden avanzar para brindar un mayor bienestar laboral. Lamentablemente, la forma en que se ha ido desarrollando esta maleabilidad ha implicado una mayor carga para los trabajadores mexicanos.

Como parte de dicha flexibilidad, se encuentra la premisa de la disponibilidad permanente, irrestrictamente vinculada a la conectividad a través de las tecnologías, y la poca importancia que se le otorga a las consecuencias que puede traer en la salud y en la vida de los trabajadores. No únicamente por parte de los patrones sino también de los propios empleados. En este sentido, valdría la pena preguntar si esta permanente conexión es exclusivamente responsabilidad de los patrones. Desgraciadamente, la respuesta es que no. Y entonces el

⁵¹ *Ibidem*, p. 20.

cuestionamiento nos devuelve a la pregunta ya planteada: ¿qué podemos hacer para lograr que los trabajadores se desconecten? El Estado debe jugar aquí un papel fundamental en construir un marco legislativo que impulse políticas públicas para informar a uno y a otro sobre los costes humanos y económicos de una permanente conectividad. También debería instituir impulsos fiscales para las empresas que promueven el derecho de sus trabajadores a no estar disponibles para la empresa, salvo en el tiempo que ellos mismos hayan fijado; y para aquellas empresas que logren construir herramientas que faciliten dicha desconexión, como reorganización administrativa, empleo de *software* de bloqueo a los sistemas de gestión y administración de la empresa.

La Ley Federal del Trabajo debe también mutar para construir otras formas de flexibilidad que permitan al trabajador gestionar de una mejor forma su tiempo de vida. En México, algunas vacantes de empleos establecen como requisito o condición laboral “flexibilidad”, lo cual significa la posibilidad de rolar turnos. De hecho, tal práctica es ampliamente utilizadas en muchas empresas, tanto en la modalidad donde las personas alternan horarios de manera semanal, quincenal o mensual, por periodos prolongados; como en aquella donde trabajan dos o tres días en cada turno, intercalando algún descanso. Esta situación es vista como normal para solventar las actividades industriales durante las 24 horas del día, con base en razones económicas y de producción, pero con serias repercusiones para la salud física y mental de los trabajadores.⁵² Dicha flexibilidad, que se ha intensificado mucho más en las últimas décadas, no debe ser justamente la deseada porque dispone de manera perjudicial sobre el tiempo de los trabajadores, en tanto que los limita a los requerimientos de la empresa, dificultando construir una vida personal paralela a su vida laboral.

De hecho, con mayor precisión, realmente este es el mismo trasfondo que se movió detrás del malestar de muchos trabajadores que realizaron *home office* durante la pandemia por COVID-19. Es decir, la imposibilidad de tener algún control sobre su tiempo de vida. Incluso en una mirada aún más problemática, el trasfondo puede; y, de hecho, lo es para muchos mexicanos. Con ello quiero

⁵² Medina Figueroa, Edith, “Impacto a la salud por la rotación de turnos de trabajo”, *Revista Universitaria*, México, vol. 1, núm. 7, 2018, pp. 28 y 29; Cano Martínez, José Antonio y López Ortiz, María Monserrat, “Rotación de turnos laborales y sus consecuencias para la salud”, *Entretextos*, México, vol. 11, núm. 32, 2019, pp. 1-10. <https://doi.org/10.59057/iberoleon.20075316.201932129>

decir que la tensión no se refiere propiamente al descanso en sí, sino a lo que hemos señalado al principio de esta reflexión, el control sobre el tiempo.

Para colocar una situación que problematiza aún más esto, en los últimos dos años hemos observado una reducción del desempleo. Sin embargo, muchos de los nuevos empleos nacen precarizados o se van precarizando progresivamente, lo que está empujando a que cada vez sean más los mexicanos que requieran de un segundo empleo para poder cubrir los gastos más básicos. La plataforma de reclutamiento Randstand señala que tres de cada diez trabajadores mexicanos requieren de dos empleos para poder sobrevivir. También revela que de cada diez mexicanos que llevan a cabo esta práctica seis son mujeres, madres solteras y jefas de familia que tratan de equilibrar su vida profesional con la personal. Muchas tienen que obtener dos trabajos para poder mantener a su familia; y este segundo empleo generalmente se refiere al propio autoempleo.⁵³ Sin embargo, también es verdad que algunos de estos trabajadores, que deciden utilizar su tiempo de descanso en otra actividad laboral, lo hace para construir un respaldo financiero, adquirir experiencia, tener certidumbre para el futuro o simplemente tienen deseos de iniciar un negocio.⁵⁴

Insisto: no es el descanso *per se* lo que está puesto a debate. Lo que parece que se pretende defender es la posibilidad de que los trabajadores puedan disponer de su tiempo como mejor lo consideren; por lo que estas situaciones nos llevan a matizar la tensión que hay detrás del concepto de *descanso* que puede imperar alrededor de la ley, y también colocar mayores retos en materia de legislación laboral. Esto ya lo había planteado cuando reflexionaba sobre la necesidad de que los trabajadores, cuyas actividades se desarrollan a través del teletrabajo, puedan tener la posibilidad de solicitar a su patrón realizarlo. No todo el tiempo que se posee fuera de la jornada laboral se refiere al descanso; sin embargo, debemos luchar por que nuestras referencias jurídicas brinden la posibilidad de que los trabajadores administren su tiempo como lo consideren pertinente.

No obstante, también debemos matizar esta aparente “libertad”, ya que nos lleva a otras reflexiones y a otros problemas respecto a la necesidad de los in-

⁵³ “Mexicanos necesitan dos trabajos para vivir”, *El Pulso Laboral*, México, 2017. <https://elpulsolaboral.com.mx/mercado-laboral/12251/mexicanos-necesitan-dos-trabajos-para-vivir>

⁵⁴ “Entre precariedad y emprendimiento: 3 millones de mexicanos tienen dos trabajos”, *Expansión*, México, 2022. <https://expansion.mx/economia/2022/09/07/cuantos-mexicanos-tienen-dos-trabajos-inegi#:~:text=A1%20menos%203.1%20millones%20de,poblaci%C3%B3n%20ocupada%20en%20el%20pa%C3%ADs>

dividuos de la sociedad contemporánea de mantenerse productivos de forma permanente. Algo que si bien hay quienes las achacan a la pandemia y su forma de organización laboral,⁵⁵ me parece que ésta, propiamente, obedece a otras dinámicas que se remontan a procesos que sucedieron mucho antes de la contingencia sanitaria, y que se encuentran muy vinculados con la organización del capitalismo cognitivo y su uso de tecnologías. Lo que el filósofo surcoreano Byung-Chul Han llama la “sociedad del rendimiento”,⁵⁶ me lleva a plantear la amenaza de que el teletrabajo, tal como lo hemos planteado aquí, es decir, como salida a problemas en las condiciones de vida y de trabajo de cierta parte de los mexicanos y mexicanas, pueda redundar en el fomento de la hiperproductividad. Esto existe como riesgo, y por esa razón debemos regular de forma mucho más integral, de tal manera que una reforma a la ley en materia de teletrabajo conlleve además una estrategia estatal, no únicamente patronal, que informe sobre los riesgos asociados a una permanente conectividad. Por otro lado, también debemos continuar luchando desde el derecho social por constituir marcos regulatorios que permitan la redistribución de los recursos de formas más eficaces, a fin de cerrar el camino a cualquier posibilidad de que el llamado *tiempo de descanso* sea utilizado como supletorio o complementario a la insuficiente de recursos para la subsistencia.

Todo esto se enmarca en una lucha mucho más profunda, relacionada con la libertad, que nos lleva a preguntarnos sobre la tradición doctrinal que ha dado forma al derecho del trabajo, y que lo ha descrito como una fuerza compensatoria frente a la desigualdad del poder de negociación inherente a la relación laboral. En este sentido, buena parte de los derechos laborales fundamentales consagrados en el marco de la ley federal, así como los instrumentos internacionales de derechos humanos, han tenido hasta ahora como meta esencial proteger a las y los trabajadores contra esos riesgos. A menudo este objetivo, aunque bueno, nos ha dado escaso espacio para que podamos discutir sobre posibles formas que nos permitan un mayor bienestar y acceso a la justicia. En este sentido, debemos apostar por legislaciones que no sólo promuevan la protección sino también la libertad de los trabajadores. El teletrabajo podría abrir el camino

⁵⁵ “La cultura de la productividad nos hace olvidar que somos seres humanos”, *Contacto de Unión Empresarial*, México, 2021. <https://revistacontacto.com.mx/la-cultura-de-la-productividad-nos-hace-olvidar-que-somos-seres-humanos/>

⁵⁶ Han, Byung-Chul, *La sociedad del cansancio*, Barcelona, Herder, 2012, p. 118.

para que una cierta parte de los trabajadores puedan lograr esto, al tiempo que nos serviría de laboratorio para discutir otras formas de organización laboral, en donde el derecho debe ser una pieza clave de la reflexión.

No se trata de la desconexión en sí ni de una apuesta ciega por el teletrabajo, sino de las opresiones y dominaciones que acompañan las formas de organización laboral contemporánea. El derecho social siempre ha jugado un papel como regulador; sin embargo, sus logros han sido casi siempre mínimos frente a la vorágine de explotación del mercado. De tal suerte que, hoy por hoy, las personas trabajadoras se ven más amenazadas por la existencia de otros mecanismos de control del tiempo, derivadas de las nuevas políticas económicas y del uso de las tecnologías de información. Esta historia de desarticulación de los derechos sociales y la pérdida de poder del derecho laboral es larga, pero ha recaído directamente en los salarios y calidad de vida de trabajadores mexicanos; y se avecina aún más problematizadas por el uso de las nuevas tecnologías como la inteligencia artificial.

Aunque no localizamos datos concretos respecto a cuántas personas utilizan algún tipo de TIC's en su trabajo en el país, lo cierto es que parece que uno de los primeros resultados de esta gran revolución laboral en la que nos encontramos sumergidos es que las personas trabajan cada vez más con información, en lugar de objetos físicos, lo que plantea grandes retos para el derecho laboral. Como nos han mostrado algunas de las legislaciones alrededor del mundo, las TIC's están directamente asociadas a las nuevas formas de organizar el trabajo, basadas en el concepto de flexibilidad y adaptabilidad que fractura la antigua noción de trabajo a tiempo completo con horarios de trabajo fijos. De tal manera que en algunos de estos países han ido de la mano con la reorganización del tiempo de trabajo: horarios flexibles, la introducción de la elección de los horarios de trabajo y el teletrabajo, en tanto que permiten redistribuir y aligerar las tareas, así como eliminar la monotonía. El teletrabajo es una forma que puede acercar el trabajo a los trabajadores, ofreciendo importantes ventajas: al trasladar el lugar de trabajo al hogar, se ayuda a los trabajadores a lograr un mejor equilibrio entre el trabajo y la vida privada, les da mayor independencia y responsabilidad, y también puede significar costos más bajos para los empleadores.

Sin embargo, también debemos reconocer los riesgos asociados a su implementación. El teletrabajo cambia el patrón de las relaciones sociales, aislando a estos trabajadores, de colegas y superiores, al reducir sus contactos directos con sus empresas. De suerte que este cambio pone en riesgo una cultura de re-

laciones con la colectividad; e igualmente puede desdibujar los límites entre la vida laboral y la privada, desafiando las reglas que tradicionalmente han regido el mundo del trabajo. Esto nos llevará —o ya no está llevando— al replanteamiento de los contratos colectivos, que tradicionalmente se encuentran basados en la premisa de un tiempo y lugar específico para la jornada laboral.

Por ello, insistiría, el Estado mexicano debe velar por que el uso de la TIC no signifique un declive sistemático de los estándares de protección laboral: en un mundo del trabajo que parece cambiar a un ritmo vertiginoso, corresponde a los legisladores nacionales y a la disciplina del derecho responder a los problemas fundamentales inherentes al uso de las nuevas tecnologías y regular los derechos y obligaciones de los empleadores y empleados. En este sentido, el Estado mexicano debe establecer un marco regulatorio claro y estable donde se aborde de forma más integral el uso de las TIC, y no un simple apartado donde se pretenda normar el teletrabajo. Igualmente, el derecho social aún tiene un papel esencial que desempeñar para reflexionar sobre las leyes y los reglamentos, empujando la premisa de que los trabajadores no son únicamente fuerza de trabajo, sino que se impulse su libertad dentro, frente y ante el trabajo.

VI. Reflexiones finales

Si bien la posibilidad de tener derecho al teletrabajo se aprecia como viable para todos los trabajadores, lo cierto es que por la naturaleza de las actividades esta condición no es factible —y quizás tampoco deseable— en la totalidad de la administración del trabajo. A pesar de esto, considero que la legislación puede acotar que, si las actividades así lo permiten, los trabajadores deberían tener derecho a solicitar a su empleador realizar teletrabajo, y, ahora sí, a través de un convenio entre ambos, que implique una evaluación en igualdad de condiciones legales, implementar o no esta modalidad. Sostengo que el teletrabajo no es un trabajo especial, es una condición del trabajo. Lo que existe es un trabajo material que puede realizarse a distancia, por las condiciones especiales de la persona trabajadora, los requerimientos de la fuente de empleo para hacer más productivas y humanas las relaciones de trabajo.

En este sentido, propongo que, para el otorgamiento de esta modalidad, se privilegie siempre a trabajadores en condiciones especiales, como aquellos que tengan a su cuidado algún familiar enfermo, discapacitado o con minoría de

edad; trabajadores que estén pasando por condiciones de violencia; mujeres diagnosticadas con dismenorrea primaria o secundaria incapacitante; trabajadores con alguna discapacidad motriz; y trabajadores con tiempos de traslado excesivos. Desde luego, la condicionante se encontraría vinculado a si su actividad laboral y el giro de su lugar de trabajo así se lo permite. Entonces apostaríamos a convenios laborales pero que, a diferencia de lo establecido por la actual legislación, otorgaría la misma capacidad de negociación a empleados y empleadores. Igualmente, lo anterior no significa que el teletrabajo se convirtiera en la única forma de trabajo. Es posible que las modalidades sean híbridas o incluso temporales; siempre bajo la premisa de que el teletrabajo signifique una mejora o una ayuda respecto a las condiciones laborales que se viven en el momento de la petición, y que no se vuelven una carga más para estos.

En cuanto a esto último, también hay que discutir sobre la forma en que debemos luchar y construir legislaciones laborales, para convertir al tiempo de descanso en un tiempo libre, que realmente favorezca el descanso y no la hiperproductividad o formas más refinadas de trabajo remoto. Lo anterior implica dos discusiones muy importantes en materia de derechos laborales y sociales referente al uso de la TIC en el mundo laboral y las formas en que debemos convertirlas en medios para liberar a los trabajadores y no en instrumentos para favorecer el control sobre sus tiempos de vida, como ha estado ocurriendo hasta ahora.

Para poder llegar a este lugar debemos regular y mejorar muchos espacios de la vida laboral que se encuentran a la deriva o, más bien, han tendido a dejar en la opacidad elementos como la vigilancia de los trabajadores a través del uso de equipo de cómputo en el espacio laboral, que se encuentran vinculados al uso de la TIC y el tiempo de los trabajadores. Finalmente, mi propuesta está sujeta a discusión, pero quiero abrir con ella líneas de trabajo y problematización en el campo del derecho social y laboral, a fin de hacer frente a las nuevas condiciones de la organización laboral en el marco del capitalismo cognitivo.

VII. Bibliografía

Antunes, Ricardo *et al.*, *Trabajo y capitalismo: Relaciones y colisiones sociales*, Buenos Aires, CLACSO/ALAS/Teseo, 2019.

- Arbetsmarknadsdepartementet ARM, *Lag om ändring i föräldraledighetslagen (1995:584)* (1995:584), 2022. <https://www.riksdagen.se/sv/dokument-och-lagar/dokument/svensk-forfattningssamling/foraldraledighetslag-1995584-sfs-1995-584/>
- Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, *Ley para regular el teletrabajo núm. 9738*, 2019. http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=89753#up
- Banco Mundial, *La participación laboral de las mujeres en México*, Washington, 2020. <http://www.ejustice.just.fgov.be/eli/loi/2022/10/03/2022206360/moniteur>
- Bauman, Zygmunt, *De la ética del trabajo a la estética del consumo. Trabajo, consumismo y nuevos pobres*, Barcelona, Gedisa, 2005.
- Bueno, Nicolas, “Libertad en el trabajo, a través del trabajo y frente al trabajo. Un replanteamiento de los derechos laborales”, *Revista Internacional del Trabajo*, Suiza, vol. 140, núm. 2, 2021, pp. 335-356.
- Cámara de Representantes, พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน (ฉบับที่ ๘) พ.ศ. ๒๕๖๖, 2023. <https://ratchakitcha.soc.go.th/documents/140A020N000000005600.pdf>
- Câmara dos Deputados, *Lei núm. 14.442, de 2 de Setembro de 2022*, 2022. <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2022/lei-14442-2-setembro-2022-793187-publicacaooriginal-166035-pl.html>
- Camera dei deputati ed il Senato della Repubblica, “Legge 22 maggio 2017, n. 81. Misure per la tutela del lavoro autonomo non imprenditoriale e misure volte a favorire l’articolazione flessibile nei tempi e nei luoghi del lavoro subordinato”, *Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana*, núm. 135, 2017. <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/gu/2017/06/13/135/sg/pdf>
- Cano Martínez, José Antonio y López Ortiz, María Monserrat, “Rotación de turnos laborales y sus consecuencias para la salud”, *Entretextos*, México, vol. 11, núm. 32, 2019, pp. 1-10. <https://doi.org/10.59057/ibero-leon.20075316.201932129>
- Chambre des représentants, *Loi portant des dispositions diverses relatives au travail (I)*, 2022. <http://www.ejustice.just.fgov.be/eli/loi/2022/10/03/2022206360/moniteur>.

- Congreso de la Nación Paraguaya, *Ley núm. 6738 que establece la modalidad del teletrabajo en relación de dependencia*, 2021. <https://bacn.gov.py/archivos/9582/LEY+6738.pdf>.
- Congreso de la República de Argentina, *Ley 27555 del Régimen Legal del Contrato de Teletrabajo*, *Boletín Oficial de la República de Argentina*, 2020, disponible en: <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/233626/20200814>.
- Congreso de la República de Colombia, Ley 1221 de 2008 (julio 16), *Diario Oficial núm. 47.052*, 2008. https://www.teletrabajo.gov.co/622/articles-8098_recurso_1.pdf.
- Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos, “Decreto por el que se reforma el artículo 311 y se adiciona el capítulo XII Bis de la Ley Federal del Trabajo, en materia de Teletrabajo”, *Diario Oficial de la Federación*, 2021. https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5609683&fecha=11/01/2021#gsc.tab=0.
- Congreso Nacional de Chile, *Ley 220 Modifica el código del trabajo en materia de trabajo a distancia*, 2020. <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1143741>
- Conseil Constitutionnel, *LOI núm. 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels* (1). <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000032983213>
- Domínguez, Darinka, “Los diputados de México bloquean la propuesta para reducir la jornada laboral con dos días de descanso obligatorio”, *El País*, México, 26 de abril de 2023. <https://elpais.com/mexico/2023-04-26/los-diputados-de-mexico-bloquean-la-propuesta-para-otorgar-dos-dias-de-descanso-obligatorio-y-jornada-laboral-menor-a-los-empleados.html>
- Expansión, “Los mexicanos invierten más de dos años de su vida en trasladarse al trabajo”, *Expansión*, México, 3 de mayo de 2016. <https://expansion.mx/carrera/2016/05/02/los-mexicanos-invierten-mas-de-2-anos-de-su-vida-en-trasladarse-al-trabajo>
- Foucault, Michel, *La verdad y las formas jurídicas*, Barcelona, Editorial Gedisa, 2017.
- Han, Byung-Chul, *La sociedad del cansancio*, Barcelona, Herder, 2012.
- Holley, David *et al.*, “Understanding Business Travel Time and Its Place in the Working Day”, *Time and Society*, Reino Unido, vol. 17, núm. 1, 2008, pp. 27-46. <https://journals.sagepub.com/doi/pdf/10.1177/0961463X07086308>

- INEGI, *Tiempos de traslado. Censo General de Población y Vivienda 2020*. <https://www.economia.gob.mx/datamexico/es/profile/geo/mexico?fbclid=IwAR2YrO3qSZc5Rr7iuDUG6ofhTTR0Nk04Vb6QOtsRW188Z7OSkjVcOTYyb8#calidad-vida-conectividad>
- Instituto Mexicano para la Competitividad, *Las mujeres en pandemia: los efectos en el hogar y en el trabajo*, 2021. <https://imco.org.mx/las-mujeres-en-pandemia-los-efectos-en-el-hogar-y-en-el-trabajo/>
- La Información Económica, “Vivir lejos de la oficina daña la salud, dispara el estrés y aumenta el sobrepeso”, *La Información Económica*, España, 9 de agosto de 2016. https://www.lainformacion.com/economia-negocios-y-finanzas/Vivir-oficina-dispara-aumenta-sobrepeso_0_942806744.html/
- Martínez, Majo, “Para los millennials y la generación Z, el trabajo ya no es como antes”, *Chilango*, México, 11 de septiembre de 2022. <https://www.chilango.com/agenda/otros/razones-por-las-que-la-generacion-z-y-millennial-ya-no-quieren-trabajar/>
- Medina Figueroa, Edith, “Impacto a la salud por la rotación de turnos de trabajo”, *Revista Universitaria*, México, vol. 1, núm. 7, 2018, pp. 28-29. <https://revistauniversitaria.uaemex.mx/article/view/11170>
- Ministry of Labour and Employment, *Notification of 31st December 2020*, 2020. https://labour.gov.in/sites/default/files/224080_compressed.pdf
- Parlamento de la República de Polonia, Rozdział IIc Praca *zdalna*, *Dziennik Ustaw*. Dz.U.2023.1465 t.j. <https://sip.lex.pl/akty-prawne/dzu-dziennik-ustaw/kodeks-pracy-16789274/dz-2-roz-2-c>
- Parlamento Federal de Australia, *Fair Work Legislation Amendment (Secure Jobs, Better Pay) Act 2022*, 2022. <https://www.legislation.gov.au/Details/C2022A00079/Download>
- Parliamentary Counsel of New Zealand, *Employment Relations Act 2000*, 2023. <https://www.legislation.govt.nz/act/public/2000/0024/latest/whole.html#DLM1398200>
- República de Angola, “Decreto Presidencial núm. 52-22 de 17 de fevereiro Regime de Teletrabalho”, *Diário da República: Órgão Oficial da República de Angola*, Serie I, núm. 32, 2022. <https://www.bfa.ao/media/3785/decreto-presidencial-n%C2%BA-52-22-de-17-de-fevereiro-regime-de-teletrabalho.pdf>

- República de Mauricio, “Workers’ Rights (Working from Home) Regulations 2020”, *Government Gazette of Mauritius*, República de Mauricio, núm. 120, 6 de septiembre de 2020. <https://www.mra.mu/download/GN225WRA.pdf>.
- República de Uruguay, Ley núm.19978 Aprobación de normas para la promoción y regulación del teletrabajo, *Diario Oficial de Uruguay*, núm. 30756, 30 de agosto de 2021.
- Reynoso, Mauricio, “El reto de impulsar a la Generación Z en el trabajo”, *El Economista*, México, 2 de enero de 2023. <https://www.economista.com.mx/capitalhumano/El-reto-de-impulsar-a-la-Generacion-Z-en-el-trabajo-20230101-0019.html>.
- Robert Walters Group Company, *El Regreso al Nuevo Mundo del Trabajo*, México, Robert Walters Group Company, 2021. <https://www.robertwalters.mx/content/dam/robert-walters/country/mexico/whitepapers/pdf/RW-A-New-World-Of-Work-EGuide-Mexico.pdf>
- Stanford University, “The relationship between hours worked and productivity”, *Crunch Mode: Programming to the extreme*. <https://cs.stanford.edu/people/eroberts/cs181/projects/crunchmode/econ-hours-productivity.html>
- Schwartzs, John, “Always on the Job, Employees Pay with Health”, *The New York Times*, 5 de septiembre de 2004. <https://www.nytimes.com/2004/09/05/health/always-on-the-job-employees-pay-with-health.html#:~:text=Richard%20Sennett%2C%20a%20sociologist%20at,least%2011%20times%20before%20retirement>
- Vallecillo Gámez, María Rosa, “El derecho a la desconexión: ¿«novedad digital» o esnobismo del «viejo» derecho al descanso?”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, España, núm. 408, 2017, pp. 167-178.
- Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ ΤΗΣ ΕΛΛΗΝΙΚΗΣ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑΣ, *ΕΦΗΜΕΡΙΔΑ ΤΗΣ ΚΥΒΕΡΝΗΣΕΩΣ ΤΗΣ ΕΛΛΗΝΙΚΗΣ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑΣ*, 2021. <https://www.taxheaven.gr/news/54856/neos-nomos-48072021-oesmikoplaisio-thlergasias-diataxeis-gia-to-anorwpino-dynamiko-toy-dhmosioy-to-me-kai-alles-epeigoyses-ryomiseis>
- Zambrano, Jaime, “Sufren cuatro de cada 10 trabajadores en home office problemas de salud”, *Milenio*, México, 22 de julio de 2021. <https://www.milenio.com/politica/comunidad/home-office-sufren-10-trabajadores-problemas-salud>

Walkability legal workers in CAS COVID-to-CAS regular in Peru. Processes and perspectives

Transitabilidad legal de trabajadores en CAS COVID-a-CAS regular en Perú. Procesos y perspectivas

Transitabilité légale des travailleurs en CAS COVID-a-CAS régulier au Pérou. Processus et perspectives

Michael Lincoln Trujillo Pajuelo

 <https://orcid.org/0000-0002-0757-2349>

Universidad Privada del Norte. Perú

Correo electrónico: michael.trujillo@upn.edu.pe

Liliana Rocío Rimapa Navarro

 <https://orcid.org/0000-0002-7682-8280>

Universidad Nacional de Trujillo. Perú

Correo electrónico: lrimapa@unitru.edu.pe

Yolanda María Pinto Bouroncle

 <https://orcid.org/0000-0002-2765-6806>

Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Perú

Correo electrónico: ypintobo@gmail.com

Yanira Guisella Lázaro Ortiz

 <https://orcid.org/0000-0002-5628-4394>

Universidad Privada del Norte. Perú

Correo electrónico: yanira.lazaro@upn.edu.pe

Recepción: 26 de octubre de 2023

Aceptación: 13 de mayo de 2024

DOI: <https://doi.org/10.22201/ij.24487899e.2024.39.18662>

SUMMARY: The present document has as object of study to explore the challenges and opportunities of workers engaged under a contract of Service, a Special Administrative (CAS) of COVID established to provide emergency medical assistance in response to the pandemic of coronavirus in Peru, and in particular to examine how these workers have access to the regular contract CAS, which provides better employment benefits and employment stability. In addition to knowing roughly the legal and regulatory aspects governing both types of contracts, as well as the rules and requirements that must be met to achieve the transmissibility legal.

Keywords: legal, legalization, pandemic, worker, walkability.

RESUMEN: El presente documento tiene como objeto de estudio explorar los desafíos y oportunidades de los trabajadores contratados bajo contrato de Servicio, una Administrativa Especial (CAS) de COVID creada para brindar asistencia médica de emergencia en respuesta a la pandemia de coronavirus en el Perú, y en particular examinar cómo estos trabajadores tienen acceso al contrato CAS regular, que proporciona mejores beneficios laborales y estabilidad laboral. Además de conocer a grandes rasgos los aspectos legales y reglamentarios que rigen ambos tipos de contratos, así como las reglas y requisitos que se deben cumplir para lograr la transmisibilidad legal.

Palabras clave: legal, legalización, pandemia, trabajador, transitabilidad.

RÉSUMÉ: Le présent document est un objet d'étude pour explorer les défis et les opportunités des travailleurs sous contrat de service, une administration spéciale (CAS) de COVID créée pour apporter une assistance médicale d'urgence en réponse à la pandémie de coronavirus au Pérou, et en particulier. Examinez comment ces travailleurs ont accès au contrat CAS régulier, qui offre de meilleurs avantages professionnels et une stabilité professionnelle. Nous devons également connaître les grands aspects des aspects juridiques et réglementaires qui régissent les types de contrats, ainsi que les règles et exigences qui doivent être remplies pour enregistrer la transmission juridique.

Mots clés: légal, légalisation, pandémie, travailleur, transmissibilité.

SUMMARY: I. *Introduction.* II. *Historical context and normative regime of cas in peru and its implications for the public administration and safety in the workplace.* III. *Challenges facing workers CAS COVID in the performance of its functions and the achievement of the health goals.* IV. *Opportunities, limitations and risks which could hinder the access to the administrative career of the workers of CAS COVID in the framework of the reform of the function and professionalization of public administration.* V. *Proposals and recommendations for improving the employment situation of workers of the CAS of COVID and strengthen their role in the public health response to COVID-19, from a perspective of human rights, gender equity, and sustainable development.* VI. *Conclusion.* VII. *Bibliography.*

I. Introduction

The last of June 30, 2022, the Congress of the Republic of Peru was unanimously adopted by the law No. 31539 that authorizes the change of contract type of care workers and administrative staff in the health sector who were hired under the special regime of Legislative Decree No. 1057, known as CAS COVID-19. Thanks to this standard, they acquired “some” rights.¹

Por both, who exercised their right to work, you can enroll in a public organisation under a contract of work for pay in exchange for services under conditions of subordination in exchange for a salary that such organization is in a position to pay the worker and allow it to carry a decent standard of living and adjusted to the socio-economic needs of contemporary.² Given that the labour Law is a branch of Law that regulates the relations of the people at your work place, that is to say, the role that it plays in the interdependence, having consequences for individual and collective, whose object is the overall progress of the people.³

Therefore, this law seeks to recognize the efforts of the medical staff who have been on the front line of battle against the pandemic of the coronavirus, and to give them a greater job stability and benefits, establishing a change of contract for a progressive and gradual, according to the needs and budget availability of each entity of the health sector. Therefore, stipulates that the Ministry of Health (MINSA) and the Social Health Insurance (EsSalud) should develop a plan of implementation of the law within a period of no more than 90 days.

Given that the law implies that workers will enjoy the same salaries that the CAS regular and will be able to return to the positions they were in before the emergency decrees would grant them special regimes of labour recruitment, the

¹ Palomino, Nadia, “Análisis constitucional de la eliminación del régimen de contratación administrativa de servicios en la administración pública”, *Revista de Derecho Público Económico*, Perú, vol. 1, núm. 1, 2021, pp. 129-145. <http://dx.doi.org/10.18259/dpe.2021008>

² Vinueza, Nelly, Barcos, Ignacio y Arreaga, Gisela, “La vulneración del derecho al trabajo por la reducción de la jornada laboral establecida en el artículo 20 de la Ley Humanitaria”, *Revista Dilemas Contemporáneos: Educación, Política y Valores*, Ecuador, vol. 8, núm. 19, 2021, pp. 1-20. <https://dspace.uniandes.edu.ec/handle/123456789/13254>

³ Veleña, Bryan, “La afectación del derecho al trabajo de los servidores públicos ocasionado por los contratos ocasionales en el Ecuador”, *Boletín de Coyuntura*, Ecuador, vol. 22, núm. 7, 2019, pp. 20-23, available at: <https://revistas.uta.edu.ec/erevista/index.php/bcoyu/article/view/720/693>

process must be carried out in a period of at least 30 calendar days of occurring the circumstances specified in the requirements. In addition, it provides for the payment of a bonus extraordinary to health staff providing direct care to patients with COVID-19, however, it applies only to the medical and administrative staff with contract CAS-COVID-19 that provides services in the Ministry of Health (Minsa) through the public sector entities, regional governments, the health services of the Armed Forces, the health services of the National Police of Peru and the Social Health Insurance (EsSalud).

The modification of the form of recruitment of health workers and administrative staff in the health sector covered by this special scheme is an issue that has generated controversy and claims on the part of those affected. In this sense, we analyze the problems that posed in the national legal system, the emergence of the regime of contract administration services (CAS) in the Public Administration.⁴

Although, this law authorizes the transfer of these workers to the regime CAS regular, with the aim of standardizing the working conditions and guarantee the right to work on equal terms, to access this benefit, you must meet a number of requirements, such as having been working in different areas COVID-19, have been in the registry AIRHSP until July 31, 2022, and to have the Resolution of Term of SERUMS in the case of health professionals. In addition, the places or positions to occupy must be available and registered on the CAP, CAP P-CPE or PAP of the entity concerned. In the current labour laws, recognized the violation of the right to work and the damage it causes to the workers.⁵

In this sense, the present text aims to analyze the legal status of workers engaged in special regime COVID under the Contract Administrative Services (CAS) set to face a health emergency, caused by the pandemic of COVID-19 in Peru and, in particular, to examine the ability of these workers to have access to a regular contract of CAS, that gives them greater employment benefits and employment stability from the main normative aspects and case law governing both types of contracts, as well as the criteria and requirements that must be

⁴ Palomino, *op. cit.*

⁵ Maldonado Ordóñez, Paúl Oswaldo, *La vulneración del derecho al trabajo por parte de la normativa laboral vigente y el daño que causa al trabajador* (Tesis de Maestría), Ecuador, Universidad de Cuenca, 2020, 75 p. <https://dspace.ucuenca.edu.ec/handle/123456789/33866>.

met to make the walkability legal regime to another. With the aim of identifying the challenges and opportunities associated with the transition of the CAS COVID to the CAS normal, both for workers and contractors in the State

II. Historical context and normative regime of CAS in Peru and its implications for the public administration and safety in the workplace

The CAS, or Contracts, Administrative Services, is a complex matter. Before there was the CAS, the workers at the service of the State were divided into two groups: those who had a private regime, with contracts mode, or uncertain, and that had a public system, with specific rules. Both regimens had some benefits, such as vacation, bonuses, social security, etc., however, the policy of the contracting state is based on signed contracts civil or location of services, governed by the civil standard, where not recognized employment relationship or the rights that entails. This caused a social reaction and many lawsuits service providers, who were demanding that they be recognized as workers indeterminate and, therefore, that they be paid their social benefits.⁶

In this sense, to the contract type of contract services administrative special, commonly referred to as CAS, arises as a type of administrative contract exclusive of the State, which requires a public entity with an individual who provides services under subordination. According to the special rules on the matter, article 3 of Legislative Decree No. 1057, and article 1 of Supreme Decree No. 075-2008-PCM. In accordance with article 3 of Legislative Decree No. 075-2008-PCM, this special arrangement is governed by public law, giving to the contract under this regime, the benefits and obligations defined in the standards listed, excluding those benefits, allowances and bonuses that apply to public servants under other regimes co-exist in the public administration, such as the regime of administrative career (Legislative Decree No. 276), or in private employment is regulated by the Legislative Decree No. 728.⁷

⁶ Becerra Atauconcha, Keysi Kalondy, “El contrato administrativo de servicios y la jurisprudencia de la justicia ordinaria post sentencia STC N°00002-2010-PI-TC”, *Derecho y Cambio Social*, Perú, año 8, núm. 26, 2011, pp. 1-30. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5496853>

⁷ Palomino, *op. cit.*

However, the Administrative Contract Services - CAS is based on the contractual regime of general content in the civil Law, in such a way that it refers entirely to the special regime associated to the special position occupied by the public Administration within our legal system (Céspedes, 2023). Despite that, the principle of the primacy of reality is a legal criterion that applies in the labour law to protect the worker. According to this principle, what matters is the real situation experienced by the worker against the employer, beyond what is stated in the documents or agreements that attempt to hide or simulate a working relationship. Whereas, in order to determine whether or not there is an employment contract, must be analyzed in three essential elements: 1) the worker pay personally the service, 2) To receive remuneration for their work, and 3) That it is subordinated to the employer. These are some of the elements that are present in the contracts CAS, although the Constitutional Court in the Sentence No. 002-2010-PI/TC gave them a legal nature mixed with the regime general.⁸

Despite the fact that the administrative contracting for services - CAS is another way of contracting without working relationship that, although you are not a contract for accommodation services, yes, they are a contract administrative services that, to the contrary of the first, grant the employee benefits that do not offer the services not personal to avoid the *contratación* illegal. Of course, the CAS does not apply to the private sphere, but it is estimated that the changes have begun in the labour sector is less developed, the public. Given that the State, as a body of principles, you should respect unconditionally labour rights with his example; ironically, it is the main institution that violates these rights, causing damage to the labor system in Peru.⁹

While the historical context and normative regime CAS in Peru has had important implications for the public administration and safety in the workplace. So, in the beginning, the regime CAS in Peru was intended to provide flexibility in the procurement for the public institutions, has now given place to a lack of job security and fair pay for many workers.

⁸ *Idem.*

⁹ Céspedes, María, “La vulneración de los derechos laborales en el régimen especial de contratación administrativa de servicios”, *Ciencia Latina Revista Científica Multidisciplinar*, México, vol. 7, núm. 22, 2023, pp. 4025-4044. https://doi.org/10.37811/cl_rcm.v7i2.5629

III. Challenges facing workers CAS COVID in the performance of its functions and the achievement of the health goals

Before the situation created by the pandemic of COVID-19, announced by the World Health Organization (WHO), the Peruvian authorities have declared a public health emergency, using all the protocols necessary public health to address the pandemic. In this sense, one of the measures taken by the MINSA has been “the recruitment of health personnel under the special regime of Legislative Decree No. 1057, decree that regulates the special regime for the recruitment of administrative services - CAS for the provision of services and functions of prevention, control, diagnosis, and treatment of COVID-19 at the national level in the Care Centres and Temporary Isolation (SIC)” (Emergency Decree No. 055-2020, 2020); indicating that these contracts are exempt from article 8 of Legislative Decree No. 1057.

In consequence, and authorized the Ministry of Health to temporarily employ staff in the form CAS, a Contract Administrative Services (CAS) is widespread in the field of health, designed to overcome a series of labor contingencies in the State, prior to the implementation of a single regime,¹⁰ the provision of services in the Care Centres and Temporary Isolation (CAAT) *eximiéndoles* of the public contest of merits. *Contratándose* a total of about 6000 health workers and administrative staff to alleviate the shortages of health personnel need to and mitigate the negative impact of the COVID19 in the population of the country during the health emergency.

The immediate consequences of both the pandemic and the actions of response include a significant drop in economic activity and an increase in unemployment, which are reflected in the levels of poverty and social conditions.¹¹ Because the State, following the guidelines of the World Health Organization (WHO), adopted the state pandemic and proposed restrictive measures of so-

¹⁰ Aguinaga, Jesús Enrique, “El Contrato Administrativo de Servicios, los trabajadores de los hospitales y la eventual necesidad de establecer un tratamiento jurídico diferenciado”, *Revista de investigación de la facultad de derecho*, Perú, vol. 10, núm 1, 2021, pp. 5-16. <https://revistas.usat.edu.pe/index.php/ius/article/view/605>

¹¹ López-Feldman, Alejandro, Chávez, Carlos y Vélez, María Alejandra, “COVID-19: impactos en el medio ambiente y en el cumplimiento de los ODS en América Latina”, *Desarrollo y Sociedad*, Colombia, núm. 86, 2020, pp. 104-132. <https://doi.org/10.13043/dys.86.4>

cial mobilization and emergency measures for the health system. The staff had to work under pressure due to the virulence of the COVID-19.

In the Peruvian State coexist different labour regimes, in addition to the diversity of scales and concepts wage, the system of career truncated, the recruitment incomplete and the lack of updating of the documents management, among other factors, could be having a negative influence on the proper management of the resource at the government entities. The lack of policies, training and skills development aggravates these problems, because the public authorities are unaware of the importance of the management of human resources or because the organization does not have the necessary resources for such an investment. Added to this is the lack of a clear policy on training, as this is considered a set of courses sporadic and the provision of information and useful to the officials, regardless of any monitoring or evaluation of its effectiveness.

On the other hand, to implementation of health measures against this virus, including the closure of workplaces and the quarantine at home, led to a jump in the use of the telecommunications networks by part of the population in relation to the supply of goods, social communication and access to information. However, son numerous analysts that provide a stagnation or a global recession this year due to the crisis of COVID-19.¹²

In conclusion, the challenges that have been faced by the workers of CAS COVID in the performance of its functions and the achievement of the health goals have been important. Since protective equipment is inadequate to long working hours and limited access to training, these workers have faced numerous obstacles in their efforts to combat the pandemic. However, despite these challenges, have continued to work tirelessly and with great dedication, often at great personal risk.

¹² Corporación Andina de Fomento (CAF) y Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), *Las oportunidades de la digitalización en América Latina frente al Covid-19*, Caracas, Corporación Andina de Fomento, 2020, 36 p. <https://www.cepal.org/es/publicaciones/45360-opportunidades-la-digitalizacion-america-latina-frente-al-covid-19>

IV. Opportunities, limitations and risks which could hinder the access to the administrative career of the workers of CAS COVID in the framework of the reform of the function and professionalization of public administration

Currently, while we are in a moment in which to talk about possible economic risks-in great measure resulting from a slowdown gradual economic growth, the reality is that, looking at the immediate past, the macroeconomic performance of our country from 2008 have yielded encouraging figures. For that, Peru has had the opportunity to consolidate its growth and development after overcoming their differences with the global economic community. So, it should be noted that studies and important analysis on public administration in Peru, enables us to conclude that a sustainable economy and successful has been possible thanks to the implementation of a decentralized State, transparent, efficient and modern, that provides its services for the benefit of the citizens.

In this context, and digital government in Peru points through his diagnosis that the digital transformation is reduced ultimately to the human factor, so that the digital capacity of the public institutions in this country, will be determined by the quality, the productivity and ingenuity of the human team, as well as the rules and processes of the functioning of these teams.¹³ It also says that the technical skills needed to support the digital transformation of the public administration are rare and quite demanded in the workplace, there is an urgent need to give priority to the improvement strategies, restructuring and attracting new talent to the public sector to address this problem.

In the last few decades, we have introduced new models and types of governance, with different results after its application to practice. So, throughout the modern republican history, we can observe how they have alternated governments of marked tendency statist, centralist or liberal, until you get to a certain combination of these typologies, affecting directly or indirectly the economy of our country, especially in the last few years.

The literature suggests that the challenges of human talent for the digital transformation can be divided into two aspects: suction capacity of talent (how to attract and retain the talent digital) and adaptability (how to improve the tal-

¹³ OECD, *Health at a Glance 2019: OECD Indicators*, Paris, *OECD Publishing*, 2019, 243 p. <https://doi.org/10.1787/4dd50c09-en>

ent existing).¹⁴ In addition, a human resource strategy must start by identifying the gaps in: talent digital to facilitate the digital transformation in the public sector; skills and knowledge that workers can improve in your current employment position (skills development); and skills and knowledge necessary to re-train workers whose jobs are eliminated (recycling).¹⁵

In this sense, the emerging hypothesis about the future of the working world is that the reduction of jobs administrative accelerate in the coming years and, on the other hand, will increase the number of new jobs, primarily related to new digital technologies. At the state level, we will have to work not only in the training of existing staff, but also in the development of new models of selection, recruitment, training and professional development that take into account the changes that are taking place and that are likely to occur. The transition does not mean only you look at the problem from a functional perspective, but also include other important aspects, such as the inherent value of public action and the creation of a new organizational culture appropriate to protect the democratic principles and the rule of Law without penalizing the jump in productivity, and enabling that the change brings with it.¹⁶

In this sense, the proliferation of remote working is already an ongoing process and, in the opinion of all the participants, it is urgent to organize the means to move inevitably to the office as the central place natural and workforce development. It is necessary to remember that this is not only a change of place of work, but a mutation that disrupted many traditional ways of working, such as those that regulate the working hours. So, the daily communications and

¹⁴ Corporación Andina de Fomento (CAF), *Experiencia. Datos e inteligencia artificial en el sector público*, Caracas, Corporación Andina de Fomento, 2021, available at: <http://scioteca.caf.com/handle/123456789/1793>; Roseth, Benjamín, Reyes, Ángela María y Lafuente, Mariano, “¿Cómo conseguir el talento necesario para impulsar la transformación digital?”, en Porrúa, Miguel, Lafuente, Mariano, Mosqueira, Edgardo y Reyes, Ángela María (eds.), *Transformación digital y empleo público: el futuro del trabajo del gobierno*, Nueva York, Banco Interamericano de Desarrollo, 2021, pp. 64-120. <https://catalogo.extension.cchc.cl/cgi-bin/koha/opac-detail.pl?biblionumber=28685>

¹⁵ Galiana, Patricia, “¿Qué son *upskilling* y *reskilling*? Guía para prepararse para el futuro”, *Digital Business*, 27 de enero 2021. <https://www.iebschool.com/blog/que-son-upskilling-yreskilling-guia-para-prepararse-para-el-futuro-digital-business/>

¹⁶ Cao, Horacio y Blutman, Gustavo, “Escenarios futuros para el Estado y la administración pública”, *Colección*, Argentina, vol. 34, núm. 1, 2022, pp. 33-66. <https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/16140>

face-to-face should evolve toward a process of movement of workers mixed or non-face-to-face, in which it will address issues such as meet the rights of the officials and protect an organizational culture committed to the public sector¹⁷.

On the other hand, the existing rules were considered to be a breeding ground of privilege, the misconduct and excessive uniformity, which results in a decrease of the productivity. In addition, in the opinion of the experts, the public administration has been the victim of patronage, captive audience for the creation of political forces opposed to the organization meritocratic and commercial matters. From there, he foresees a future in which the reforms will reduce significantly the expenditure, and the changes should make as close as possible to the management of public employment to what happens in the private sector. Thus, the specifications of the contract shall include the objectives that must be achieved, and this will be the point of reference to evaluate the performance.

In the institutions, inequalities are especially persistent. The simple maintenance of dynamic routine you can stop any innovation, and an organizational culture rooted you can slow down any change project. What is certain is that, at the time of applying the rules and actions developed by the policy makers, it is sometimes forgotten that the public authorities are not neutral, because “in the application process, the purpose and the content of public interventions continue to be (re) defined, in one way or another. that [are not] only the legislatures and the political leaders, public policy makers [...]”¹⁸

The pandemic of COVID-19 has created both opportunities and challenges for the employees of the CAS who aspire to enter the administrative career. On the one hand, have acquired valuable experience and skills to deal with complex situations and urgent, as well as greater visibility and recognition for their work. On the other hand, they face the uncertainty and instability of their work situation, as well as potential barriers and risks to gain access to competitions and training programs necessary for the professionalization of public administration.

¹⁷ *Idem.*

¹⁸ Ruiloba Núñez, Juana María y Navarro González, Rocío, “¿Administraciones públicas «genderizadas»?”, *Revista Derecho del Estado*, Colombia, núm. 47, 2021, pp. 343-369. <https://doi.org/10.18601/01229893.n47.11>

Consequently, it is essential that the reform of the function and development of the professional career of public officials take into account the specific needs and circumstances of the employees of the CAS, and provide them with the support and guidance appropriate to facilitate their transition to the administrative career.

V. Proposals and recommendations for improving the employment situation of workers of the CAS of COVID and strengthen their role in the public health response to covid-19, from a perspective of human rights, gender equity, and sustainable development

Some of the thematic axes to consider in the development of a proposal on the challenges and opportunities of workers hired under the regime of contract COVID Service Special staff (CAS) from a perspective of human rights, gender equality and sustainable development are:

1. Recognize the contribution of the workers CAS de COVID in the care of the health emergency and to ensure its stability of employment by the change of the contract to the mode CAS regular

Workers CAS de COVID are a group of professionals who have made a valuable contribution to the health emergency caused by the pandemic. However, their work situation is precarious and vulnerable,¹⁹ as his contract is temporary and does not give them the same rights and benefits that regular workers of the CAS. Therefore, it is proposed to recognize the contribution of the workers of COVID-to-CAS and ensure the stability of your employment by changing your contract to CAS regular.²⁰

Change that would mean that the workers CAS de COVID would become part of the special employment regime of Legislative Decree No. 1057, which regulates the contract administrative services, and that they would have the

¹⁹ Céspedes, María, “La vulneración de los derechos laborales en el régimen especial de contratación administrativa de servicios”, *Ciencia Latina Revista Científica Multidisciplinar*, México, vol. 7, núm. 22, 2023, pp. 4025-4044. https://doi.org/10.37811/cl_rcm.v7i2.5629

²⁰ Aguinaga, *op. cit.*

same conditions and benefits that other workers CAS. In this way, they would recognize their effort and dedication in the fight against COVID-19 and would provide more safety and labour protection.

2. To Ensure that workers CAS de COVID receive compensation according to their functions and responsibilities, without reducing your current income

Workers CAS de COVID are those who provide health services and care to people affected by the pandemic. These workers play a key role in the fight against the virus and deserve recognition, just for your work. However, currently they are in a situation of precarious work, because they don't have the benefits, and the stability that workers have appointed or hired. Therefore, it is proposed to ensure that the workers CAS de COVID receive compensation according to their functions and responsibilities, without reducing your current income.

This proposal seeks to ensure the dignity and well-being of these workers, as well as to encourage their commitment and motivation. In addition, it is a measure of social justice, because it recognizes the effort and the risk that they assume these workers to be exposed to the contagion. For these reasons, it is considered necessary and urgent to develop and implement a public policy that ensures an adequate remuneration for workers CAS de COVID.

3. Prioritize the recruitment of workers COVID CAS carrying at least a year working in the center and have taken care functions or administrative areas COVID-19 special attention

It is evident the need to prioritize the recruitment of workers CAS de COVID with at least one year of seniority in the institution, which has been made care functions or administrative areas, COVID-19, due to the introduction of the social determinants of health as a new element in the analysis of health and its close relationship with the category of inequalities.²¹

²¹ Bajaan, Fernando, "Hacia un análisis estructural del derecho a la salud y la igualdad (Con propósito de las medidas laborales adoptadas por el Estado ecuatoriano durante la pandemia de COVID-19 en 2020)", *Revista de Derecho Público*, Chile, núm. 95, 2021, pp. 1-25. <https://doi.org/10.5354/0719-5249.2021.65533>

On the other hand, according to the Legislative Decree No. 1057, which regulates the special regime of public procurement of services (CAS), workers CAS have the right to automatic renewal of your contract if they comply with the requirements set out in article 8 of this decree. These requirements include a satisfactory evaluation of the performance. In this sense, the employees of COVID CAS that they have at least one year in the institution and have been working on support or administrative in the different areas of COVID-19 have demonstrated a high level of commitment, responsibility, and effectiveness in the performance of their obligations, what makes them deserving of the auto-renewal of your contract.

Article 23 of the Peruvian Constitution stipulates that work is a duty and a right. It is, therefore, the foundation of social welfare and a tool for personal fulfillment. Article 25 also states that the State recognizes the right of workers to participate in the profits of the company and encourages other forms of participation. In consequence, the employees of COVID CAS who have worked in the institution for at least a year and have played support tasks or administrative in the different areas of COVID-19 have contributed with their work to the social well-being and personal accomplishment, which gives them the right to participate in the benefits of the institution, and other forms of recognition.

In addition, article 1 of the Code of Ethics of the Public, states that public servants must act with loyalty to the State and the institution to which they belong, as well as with respect to the fundamental rights of the people. In the same way, article 4 states that officials will act with efficiency and effectiveness in the performance of their duties, looking for the optimization of public resources.

In this sense, it can be argued that the workers CAS COVID leading at least a year working when in the institution and have made efforts to support or administrative in the different areas of COVID-19 and have acted with loyalty to the State and institution, as well as with respect to the fundamental rights of the persons affected by the pandemic, which makes them worthy of a continuity of labour.

4. Promotion of the training and the professional development of staff of COVID CAS and their participation in processes of reclassification or public tender

Lye workers of COVID in CAS are a group of professionals who have taken up the challenge of fighting the pandemic from different areas and functions. They deserve a recognition for their work, and the opportunity to develop and improve their working conditions. Hence the importance of promoting the training and professional development of these workers, as well as its participation in the process of reclassification or public tender.

Training and development professional that would allow them to acquire new competencies and skills, update their knowledge and strengthen their performance. In addition, they would open the doors to access the best jobs, with greater stability and compensation. Thus, it would contribute to the improvement of the quality of the health services and to the satisfaction of the users.

The fact of participate in processes of reclassification or public contest will give them the opportunity to change your work situation and access to the benefits of the Public service Act. Among these benefits are the career meritocratic, performance assessment, remuneration in line with market conditions and a comprehensive social protection. This would imply a recognition of the efforts and the commitment of the workers of COVID CAS with the country.

Consequently, contribute to the formation and development of the personnel of COVID CAS, as well as its participation in the process of reclassification, or public procurement, is a measure of just and necessary that will benefit both the workers as well as to the society as a whole.

5. Promote a culture of respect and recognition to the workers CAS de COVID, avoiding any form of discrimination, harassment or violence in the workplace, and promoting gender equity and diversity

It is of those who provide health services, prevention, care, and follow-up to the people affected by the coronavirus pandemic. These workers perform important work that involves high risks to the public health and social well-being, so they deserve a fair and dignified treatment by their employers and of society in general. The political Constitution of Peru recognizes the right to work as a fundamental human right, which implies respect for the dignity, freedom and

equality. It also provides that the State guarantees protection against discrimination, harassment and workplace violence, as well as the promotion of gender equality and diversity in the workplace.

Taking into account the above, we should develop a culture of respect and recognition of the workers of COVID CAS, avoiding any form of discrimination, harassment, or workplace violence to threaten their physical, psychological or moral. It should recognize your effort, dedication, and commitment to public health and to provide appropriate conditions for the performance of its functions, such as personal protective equipment, training, compensation fair and timely manner, social security and job stability.

In the same way, should be promoted gender equality and diversity in the health sector, assessing the capabilities and contributions of the workers of COVID CAS without distinction of gender, age, origin, identity, sexual orientation or any other personal characteristic. Should be guaranteed to all workers of COVID CAS equality of opportunity and access to employment benefits and should be prevented and punished any form of violence or discrimination by reason of gender or diversity. This reinforces the health-care system and improving the quality of life of the workers of COVID CAS and the people they serve. Therefore, it is an ethical duty and a legal State, the employers and the society as a whole.

VI. Conclusion

Recent efforts at reforming the system, difficulties have been encountered, but there are hopes that it will produce positive changes in the future. It is important that policy-makers and stakeholders to continue working to get the system to give priority to the welfare and the rights of workers, while allowing for effective public administration.

It is important to recognize the challenges faced by the workers of CAS COVID, giving them the support and resources to ensure a better equipment to perform its functions and achieve the purposes healthcare key that allow you to protect our communities against any health crisis at the global level.

It is necessary that the reform of the civil service and the career development take into account the specific needs and circumstances of the staff of the

CAS and provide them with the support and guidance appropriate to facilitate their transition to the professional career in the public service.

Finally, the workers of the CAS of COVID are key actors in the fight against the pandemic of coronavirus and, therefore, they deserve the recognition and respect of the entire community. Your job involves great difficulties and risks, which should be offset by decent working conditions and fair. Therefore, the State, employers and citizens have an ethical and legal obligation to ensure the right to work of workers of COVID CAS and protect them from any form of violence or discrimination in the workplace.

VII. Bibliography

- Aguinaga, Jesús Enrique, “El Contrato Administrativo de Servicios, los trabajadores de los hospitales y la eventual necesidad de establecer un tratamiento jurídico diferenciado”, *Revista de Investigación de la Facultad de Derecho*, Perú, vol. 10, núm. 1, 2021, pp. 5-16. <https://revistas.usat.edu.pe/index.php/ius/article/view/605>
- Bajaña, Fernando, “Hacia un análisis estructural del derecho a la salud y la igualdad (Con propósito de las medidas laborales adoptadas por el Estado ecuatoriano durante la pandemia de COVID-19 en 2020)”, *Revista de Derecho Público*, Chile, núm. 95, 2021, pp. 1-25. <https://doi.org/10.5354/0719-5249.2021.65533>
- Becerra Atauconcha, Keysi Kalondy, “El contrato administrativo de servicios y la jurisprudencia de la justicia ordinaria post sentencia STC N°00002-2010-PI-TC”, *Derecho y Cambio Social*, Perú, año 8, núm. 26, 2011, pp. 1-30. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5496853>.
- Corporación Andina de Fomento (CAF), *Experiencia. Datos e inteligencia artificial en el sector público*, Caracas, Corporación Andina de Fomento, 2021. <http://scioteca.caf.com/handle/123456789/1793>.
- Corporación Andina de Fomento (CAF) y Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), *Las oportunidades de la digitalización en América Latina frente al Covid-19*, Caracas, Corporación Andina de Fomento, 2020, 36 p. <https://www.cepal.org/es/publicaciones/45360-oportunidades-la-digitalizacion-america-latina-frente-al-covid-19>.

- Cao, Horacio y Blutman, Gustavo, “Escenarios futuros para el Estado y la administración pública”, *Colección*, Argentina, vol. 34, núm. 1, 2022, pp. 33-66. <https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/16140>
- Céspedes, María, “La vulneración de los derechos laborales en el régimen especial de contratación administrativa de servicios”, *Ciencia Latina Revista Científica Multidisciplinar*, México, vol. 7, núm. 22, 2023. https://doi.org/10.37811/cl_rcm.v7i2.5629
- Galiana, Patricia, “¿Qué son upskilling y reskilling? Guía para prepararse para el futuro”, *Digital Business*, 27 de enero de 2021. <https://www.iebschool.com/blog/que-son-upskilling-yreskilling-guia-para-prepararse-para-el-futuro-digital-business/>
- López-Feldman, Alejandro, Chávez, Carlos y Vélez, María Alejandra, “COVID-19: impactos en el medio ambiente y en el cumplimiento de los ODS en América Latina”, *Desarrollo y Sociedad*, Colombia, núm. 86, 2020, pp. 104-132. <https://doi.org/10.13043/dys.86.4>
- Maldonado Ordóñez, Paúl Oswaldo, *La vulneración del derecho al trabajo por parte de la normativa laboral vigente y el daño que causa al trabajador* (Tesis de Maestría), Ecuador, Universidad de Cuenca, 2020. <https://dspace.ucuenca.edu.ec/handle/123456789/33866>
- OECD, *Health at a Glance 2019: OECD Indicators*, Paris, *OECD Publishing*, 2019. <https://doi.org/10.1787/4dd50c09-en>
- Palomino, Nadia, “Análisis constitucional de la eliminación del régimen de contratación administrativa de servicios en la administración pública”, *Revista de Derecho Público Económico*, Perú, vol. 1, núm. 1, 2021, pp. 129-145. <http://dx.doi.org/10.18259/dpe.2021008>
- Roseth, Benjamín, Reyes, Ángela María y Lafuente, Mariano, “¿Cómo conseguir el talento necesario para impulsar la transformación digital?”, en Porrúa, Miguel, Lafuente, Mariano, Mosqueira, Edgardo y Reyes, Ángela María (eds.), *Transformación digital y empleo público: el futuro del trabajo del gobierno*, Nueva York, Banco Interamericano de Desarrollo, 2021, pp. 64-120. <https://catalogo.extension.cchc.cl/cgi-bin/koha/opac-detail.pl?biblionumber=28685>
- Ruiloba Núñez, Juana María y Navarro González, Rocío, “¿Administraciones públicas «genderizadas»?”, *Revista Derecho del Estado*, Colombia, núm. 47, 2021, pp. 343-369. <https://doi.org/10.18601/01229893.n47.11>

- Veleña, Bryan, “La afectación del derecho al trabajo de los servidores públicos ocasionado por los contratos ocasionales en el Ecuador”, *Boletín de Coyuntura*, Ecuador, vol. 22, núm. 7, 2019, pp. 20-23. <https://revistas.uta.edu.ec/revista/index.php/bcoyu/article/view/720/693>
- Vinueza, Nelly, Barcos, Ignacio y Arreaga, Gisela, “La vulneración del derecho al trabajo por la reducción de la jornada laboral establecida en el artículo 20 de la Ley Humanitaria”, *Revista Dilemas Contemporáneos: Educación, Política y Valores*, Ecuador, vol. 8, núm. 19, 2021, pp. 1-20. <https://dspace.uniandes.edu.ec/handle/123456789/13254>

El servicio social en salud del Perú: ni discriminatorio ni inconstitucional

The social health service in Peru: neither discriminatory nor unconstitutional

Le service de santé sociale du Pérou: ni discriminatoire ni constitutionnel

Luis **García-Westphalen**

 <https://orcid.org/0000-0002-6407-4717>

Universidad Científica del Sur. Perú

Correo electrónico: lgarciaw@cientifica.edu.pe

Julio Francisco **Villarreal**

 <https://orcid.org/0000-0001-7158-1736>

Universidad Continental. Perú

Correo electrónico: jvillarreal@continental.edu.pe

Recepción: 7 de diciembre de 2023

Aceptación: 13 de mayo de 2024

DOI: <https://doi.org/10.22201/ij.24487899e.2024.39.18741>

RESUMEN: El presente artículo tiene por objeto responder las siguientes interrogantes: a) ¿es constitucional la regulación del servicio rural y urbano marginal de salud (SERUMS) del Perú?; b) en una democracia social de derecho como la peruana: ¿es posible establecer la obligatoriedad de un servicio social como el SERUMS para los profesionales de la salud?, y c) ¿debe reformarse el SERUMS? En ese sentido, el presente artículo determina el contenido y los límites del derecho a la libertad de trabajo y

a la salud de las personas, concluyendo que un programa de salud pública no afecta la libertad de trabajo, en tanto que: *a)* se trata de un servicio que persigue una finalidad de relevancia constitucional, la cual es contribuir a lograr que todas las personas accedan de manera equitativa a los servicios de salud (artículos 7o. y 9o. de la Constitución); *b)* las disposiciones normativas de la Ley del SERUMS han demostrado ser pertinentes para aumentar la cobertura de salud en los sectores rurales y urbano marginales, y *c)* las restricciones a la libertad de trabajo del personal médico pueden ser justificadas jurídicamente sobre la base del Principio de Solidaridad, que ilumina el Estado social de derecho.

Palabras clave: Perú, derecho sanitario, servicio social obligatorio en salud, SERUMS, test de proporcionalidad

ABSTRACT: The purpose of this article is to answer the following questions: a) Is the regulation of the peruvian rural and urban marginal health service (SERUMS) constitutional? b) In a social democracy under the rule of law such as Peru's, is it possible to make a social service such as SERUMS mandatory for health professionals?; and c) Should SERUMS be reformed? In this sense, this article determines the content and limits of the right to freedom of work and health of the people, concluding that a public health program does not affect the freedom of work as long as: a) it is a service that pursues a constitutionally relevant purpose, which is to contribute to achieving equitable access to health services for all people (articles 7o. and 9o. of the Constitution); b) the normative provisions of the SERUMS Law have proven to be relevant to increase health coverage in rural and marginal urban sectors, and c) restrictions on the freedom of work of medical personnel can be legally justified on the basis of the Principle of Solidarity that illuminates the Social Rule of Law.

Keywords: Peru, health law, mandatory social service in health, SERUMS, test of proportionality

RÉSUMÉ: Le présent article a pour but de répondre aux questions suivantes: a) La réglementation du service de santé marginale rurale et urbaine (SERUMS) du Pérou est-elle constitutionnelle? b) Dans une social-démocratie du droit tel que le péruvien: est-il possible de créer un service social tel que le SERUMS pour les professionnels de la Santé? Et enfin, c) Faut-il réformer le SERUMS? À cet égard, le présent article détermine le contenu et les limites du Droit à la liberté de Travail et à la Santé des personnes, conclure qu'un programme de santé publique n'affecte pas la liberté de travail tant que: a) Il s'agit d'un service qui a pour but d'être d'une importance constitutionnelle, qui vise à garantir à tous l'égalité d'accès aux services de santé (articles 7o. et 9o. de la Constitution); b) les dispositions réglementaires de la loi du SERUMS se sont révélées pertinentes pour accroître la couverture sanitaire dans les secteurs marginaux ruraux

et urbains; c) les restrictions à la liberté de travail du personnel médical peuvent être justifiées par la loi sur la base du principe de solidarité qui éclaire l'État social de droit. *Mots clés:* Pérou, droit de la santé, service social obligatoire du santé, SERUMS, test de proportionnalité.

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Sobre la alegada inconstitucionalidad de la Ley del SERUMS por violar el derecho a la libertad de trabajo.* III. *Sobre la alegada inconstitucionalidad de la ley del SERUMS por violar el derecho a la igualdad.* IV. *Sobre la alegada inconstitucionalidad de establecer un servicio social obligatorio en salud.* V. *Algunas consideraciones finales sobre la necesidad de reformar el SERUMS.* VI. *Conclusiones.* VII. *Bibliografía.*

I. Introducción

En el Perú, la Ley núm. 23330, Ley del Servicio Rural Urbano Marginal de Salud, establece que los médicos recién egresados y otros profesionales de la salud deben realizar el referido servicio (en adelante SERUMS) como requisito obligatorio para: *a)* formar parte de la administración y dirección de entidades públicas; *b)* ser aceptado en los programas de segunda especialización profesional, y *c)* ser acreedor de una beca u otra ayuda equivalente para estudios o perfeccionamiento por parte del Estado.

En un “Estado liberal”, la libertad y voluntad individuales son concebidos como valores fundamentales; los cuales han de primar siempre sobre aquellos tributarios al interés público. De cierta manera, los apologistas de las tesis políticas liberales en el Perú han sostenido que, el artículo 1o. de la Constitución de 1993, estructura la adscripción de nuestro propio ordenamiento jurídico a tales ideas. Es bajo esta lógica que Mayta-Tristán, Poterico, Galán-Rodas y Raa-Ortiz, sostienen que el SERUMS transgrede el derecho a la libertad de trabajo establecido en el apartado 15 del artículo 2o. de la Constitución, debido a que interfiere en la facultad del profesional sanitario de elegir la forma o las estrategias que este último puede utilizar para desempeñar su labor en el área respectiva. Agregan dichos autores que, una posición divergente, significaría que superponer el derecho a la salud de la población sobre el derecho individual a la libertad de trabajo del personal de salud, lo cual, a juicio de los mencionados investigadores, no sería posible en tanto dicha restricción a la libertad de trabajo no superaría el test de proporcionalidad que ha establecido la jurisprudencia del

Tribunal Constitucional del Perú para determinar la constitucionalidad de las normas que vulneran los derechos fundamentales.

Como puede observarse, resulta necesario dilucidar jurídicamente, a partir de la jurisprudencia y de las reglas de interpretación en materia constitucional y de derechos humanos, si el SERUMS vulnera, o no, la Constitución del Perú y los tratados internacionales de derechos humanos de los que el Perú es estado parte.

En este orden de ideas, en la siguiente sección de este trabajo abordaremos la supuesta inconstitucionalidad de la Ley del SERUMS, en virtud de la alegada vulneración del derecho a la libertad de trabajo. En la sección III, examinaremos si el SERUMS es un servicio discriminatorio, en tanto que no existe ningún programa similar a éste y, además, solo aplica para los profesionales de la salud. En la sección IV, analizaremos la posibilidad de justificar normativamente una propuesta que establezca la obligatoriedad del SERUMS para los profesionales de salud, en función a la Constitución Política del Perú. Finalmente, en la sección V, consideraremos la posibilidad de reformar el programa de SERUMS, con el objeto de maximizar los beneficios que la población usufructuaria de tal servicio posible, en la inteligencia de poder disminuir los impactos negativos que puedan producirse tanto en dicho colectivo como en los profesionales de la salud. En esta sección presentaremos una propuesta de modificación inspirada en la normativa internacional para la preservación de los principios bioéticos.

II. Sobre la alegada inconstitucionalidad de la Ley del SERUMS por violar el derecho a la libertad de trabajo

Como se ha indicado al iniciar el presente trabajo, el artículo 1o. de la Ley del SERUMS establece que, para el caso de los profesionales de la salud, llevar a cabo este servicio es requisito indispensable para: *a)* desempeñar cargos en entidades públicas; *b)* ser aceptado a los programas y cursos de segunda especialización profesional, y *c)* ser acreedor de una beca u otra ayuda equivalente para estudios o perfeccionamiento por parte del Estado. Debemos por tanto analizar si las consecuencias jurídicas impuestas ante la falta de realización del SERUMS vulneran el derecho al trabajo de manera indebida o desproporcionada y si, en tal sentido, se trata de una ley inconstitucional.

Sobre este punto, debemos indicar que el SERUMS, lejos de imponer sanciones, establece un régimen de incentivos (beneficios) para aquellos profesionales sanitarios que decidan libremente cumplir con las prácticas que tal sistema supone. Por tal motivo, consideramos que, las consecuencias que establece la Ley del SERUMS, no pueden en modo alguno ser tenidas como irrazonables o excesivamente gravosas para quienes no se someten al mismo, toda vez que no se imponen sanciones a los profesionales de la salud que deciden no acogerse a dicho régimen.

Sobre el particular, es necesario precisar que, la primera consecuencia que dispone la referida Ley, es que el SERUMS es indispensable para desempeñar cargos en la administración pública. En nuestra opinión, esta disposición se traduce en un provecho de consideración para la propia administración pública y la provisión de servicios públicos de salud de calidad. Ello, toda vez que estos últimos deben contar con recursos humanos formados bajo un paradigma meritocrático, entendido este último no sólo desde un punto de vista técnico, sino también a la luz al compromiso social y ético que deben tener los profesionales de la salud con las poblaciones más vulnerables del país.

La segunda consecuencia que la Ley del SERUMS prevé para aquellos que cumplen con la prestación del servicio de referencia, es la relativa a la posibilidad de obtener becas del Estado. Como podemos apreciar, nuevamente se trata de una implicancia jurídica que no supone restricción alguna de derechos fundamentales para los profesionales de la salud que no deseen realizar el SERUMS. Por el contrario, aquí se dispone de incentivos legítimos que el Estado puede disponer para promocionar determinadas conductas, a fin de mejorar los estándares de satisfacción de las obligaciones a su cargo. La tercera consecuencia establecida en la Ley del SERUMS es que, quienes realicen este servicio, podrán “ingresar a los programas de segunda especialización profesional”. Al respecto, consideramos que, aun cuando la norma no lo consigne de manera expresa, dicho requisito para los programas de segunda especialidad es referido únicamente a los programas que ofrecen los centros educativos del Estado. Tal interpretación es consistente con la naturaleza que tienen las demás previsiones jurídicas que la Ley del SERUMS dispone, en cuanto tal, para aquellos que realicen tales prácticas. Además, una hermenéutica contraria a la precedente carecería de sentido, porque la norma restringiría indebidamente el derecho a la educación de las personas, con el agravante de afectar negativamente la provisión de los servicios de salud. Es decir, interpretar este requisito como una

obligación para acceder a programas de especialización, en instituciones no sólo públicas, sino también en privadas, supondría una consecuencia contraria al objeto mismo de la Ley del SERUMS.

Por lo expuesto, consideramos que se encuentra meridianamente claro que la Ley del SERUMS no constituye una violación del derecho a la libertad de trabajo, en tanto que no puede predicarse que tal régimen suponga amenaza alguna de privación de derechos, para aquel médico que decida no realizar el SERUMS. Es decir, el régimen de prestación de servicios que establece la Ley del SERUMS, no limita en modo alguno los derechos de los profesionales de la salud, quienes se encuentran en libertad de no cumplir con tal servicio, si así lo desean.

III. Sobre la alegada inconstitucionalidad de la Ley del SERUMS por violar el derecho a la igualdad

Mayta-Tristan, Poterico, Galán-Rodas y Raa-Ortiz argumentan que la Ley del SERUMS sería discriminatoria por cuanto establece requisitos que se aplican únicamente a los profesionales de la salud (o recursos humanos en salud-RHUS) y no a otras profesiones.

Respecto al derecho a la igualdad, el Tribunal Constitucional del Perú, en repetidas oportunidades, ha manifestado que dicho derecho reviste la doble condición, tanto de principio que se proyecta sobre todo el ordenamiento jurídico como de derecho subjetivo, en virtud del cual nadie puede ser discriminado. Sobre esta última dimensión, resulta razonable sostener que se presumen discriminatorios aquellos actos que son atribuidos a criterios prohibidos como la raza, la nacionalidad, la religión, el sexo, la orientación sexual, la condición de discapacidad, entre otros. En tal inteligencia, constituyen también actos discriminatorios aquellos que: *a)* establecen diferencias ante situaciones similares, y *b)* los que no establecen diferencias ante situaciones distintas que, en cuanto tales, requieren de un tratamiento diferenciado. Sin embargo, no son actos discriminatorios aquellos que establecen diferencias ante situaciones diferentes. En este sentido, consideramos que las circunstancias de los profesionales de la salud no son equivalentes a las de los demás profesionales, porque esas últimas no necesariamente están vinculadas con la satisfacción de una finalidad de relevancia constitucional, mucho menos con una tan trascendental como la satisfacción

del derecho a la salud. Como se ha señalado en los párrafos precedentes, el SERUMS ha sido diseñado para coadyuvar a la satisfacción de las obligaciones públicas más indelegables y fundamentales del Estado y de la sociedad civil en su conjunto que —en virtud de su relevancia constitucional—, y en cuanto tales, no son susceptibles de ser equiparadas a las que otras profesiones de suyo suponen. Cabe destacar que este mismo criterio es compartido por la Corte Constitucional de Colombia, la cual ha establecido, para el ordenamiento jurídico de ese país, que

los empleados que trabajan en el campo médico asistencial no se encuentran en similares condiciones a aquellos que ejercen sus labores en otras esferas, debido a los intereses y derechos fundamentales comprometidos en la prestación del servicio de salud, esto es, el derecho a la vida, a la integridad física y a la salud y, en tal virtud, la diferencia de trato se halla plenamente justificada.¹

Posteriormente, la Corte agrega lo siguiente:

El servicio social es un requisito para el ejercicio de la medicina.

Sus características lo hacen diferente de otras condiciones para el ejercicio de diversas profesiones, así como de aquellos exigidos para la obtención del título de idoneidad en medicina.²

Hasta acá, debemos de reconocer que, determinar la constitucionalidad de la Ley del SERUMS, ha sido relativamente sencillo en la medida en que la disposición trata de una norma que no restringe derechos, sino que establece beneficios o incentivos razonables, con el objetivo de incrementar la provisión de servicios de salud en zonas rurales y urbano marginales; lo que en modo alguno puede ser considerado discriminatorio, en tanto otro tipo de profesiones no guarda relación con la satisfacción de derechos fundamentales de primer orden; o aún de ser ese el caso, el Estado no ha necesitado generar incentivos similares a los de la Ley del SERUMS para procurar la satisfacción de tales derechos. Sin embargo, desde un punto de vista teórico, consideramos que resulta heurísticamente interesante y necesario abocarse al ejercicio de intentar responder

¹ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-109/02, Consideración y Fundamento 4.2.

² *Ibidem*, 5.3.

la siguiente interrogante: ¿qué deberíamos decir, desde el campo de la bioética y del derecho constitucional, si se dispusiera la realización del SERUMS como requisito obligatorio para el ejercicio lucrativo de la profesión?

IV. Sobre la alegada inconstitucionalidad de establecer un servicio social obligatorio en salud

Se desprende del artículo de Mayta-Tristán *et al.* que, para los referidos autores, establecer en el Perú un servicio social obligatorio en salud atentaría contra el derecho a la libertad de trabajo. Para ello, los mencionados autores aplican —en opinión de los autores, con poca rigurosidad académica o de manera un tanto desprolija— el test de proporcionalidad, concluyendo que dicha obligatoriedad no superaría el subprincipio de razonabilidad, en tanto existirían alternativas menos gravosas para el personal de salud. Tampoco consideran que se supera el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, en tanto que el derecho individual a la libertad de trabajo se superpondría al derecho a la salud de las personas. Al respecto, en las siguientes líneas aplicaremos el test de proporcionalidad, incorporando data disponible y consideraciones jurídicas que no se han sido tomadas en cuenta en el análisis realizado por Mayta-Tristán *et al.*, y que nos lleva a disentir de las conclusiones de los mencionados autores.

1. Sobre el derecho a la libertad de trabajo

La Constitución del Perú define al trabajo como “un deber y un derecho” (artículo 22). Como todo derecho económico, social y cultural, el derecho a la libertad de trabajo encuentra sus limitaciones cuando se enfrenta al interés público o a otros derechos fundamentales. De este modo, el artículo 59 de la Constitución señala que el Estado asegura la libertad de trabajo, agregando en el punto, que su práctica “no debe ser lesiv[a] a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad públicas”. En tal sentido, conforme a nuestro ordenamiento constitucional, el derecho a la libertad de trabajo puede ser regulado a través de una norma con el rango de ley, siempre que ello se realice en función a las circunstancias expresamente mencionadas, una de las cuales es precisamente la preservación y salvaguarda de la salud pública. Estos límites, como se analizará más abajo, también se encuentran previstos en los acuerdos internacionales sobre derechos huma-

nos, los cuales guían la interpretación constitucional respecto a tal materia.³ De manera particular, debemos indicar que, el numeral iv del literal c del artículo 8o. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), y el literal d) del numeral 3 del artículo 6o. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), establecen que no constituye una tarea forzosa u obligatoria “el trabajo o servicio que forme parte de las obligaciones cívicas normales”. Una disposición similar a la norma común del PIDCP y de la CADH la encontramos en el apartado 2 del artículo 2o. del Convenio 29 de la Organización Internacional del Trabajo.

2. Sobre el derecho a la salud

La Constitución del Perú reserva varios artículos para la regulación del desarrollo del derecho a la salud de las personas, claro reflejo de la importancia que otorga nuestro pacto social a tal materia. Esta consideración resulta evidentemente atribuida al hecho de que, el propio derecho a la vida, se filia en la preservación de la salubridad pública, en tanto bien jurídico especialmente tutelado. Tal consideración es lo suficientemente relevante como para analizarse desagregadamente. En este sentido, debe sostenerse que, en primer lugar, el artículo 7o. predica que la salud es un derecho fundamental de todas las personas. Consistentemente con tal tesis, el artículo 9o. señala que el Estado formula la política nacional de salud y que el Poder Ejecutivo regula y supervisa su aplicación, siendo responsable de diseñarla y ejecutarla de manera plural y descentralizada, con el fin de facilitar y promover la cobertura y acceso equitativo a los servicios de salud. Asimismo, debe tenerse presente que, el artículo 11, señala que el Estado garantiza el acceso libre a prestaciones de salud, por medio de las entidades públicas, privadas o mixtas. Asimismo, vigila su eficaz funcionamiento. Concurrentemente, el artículo 58 indica que el Perú es regido por un modelo de economía social de mercado, bajo el cual el Estado fomenta el desarrollo del país, actuando principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura. Finalmente, debe recordarse que, el artículo 59, dispone que el ejercicio de las libertades de trabajo,

³ Cuarta Disposición Final y Transitoria de la *Constitución*.

de empresa, de comercio y de industria, no debe transgredir a la moral ni a la salud pública.⁴

Como podemos apreciar, la Constitución privilegia el contenido del derecho a la salud y a la política nacional de salud con un nivel de detalle que da cuenta de su, ya mencionado, carácter prioritario para nuestro ordenamiento jurídico y nuestra sociedad en su conjunto.

3. Aplicación del test de proporcionalidad de una norma que establezca la obligatoriedad de un servicio social obligatorio en salud

Reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano ha señalado que, para determinar la constitucionalidad de una norma que restringe un derecho contenido en la carta magna, debe aplicarse el test de proporcionalidad, el cual consiste en: *a)* la determinación de idoneidad de la norma cuestionada o presunta restricción; *b)* una evaluación de su necesidad, y *c)* un análisis de proporcionalidad en sentido estricto.

El examen de idoneidad implica, en primer término, la necesidad de identificar la existencia de una finalidad de relevancia constitucional, y, posteriormente, la de determinar si la legislación cuestionada es adecuada para conseguir la finalidad pretendida. Respecto a lo primero, en el presente caso, el *telos* del servicio de salud rural y urbano marginal es asegurar la accesibilidad a los servicios de salud en zonas rurales y urbano marginales, lo cual se condice con diversos principios y valores constitucionales que hemos mencionado en el acápite precedente, en particular, el reconocimiento del acceso a la salud como un derecho, el cual, toda persona debe poseer (artículo 7o. de la Constitución); y la disposición constitucional mediante la cual se establece que, el Poder Ejecutivo, regula e inspecciona la política nacional de salud, la cual debe facilitar a todas las personas “el acceso equitativo a los servicios de salud” (artículo 9o. de la Constitución).

Respecto a la capacidad de promover el acceso a los servicios de salud en los ámbitos rural y urbano marginal, Mujica, Pereira-Victorio y Munayco advierten que

⁴ Sobre las normas internacionales en materia del derecho a la salud, véase: Saco, V., “El derecho a la salud en el derecho internacional: un mínimo común denominador universal y las obligaciones que de este emanan”, *Derecho y Sociedad*, núm. 35, 2010, pp. 305-312.

mientras que en 1964 [*i.e.*, antes de la implementación del SERUMS] la mitad de la población peruana [que se encontraba] viviendo en departamentos con menor disponibilidad de médicos por habitante concentraba 11 % del total de médicos, en 2012 esa proporción aumentó a 33 %.⁵

Por su parte, Cuba-Fuentes, Romero-Albino, Domínguez, Rojas y Villanueva señalan que el 30% de los profesionales sanitarios que trabajan en el MINSA, se encuentran realizando el SERUMS.⁶ Del mismo modo, un estudio practicado por Manuel Núñez, Pedro Mendoza, Javier del Campo y Manuel Chilca es incluso más contundente, al señalar que el programa SERUMS aumentó las densidades del personal sanitario en todos los departamentos. Asimismo, el estudio de referencia explica que este incremento se hizo particularmente evidente en las tres profesiones sanitarias (médico, obstetra, enfermera), incrementos que explicarían hasta el 100% de aumento del personal en departamentos como Pasco, Amazonas y Madre de Dios. En adición a ello, sostienen tales investigadores, en 13 regiones la participación de los profesionales médicos en el programa SERUMS ascendió a más de 40 % sobre la planta del total de galenos, siendo que en, 19 regiones, esta cifra se situó en alrededor del 30 %. Tal estudio culmina observando que, en relación con la densidad, el SERUMS ocupó un papel particularmente relevante en la asequibilidad de recursos humanos profesionales para ciertas áreas consuetudinariamente marginadas, permitiendo que 8 regiones tengan 5 o más médicos por cada 10,000 habitantes, 10 regiones cuentan con 4 médicos por cada 10,000 habitantes y 21 regiones tengan 3 médicos por cada 10,000 habitantes.

Son tales consideraciones las que nos llevan a suscribir la tesis de que, la Ley del SERUMS, supera claramente el examen de idoneidad, toda vez que abraza un objetivo o finalidad constitucional; es decir, la de garantizar “el acceso equitativo a los servicios de salud” (artículo 9o. de la Constitución) y, en esta línea, hacer posible garantizar el derecho a la salud de las personas (artículo 7o. de la

⁵ Mujica, Óscar J. *et al.*, “Sobre el impacto redistributivo del SERUMS en la disponibilidad de médicos en Perú”, *Revista Peruana de Medicina Experimental y Salud Pública*, vol. 32, núm. 1, 2015, p. 193.

⁶ Cuba-Fuentes, María Sofía *et al.*, “Dimensiones claves para fortalecer la atención primaria en el Perú a cuarenta años de Alma Ata”, *Anales de la Facultad de Medicina*, vol. 79, núm. 4, 2018, p. 348.

Constitución), en tanto derecho prestacional que “presupone, en cuanto tal, la intervención del Estado y de la sociedad en conjunto”.⁷

Como se ha señalado líneas arriba, Mayta-Tristan *et al.*, consideran que el SERUMS no cumple con dos estándares del test de proporcionalidad: *a)* el de necesidad, que señala que para que un derecho fundamental sea limitado o restringido por terceros otros bienes jurídicos, no puede haber otro medio que coadyuve al mismo objetivo, y *b)* el de proporcionalidad en sentido estricto, que implica un análisis de los derechos constitucionales que se encuentran en conflicto, para determinar cuál de los referidos derechos debe primar sobre los otros.

Respecto al principio de necesidad, debemos indicar que no existe evidencia empírica ni tampoco literatura que demuestre la existencia de un programa alternativo al SERUMS que pueda resultar, en el Perú, tanto exitoso como económicamente viable. Sobre el particular, consideramos importante refutar la pretendida condición viable que Mayta-Tristan *et al.*, predicen para la aplicación en el Perú de un esquema similar al antiguo programa Médicos Generales de Zona (MGZ), otrora aplicado en Chile. Al respecto, entendemos que el programa MGZ no es susceptible de ser trasplantado a nuestra realidad nacional, teniendo en consideración *a)* que mientras la población rural en Perú es de 22%, en Chile alcanza apenas el 12%,⁸ y *b)* que mientras Chile cuenta con 28 médicos por 10,000 habitantes, Perú posee tan solo 14 médicos por 10,000 habitantes.⁹

Respecto al análisis de proporcionalidad en sentido estricto, debemos señalar que, el mencionado numeral iv) del literal c) del artículo 8o. del PIDCP, y el literal d) del numeral 3 del artículo 6o. de la CADH, así como el numeral 2 del artículo 2o. del Convenio 29 de la OIT, prevén de manera expresa, en términos más o menos similares, que la labor o servicio que forme parte de las obligaciones cívicas normales no constituye trabajo forzoso u obligatorio. Respecto a estas disposiciones, el prestigioso laboralista peruano Javier Neves consideró que, si bien las excepciones que por ley puedan establecerse a la libertad de trabajo configurarían supuestos de trabajo forzoso u obligatorio, en modo alguno podrían ser consideradas inconstitucionales o contrarias a los derechos funda-

⁷ Tribunal Constitucional del Perú, *Sentencia de fecha 05 de octubre de 2004, recaída en el Expediente núm. 2016-2004-AA/TC*, 2004. Fundamento 7.

⁸ Banco Mundial, *Datos*, 2023.

⁹ *Idem*.

mentales de las personas, en la medida en que obedecen a “valores superiores a la propia libertad de trabajo”.¹⁰

Sobre el particular, conviene recordar, desde la óptica del derecho comparado de los derechos humanos, el caso Van der Musselle, quien encontrándose en el periodo de prácticas profesionales en derecho, tuvo que brindar el servicio de defensa legal en un caso en el cual no se le pagó ningún tipo de honorario ni tampoco los gastos en que incurriera ejerciendo la referida defensa profesional de su patrocinado. En este proceso —que guarda profundas semejanzas con el servicio de SERUMS— la Corte Europea de Derechos Humanos (CEDH) determinó que, en dicho caso, no se configuraba una situación de trabajo forzoso ni de discriminación contra los estudiantes de derecho, toda vez que el señor Van der Musselle decidió estudiar tal carrera conociendo de antemano las reglas que regían la profesión de la abogacía en su país (Bélgica). Se infiere de los fundamentos de la sentencia de la CEDH, que para el organismo europeo de protección de derechos humanos, el señor Van der Musselle habría brindado su consentimiento para practicar una defensa jurídica gratuita de aquellas personas en situación de pobreza, al momento mismo en que decidió comenzar con sus estudios universitarios; por lo que no podría luego haber calificado dichas prácticas como “trabajo forzado”.

En el mismo orden de ideas, esta vez desde la vertiente del derecho constitucional comparado, destaca también el caso seguido ante la Corte Constitucional de Colombia por Ángela Patricia Recalde, profesional de la medicina que presentó una acción de tutela por considerar vulnerado su derecho al trabajo al habersele denegado una solicitud para cambiar la localidad donde debía realizar el Servicio Social Obligatorio (en adelante SSO).¹¹ En este caso en particular, la referida corte constitucional determinó que el SSO constituye “una carga impuesta a los profesionales del área de la salud, derivada del principio de solidaridad y justificada a partir de propósitos constitucionalmente legítimos que se cifran en la obtención de beneficios para el sistema de salud”.

Sobre este punto, debemos señalar que el Tribunal Constitucional peruano ha establecido que, el principio de solidaridad, “está en la base misma de nues-

¹⁰ Neves Mujica, Javier, *Introducción al derecho del trabajo*, 4a. ed., Lima, Facultad de Derecho Pontificia Universidad Católica del Perú-Tarea Asociación Gráfica Educativa, 2018.

¹¹ El SSO de Colombia es similar al SERUMS del Perú, con la salvedad de que el primero es —como su nombre lo indica— de carácter obligatorio para poder ejercer la profesión.

tro sistema jurídico”.¹² En dicha sentencia el máximo intérprete de la Constitución peruana ha precisado que las obligaciones que emanan del principio de solidaridad, comprenden tanto al Estado como a los miembros de la sociedad.

De una reflexión desde comportamientos solidarios se deduce la existencia de deberes positivos que corresponde directamente a los poderes públicos o que éste atribuye a terceros, personas físicas o jurídicas. Estos deberes positivos tienen como correlativos a los derechos.¹³

Por lo que debemos entender que, si alguna imposición solidaria pudiera establecerse de manera individual a los miembros de la sociedad peruana, tendría que ser, justamente —por todas las razones esgrimidas en los párrafos precedentes— al personal de salud, en tanto que se le exija la realización de un servicio solidario obligatorio de salud para la población rural y urbano marginal; máxime cuando, el artículo 7o. de la Constitución, ha dispuesto de manera expresa que, en el Perú, todas las personas tienen el deber de contribuir a la promoción y defensa del derecho a la salud de la comunidad.

Por lo expuesto, los autores del presente trabajo concluimos que, en el caso específico del Estado peruano, el Congreso de la República tiene la potestad de sancionar una ley que establezca un servicio social obligatorio para el personal de la salud, siempre que dicho servicio esté dirigido de manera real y efectiva a lograr “el acceso equitativo a los servicios de salud” (artículo 9o. de la *Constitución*) y a preservar el “derecho a la salud” de todas las personas” (artículo 7o. de la *Constitución*). En tal sentido, debemos señalar que, un servicio de salud obligatorio se impondría como un límite legítimo del derecho a la libertad de trabajo, en consonancia con los precitados tratados internacionales sobre la materia, la doctrina nacional sobre este punto y la jurisprudencia internacional sobre casos semejantes al que nos ocupa.

V. Algunas consideraciones finales sobre la necesidad de reformar el SERUMS

¹² Tribunal Constitucional del Perú, *Sentencia del Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional*, recaída en el expediente núm. 00004-2010-PI/TC, 14 de marzo de 2011. Fundamento 9.

¹³ *Ibidem*, fundamento 7.

Si bien hemos sostenido que el SERUMS no tiene vicios de inconstitucionalidad, y que este programa podría incluso ser —en términos generales— obligatorio para todos los profesionales de la salud, lo cierto es que ello no implica que el programa haya sido diseñado e implementado de manera eficiente; que cumpla con maximizar el beneficio para la población rural y urbano marginal y, sobre todo, que suponga el menor sacrificio posible al personal que solidariamente brinda el servicio de salud a grandes sectores de la población más vulnerable del país, lo cual constituye un imperativo ético para cualquier política pública que supone una restricción de derechos.

Sobre el particular, Mayta-Tristán *et al.* identifican severas falencias en el diseño e implementación del SERUMS, que afectan principalmente al personal profesional de la salud que brinda este servicio. Entre las deficiencias de referencia pueden referirse que el SERUMS: *a)* no provee asegurar adecuadamente la vida, salud y e integridad física en caso de accidentes a los profesionales que realizan el SERUMS; *b)* no cubre suficientemente los eventuales impactos negativos que la salud mental de los profesionales participantes del SERUMS pueden sufrir a lo largo del desarrollo de tal tarea; *c)* no brinda satisfacción adecuada a la alta mortalidad de los profesionales que participan en el SERUMS, debido a los accidentes de tránsito en carretera al momento de transportar a pacientes en emergencia; *d)* no prevé la ostensible distorsión existente entre el conocimiento adquirido en las universidades y los requerimientos que se necesitan para laborar en el primer nivel de atención, sobre todo, en la gestión de los programas disponibles, así como aspectos que involucran la administración de la salud; *e)* no se consagra a neutralizar el inadecuado trato a la población local, cuya identidad cultural es regularmente cercenada por el personal de tal sistema y, *f)* se estructura, en muchos supuestos, en una ineficiente capacidad de gestión y limitada disponibilidad de recursos de los médicos a cargo del programa, debido a que el galeno que inicia tal prestación debe adaptar su trabajo al plan bosquejado por su precedente colega.

Por otra parte, Bendezu-Quispe, Mari-Huarache, Taype-Rondan, Mejía e Inga-Berrospi F, han señalado que la mayoría de los profesionales sanitarios que realizan el SERUMS comulgan con las siguientes lecturas del mentado servicio: *a)* que el programa curricular que ellos han recibido en su formación académica fue únicamente diseñado a los efectos de abocarse a la labor hospitalaria en lugar del trabajo que el primer nivel de atención supone; *b)* que las labores en el primer nivel de atención poseen muchas limitaciones, en comparación con la

actividad hospitalaria y, c) que el ingreso económico que los médicos del PNA perciben en comparación de aquellos que trabajan en un hospital es sustancialmente menor, al punto que su remuneración por su labor en el PNA no sería suficiente para satisfacer sus necesidades más básicas.

Si bien los problemas referidos no ameritan el cierre de un programa que permite la atención de salud a grandes sectores de población vulnerable en el país, sí dan cuenta de la necesidad de realizar profundas mejoras, tanto por parte del Ministerio de Salud como de las universidades encargadas de formar al personal profesional de la salud. Así, por ejemplo, corresponde a las casas de altos estudios no sólo incluir en la malla curricular sino sobre todo poner énfasis en el abordaje de contenidos en bioética, enfoque de género, enfoque de multiculturalidad, salud pública, gestión pública para el manejo de servicios comunitarios, tratamiento de enfermedades especialmente prevalentes en población rural y urbano marginal, habilidades sociales que permitirían la prestación de la salud desde la interculturalidad y en diversidad de contextos, entre otros.

En relación con los problemas que deben ser considerados por el Ministerio de Salud, conviene señalar que, la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos (DUBDH), establece múltiples obligaciones que recaen en el Estado, si éste se comprometiera con un estándar consistente de respeto a los principios bioéticos, que dicha declaración reconoce. Al respecto, destacan en particular las siguientes obligaciones: a) el Estado debe fomentar el profesionalismo, la integridad y la transparencia en la adopción de las decisiones tributarias al diseño de sus programas y estrategias médicas; b) el Estado debe procurar analizar los asuntos en materia de bioética de manera periódica y gradual, favoreciendo la promoción de un diálogo articulado y permanente entre las personas, los profesionales y los grupos que integran la sociedad; c) el Estado debe fomentar la creación de comités de ética con competencia autónoma e independiente a la del propio Ministerio de Salud, siendo que tales comités deberán ser de carácter pluralista y multidisciplinario, lo que le permitiría a estos últimos evaluar aquellas problemáticas de naturaleza jurídica, social, científica y ética que se le presenten y, d) el Estado debe de evaluar y gestionar de manera adecuada los riesgos de la medicina, las ciencias relacionadas con la vida y el desarrollo tecnológico.¹⁴ Al respecto, consideramos que varias de las deficiencias identificadas por Mayta-Tristán *et al.*, respecto a la implementación del

¹⁴ Véase la DUBDH, artículos 18, 19 y 20.

SERUMS pueden encontrar una solución efectiva, eficiente y pronta si son estudiadas y resueltas en el seno de un Comité de Ética, con las competencias que la DUBDH recomienda, y siempre que sus recomendaciones puedan ser discutidas abiertamente con la administración pública, a fin de considerar también los aspectos económicos y administrativos que, eventualmente, puedan incidir en la decisión a tomar.¹⁵

Finalmente, contrastando la consideración de Mayta-Tristan *et al.*, relativa a la necesidad de contar con profesionales de la salud que brinden servicios rurales y urbano marginales durante períodos más prolongados —de hasta 36 meses— y por otro lado, las tesis de Bendezu-Quispe *et al.*, según las cuales los serumistas consideran que las labores en PNA empeoran luego de los ocho meses, consideramos oportuno evaluar la posibilidad de extender hasta los 18 meses el servicio facultativo del SERUMS pero, al mismo tiempo, disponiendo que a partir de los seis meses los serumistas adquirirán, de manera escalonada, los beneficios previstos en la Ley del SERUMS y otros adicionales que puedan ser incorporados a la ley vigente. Así, por ejemplo, a los seis meses se podría adquirir el derecho a ingresar a los programas de segunda especialización profesional en universidades públicas. Nuestra propuesta predica que al año de iniciado el programa se podría cumplir el requisito para ocupar cargos en entidades públicas de salud, bajo concurso público de méritos.

VI. Conclusiones

El presente trabajo indagó, en primer lugar, sobre la constitucionalidad de la Ley núm. 23330, Ley del Servicio Rural Urbano Marginal de Salud (Ley del SERUMS), habida cuenta de su pretendida inconstitucionalidad por parte de un sector de la doctrina, la cual considera que dicha ley vulneraría el derecho a la libertad del trabajo y la prohibición de no discriminación, en la medida en que no existe una ley similar a la Ley del SERUMS que aplique a otras profesiones.

¹⁵ En el mismo sentido, véase también Moya Peñafiel, Mervin J., “Servicio Social Obligatorio en Colombia: Incertidumbre de los recién graduados en medicina”, *Revista Médica Risaralda*, vol. 20, núm. 2, 2014.

Al respecto, el presente artículo concluye que la Ley del SERUMS no vulnera el derecho a la libertad de trabajo y el derecho a la igualdad, en virtud de las siguientes consideraciones:

El SERUMS no restringe los derechos de los profesionales de la salud, sino que brinda beneficios o incentivos para aquellos que se aboquen a la realización de dicho servicio. De hecho, una persona que no desee hacer el SERUMS, puede trabajar como médico en cualquier establecimiento de salud privado. Puede también realizar estudios de especialización en centros universitarios privados, toda vez que una interpretación contraria de la Ley del SERUMS contravendría la propia finalidad de dicha norma, al afectar negativamente la cantidad de profesionales capacitados.

Respecto al argumento de que no existe una ley similar a la Ley del SERUMS para otras profesiones, y que ello implicaría una afectación al derecho a la igualdad y a la prohibición de no discriminación, el análisis precedente permite concluir que no existe la alegada afectación, toda vez que no resulta discriminatorio practicar acciones diferentes ante situaciones diferentes, como lo ha señalado reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Esto se aplica al presente caso en la medida en que el programa del SERUMS está dirigido a garantizar finalidades constitucionales (*i. e.*, el derecho a la salud y la accesibilidad equitativa de los servicios de salud), que suponen de por sí circunstancias que ameritan una actividad coordinadora y promotora especial por parte del Estado para alcanzar dichos fines, incluyendo estos últimos la posibilidad de promover o promocionar determinados beneficios conducentes a incentivar ciertas conductas individuales.

La Ley del SERUMS cumple con una finalidad de interés constitucional, desde que: *a)* contribuye a garantizar el derecho a la salud de todas las personas (artículo 7o. de la Constitución) y, *b)* provee a garantizar “el acceso equitativo a los servicios de salud” (artículo 9o. de la Constitución).

El SERUMS es un programa idóneo para alcanzar su finalidad constitucional, desde que el mismo es conducente a asegurar la mayor disponibilidad de personal profesional de salud en prácticamente todos los departamentos. En efecto, en trece regiones la participación de los médicos SERUMS es mayor al 40% del total de dicho personal; y diez (10) regiones cuentan con un total de cuatro (4) o más médicos por cada 10,000 habitantes. En ausencia de médicos

SERUMS solo serían tres (3) regiones las que contarían con cuatro (4) o más médicos.¹⁶

Tal como determinó la Corte Europea de Derechos Humanos en la sentencia en la que resultara perdedor Van der Musselle, no puede considerarse que existe afectación a la libertad de trabajo en el caso de los profesionales que conocen los requisitos para el ejercicio de su profesión. Estos casos se encuentran excluidos de considerarse trabajo forzado, de conformidad con lo dispuesto en el numeral iv) del literal c) del artículo 8 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el literal d) del numeral 3 del artículo 6o. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y el numeral 2 del artículo 2o. del Convenio 29 de la Organización Internacional del Trabajo. En tal sentido, el SERUMS no vulneraría el derecho a la libertad de trabajo, por lo que cumpliría con el criterio de ponderación en sentido estricto.

Finalmente, sobre la necesidad de reformar el servicio de SERUMS en atención a los múltiples problemas identificados en la literatura sobre la materia, el artículo plantea —de conformidad a las disposiciones del artículo 19 de la Declaración Universal de Bioética y Derechos Humanos— la necesidad de que dichas problemáticas y posibles soluciones sean discutidas en el seno de un Comité de Ética independiente, pluridisciplinario y pluralista, donde se puedan evaluar los problemas éticos, jurídicos, científicos y sociales relacionados al diseño e implementación del SERUMS. Para que dicho comité de ética tenga éxito necesariamente habrá de interactuar con una gestión pública honesta y participativa que se encuentre alineada a los principios bioéticos de procurar maximizar el beneficio de las poblaciones rurales y urbano marginales, al mismo tiempo que provea a minimizar las sacrificios excesivos e innecesarios a los que se encuentra sujeto el personal médico que realiza el SERUMS.

VII. Bibliografía

Asamblea General de Naciones Unidas, *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, 1966.

¹⁶ Núñez, Manuel *et al.*, “Efecto del programa SERUMS en la equidad de la distribución de recursos humanos del primer nivel de atención en Perú”, *Anales de la Facultad de Medicina*, vol. 82, núm. 4, 2021.

- Banco Mundial, *Datos*, 2023. <https://datos.bancomundial.org/indicador/SH.MED.PHYS.ZS>
- Bendezu-Quispe G. *et al.*, “Percepción de los médicos que realizan el Servicio Rural y Urbano-Marginal de Salud en Perú sobre el primer nivel de atención”, *Revista Peruana de Medicina Experimental y Salud Publica*, vol. 37, núm. 4, 2020, pp. 636-644. <https://doi.org/10.17843/rpmesp.2020.374.5294>
- Constitución Política*, Perú, 1993.
- Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-109/02, Consideración y Fundamento 4.2*
- Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-109/02, Consideración y Fundamento 5.3*
- Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia T-109/12*, 2012, disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/T-109-12.htm>
- Corte Europea de Derechos Humanos, *Sentencia del Caso de Van Der Mussele v. Belgium* (Application núm. 8919/80), 1983. <https://compendium.itcilo.org/es/compendium-decisions/tribunal-europeo-de-derechos-humanos-van-der-mussele-c-belgica-solicitud-num-8919-80-23-de-noviembre-de-1983-serie-a-num-70>
- Cuba-Fuentes, María Sofía *et al.*, “Dimensiones claves para fortalecer la atención primaria en el Perú a cuarenta años de Alma Ata”, *Anales de la Facultad de Medicina*, vol. 79, núm. 4, 2018, pp. 346-350.
- García Sedano, Tania, “El concepto de Trabajo Forzoso en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 6, núm. 4, octubre-diciembre de 2018. https://ejcls.adapt.it/index.php/rldc_adapt/article/view/635/842
- Ley núm. 31307, *Nuevo Código Procesal Constitucional*, Perú.
- Mayta-Tristán, Percy *et al.*, “El requisito obligatorio del servicio social en salud del Perú: Discriminatorio e inconstitucional”, *Revista Peruana de Medicina Experimental y Salud Publica*, vol. 31, núm. 4, 2014, pp. 781 - 787.
- Mayta-Tristán, Percy *et al.*, “¿Existe la equidad injusta? Por la eliminación del requisito obligatorio del Serums”, *Revista Peruana de Medicina Experimental y Salud Publica*, vol. 32, núm. 1, 2015, pp. 195- 196. <https://rpmesp.ins.gob.pe/index.php/rpmesp/article/view/1597/1575>

- Mayta-Tristán, Percy, “El Serums: discriminatorio y mortal”, *Diario La República*, 2023. <https://larepublica.pe/opinion/2023/04/16/el-serums-discriminatorio-y-mortal-por-percy-maytatristan-1180512>
- Moya Peñafiel, Mervin J., “Servicio Social Obligatorio en Colombia: Incertidumbre de los recién graduados en medicina”, *Revista Médica Risaralda*, vol. 20, núm. 2, 2014, pp. 114-120.
- Mujica, Óscar J. *et al.*, “Sobre el impacto redistributivo del SERUMS en la disponibilidad de médicos en Perú”, *Revista Peruana de Medicina Experimental y Salud Pública*, vol. 32, núm. 1, 2015, pp. 193-194. <https://www.scielosp.org/pdf/rpmpesp/2015.v32n1/193-194/es>
- Neves Mujica, Javier, *Introducción al Derecho del Trabajo*, 4a. ed., Lima, Facultad de Derecho Pontificia Universidad Católica del Perú-Tarea Asociación Gráfica Educativa, 2018. <https://www.derechopenalened.com/libros/javier-nieves-introduccion-al-derecho-del-trabajo.pdf>
- Núñez, Manuel *et al.*, “Efecto del programa SERUMS en la equidad de la distribución de recursos humanos del primer nivel de atención en Perú”, *Anales de la Facultad de Medicina*, vol. 82, núm. 4, 2021, pp. 290-300. <https://doi.org/10.15381/anales.v82i4.22019>
- Organización de Estados Americanos, *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, 1969.
- Organización Internacional del Trabajo, *CO29—Convenio sobre trabajo forzoso*, núm. 29, 1930. https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C029
- Organización Internacional del Trabajo, *El costo de la coacción Informe del Director General Informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo*, 2009. [https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09374/09374\(2009-98\)100.pdf](https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09374/09374(2009-98)100.pdf)
- Saco, V., “El derecho a la Salud en el Derecho Internacional: Un Mínimo Común Denominador Universal y las obligaciones que de este emanan”, *Derecho y Sociedad*, núm. 35, 2010, pp. 305-312. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/13309/13934>
- Taype-Rondán Á. *et al.*, 2015. “Percepción de médicos recién egresados sobre las habilidades clínicas adquiridas durante el pregrado en Lima, Perú”,

Revista Médica de Chile, vol. 143, núm. 4, 2015, pp. 540-542. 10.4067/S0034-98872015000400019

Tribunal Constitucional del Perú, *Sentencia de fecha 05 de octubre de 2004*, recaída en el Expediente núm. 2016-2004-AA/TC, 2004. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/02016-2004-AA.pdf>

Tribunal Constitucional del Perú, *Sentencia de fecha 10 de agosto de 2021*, recaída en el Expediente núm. 00374-2017-PA/TC, 2021. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2021/00374-2017-AA.pdf>

Tribunal Constitucional del Perú, *Sentencia de fecha 23 de mayo de 2014*, recaída en el Expediente núm. 15-2013-PI/TC, 2021. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2014/00015-2013-AI.html>

Tribunal Constitucional del Perú, *Sentencia del Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional*, recaída en el Expediente núm. 00004-2010-PI/TC, 14 de marzo de 2011. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/00004-2010-AI.html>

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Sentencia 8919/80*, Caso Van Der Mussele [TEDH-50], 1983. <https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/docx/pdf?library=ECHR&id=001-165182&filename=CASE%20OF%20VAN%20DER%20MUSSELE%20v.%20BELGIUM%20%20%20%5BSpanish%20Translation%5D%20summary%20by%20the%20Spanish%20Cortes%20Generales.pdf&logEvent=False>

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Sentencia del TEDH*, recaída en Demanda núm. 21884/15 Asunto Chowdury y otros contra Grecia, 2017. https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaInternacional/TribunalEuropeo/Documents/1292429079733-Sentencia_Chowdury_y_otros_v_Grecia.pdf

**El buen vivir y la economía feminista
como alternativa al desarrollo**

The good living and the feminist economy
as an alternative to development

Le bien vivre et l'économie féministe comme
alternative au développement

César Alveiro Montoya Agudelo

 <https://orcid.org/0000-0002-2354-7346>

Universidad Cooperativa de Colombia. Colombia
Correo electrónico: cesar.montoyaag@campusucc.edu.com

Pastor Emilio Pérez Villa

 <https://orcid.org/0000-0003-4910-5084>

Universidad Cooperativa de Colombia. Colombia
Correo electrónico: pastor.perez@campusucc.edu.com

Ana Cristina Ortega Barro

 <https://orcid.org/0009-0000-7319-7893>

Universidad Nacional Autónoma de México. México
Correo electrónico: aortega@fca.unam.mx

Jhon Jaime Arango Benjumea

 <https://orcid.org/0000-0002-4036-3178>

Universidad Cooperativa de Colombia, Colombia
Correo electrónico: jhon.arangob@campusucc.edu.co

Víctor Hugo Uribe

 <https://orcid.org/0009-0002-0153-1922>

Universidad Cooperativa de Colombia. Colombia
Correo electrónico: victor.uribe@campusucc.edu.com

Recepción: 12 de agosto de 2022
Aceptación: 28 de junio de 2023

DOI: <https://doi.org/10.22201/ij.24487899e.2024.39.17243>

RESUMEN: Actualmente, a través del concepto de *buen vivir* (BV), se trata de avanzar en la construcción de un desarrollo más armónico con la vida y, plantear las causas estructurales que dan lugar a la desigualdad económica, social, política, cultural y de género. En este orden de ideas, surge la reflexión sobre cómo la discriminación afecta derechos individuales en general y de la mujer en particular; simultáneamente van surgiendo estrategias (propuestas) con perspectiva feminista en todos los territorios. De esta manera, las mujeres se coordinan y con la EF buscan que el centro sean las personas y la vida. El enfoque económico feminista suma a la práctica económica el estudio de las relaciones de género; esta visión es caracterizada por la interdiscipliniedad coherente con disciplinas como sociología, historia o antropología. Por lo mismo, se hace fundamental analizar estas dos concepciones a manera de alternativa al desarrollo. El objetivo es mostrar de forma sintetizada elementos medulares de la aportación del BV y la EF al desarrollo; procurando así coadyuvar a la discusión académica e investigativa.

Palabras clave: buen vivir, EF, desarrollo.

ABSTRACT: Currently, through the concept of *good living*, it is a question of advancing in the construction of a more harmonious development with life and, raising the structural causes that give rise to economic, social, political, cultural and gender inequality. In this order of ideas, reflection arises on how discrimination affects individual rights in general and women's rights in particular; strategies (proposals) with a feminist perspective are simultaneously emerging in all territories. In this way, women coordinate and with the feminist economy they seek to place people and life at the center. The feminist economic approach adds to economic practice the study of gender relations; This vision is characterized by interdisciplinarity consistent with disciplines such as sociology, history, or anthropology. For this reason, it is essential to analyze these two conceptions as an alternative to development. The objective is to show in a synthesized way core elements of the contribution of good living and the feminist economy to development; thus, trying to contribute to the academic and investigative discussion.

Keywords: good living, feminist economics, development.

RÉSUMÉ: Actuellement, à travers le concept de *bien vivre*, il s'agit d'avancer dans la construction d'un développement plus harmonieux avec la vie et, de relever les causes structurelles qui engendrent les inégalités économiques, sociales, politiques, culturelles et de genre. Dans cet ordre d'idées, se pose la réflexion sur la manière dont la discrimi-

mination affecte les droits individuels en général et les droits des femmes en particulier. Des stratégies (propositions) avec une perspective féministe émergent simultanément dans tous les territoires. De cette façon, les femmes coordonnent et avec l'économie féministe, elles cherchent à placer les personnes et la vie au centre. L'approche économique féministe ajoute à la pratique économique l'étude des rapports de genre. Cette vision se caractérise par une interdisciplinarité cohérente avec des disciplines comme la sociologie, l'histoire ou l'anthropologie. Pour cette raison, il est essentiel d'analyser ces deux conceptions comme une alternative au développement. L'objectif est de montrer de manière synthétisée les éléments essentiels de la contribution du bien-vivre et de l'économie féministe au développement ; essayant ainsi de contribuer à la discussion académique et d'investigation.

Mots clés: bien vivre, économie féministe, développement.

SUMARIO: I. *Subsistencia de la vida*. II. *Modelo(s) de desarrollo*. III. *Teorías feministas y el desarrollo*. IV. *Buen vivir-BV*. V. *Economía feminista-EF*. VI. *Metodología*. VII. *Análisis de resultados*. VIII. *Discusión*. IX. *Conclusión*. X. *Bibliografía*.

I. Subsistencia de la vida

Diferentes estudios han expuesto que actualmente nos encontramos en una crisis civilizatoria no sólo político-económica sino también ecológica y ética que, tal parece, nos está llevando a un inminente evento de auto-extinción como grupo humano. El BV irrumpe a manera de opción frente al enfoque del desarrollo basado en propiedad privada y mercado, es decir, desde diversos preceptos de acción, perfeccionamiento de culturas y aptitudes humanas que no se mantienen en mejora económica, superación utilitaria y desarrollo indefinido. Dichas significaciones se amparan en una cosmovisión donde el ser vive aislado de la naturaleza, teniendo como norte el interés personal sobre el colectivo-comunitario.¹

El enfoque se centra en plantear la prioridad de las personas, la naturaleza y no los mercados en el sistema social, político y económico. Este enfoque cambia el sentido y alcance de la palabra “crisis”, puesto que identifica como crisis las situaciones en las que se encuentran en compromiso procesos trascendentes

¹ Acosta, Carlos Andrés, *La ampliación ontológico-política del buen vivir/vivir bien como praxis transmoderna*, Brasil, Universidad Estatal de Campinas-UNICAMP, tesis doctoral, 2019.

para el mantenimiento de la vida,² y no cuando quiebran los mercados financieros. Partiendo de lo anterior se puede afirmar que está en crisis el modelo socioeconómico con su doctrina e ideología y no el mercado; dando lugar a buscar otros modelos de desarrollo donde predomine el BV en lugar del actual que profundiza la brecha entre los países, incrementa la pobreza, el desempleo, la desigualdad, la marginación y, lleva a la exclusión social; además, inutiliza el ambiente terminando con los bienes naturales y la biodiversidad agrícola. Todo lo anterior crea dificultades para el bienestar de los territorios, sus habitantes y la madre tierra.

En cada cultura se da una cosmogonía (origen) fruto de la correlación entre las personas y el entorno lo que muestra que existen diferentes modos de concebir y habitar la vida, es decir, podemos tener otras visiones de desarrollo diferente al modelo predominante; a este estilo de imaginar la existencia para vivirla, los indígenas quichuas, quechuas y aymaras del Ecuador y Bolivia, la denominan buen vivir, *sumak kawsay*, *suma qamaña* e implica un cambio civilizatorio.

Producto de la crisis civilizatoria, como consecuencia de la irracionalidad del modelo capitalista, surgen proyectos que refutan las relaciones de dominio y explotación, buscando el bienestar y obediencia a la “naturaleza”; con base en la reciprocidad como relación social esencial.³

Por lo general, la reciprocidad se plantea a partir de la antropología como representación evolucionista, puesto que se consideraba propia de las sociedades autóctonas y, se considera que prescribe. No obstante, la reciprocidad se mantiene como enlace social y fundamento de los vínculos sociales en una colectividad solidaria no capitalista. Razeto la define como una correlación plana entre individuos que forman agrupaciones con equidad, compromiso persistente que exige al colectivo a reconocer, frente a la comunidad y a terceros, por la asociación y por cada individuo.⁴

² Crespo Ordoñez, Carmen y Pérez Orozco, Amaia, *Subversión feminista de la economía. Aportes para un debate sobre el conflicto capital-vida*, España, Traficantes de Sueños, 2014.

³ López Córdova, Dania, “La reciprocidad como lazo social fundamental entre las personas y con la naturaleza en una propuesta de transformación societal”, en Marañón Pimentel, Boris (coord.), *Buen vivir y descolonialidad: crítica al desarrollo y la racionalidad instrumentales*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Económicas, 2014, p. 267.

⁴ Razeto Migliaro, Luis, “Solidaridad [concepto]”, en Salas Astrain, Ricardo (coord.), *Pen-samiento crítico latinoamericano. Conceptos fundamentales III*, Santiago, Ediciones Universidad Católica Silva Henríquez, 2005. www.luisrazeto.net/content/el-concepto-solidaridad

La reciprocidad está asentada en dar, recibir y devolver, en el que el don es un suceso social que envuelve al ser humano desde lo cultural, social, económico y político.

Sahlins, reconoce tres 3 tipologías de reciprocidad: 1) generalizada (altruismo, generosidad, filantropía, liberalidad), 2) equitativa (asociaciones y alianzas entre similares, con gratificación rápida y 3) nociva (entre iguales separados (engaño, timo, fraude)).⁵

Los nuevos proyectos de sociedad basadas en la reciprocidad entienden que ésta (reciprocidad) posee la confianza como elemento medular y la cooperación como actitud práctica. Dos de estos proyectos de desarrollo son el BV y la EF.

II. Modelo(s) de desarrollo

La noción de desarrollo descende del concepto europeo de progreso originario en la Grecia antigua y afianzado durante la Ilustración; este significado es polisémico, no existe un concepto único sobre el desarrollo en la economía y, se caracteriza por su heterogeneidad donde confluyen diversos esbozos; por lo anterior, se presentan diferentes teorías fundadas en variadas ideologías; observándose que es un término cambiante utilizado en función del contexto histórico en el cual está incorporado.

Actualmente hay diversidad de visiones teóricas económicas, pero sólo una con supremacía; entendiendo la economía como la ciencia que se enfoca en la retribución eficaz de los insuficientes recursos que tienen prácticas electivas y, pobreza como carencia de recursos y capacidades para hacer frente a las propias necesidades fundamentales.

Las teorías de Keynes le dan mayor valor al desarrollo, desde el punto de vista economicista. Por lo anterior, los estudios sobre desarrollo están interesados en el incremento económico sostenido a través del crecimiento de la capacidad productiva de los países mediante la tecnología y la industrialización; de esta manera el desarrollo se convierte en medible y cuantificable, convirtiendo el producto interno bruto (PIB) por persona o por individuo (per cápita) en el principal medidor del desarrollo y la riqueza de los países pasa a ser equivalente

⁵ Sahlins, Marshall, *Economía de la edad de piedra*, trad. de Emilio Muñiz y Erna Rosa Fondevila, España, Akal, 1974.

de bienestar, dejando a un lado la desigualdad y los gobiernos se encargan de la distribución de la renta.⁶

Tabla 1. Enfoques teóricos económicos

<i>Economía ortodoxa</i>	<i>Economía heterodoxa</i>
Producción e intercambio de mercancías	Economía política clásica
Escuela neoclásica	Economía marxista
El PIB sólo contabiliza lo que pasa por el mercado	Economía institucional
Crecimiento económico (incremento del PIB) imprescindible para el sistema capitalista	Escuela neorricardiana
	Escuela postkeynesiana
	Economía evolucionista
	Economía de desarrollo
	Economía social y solidaria
	No se cuestiona el objetivo: producción y distribución de mercancías
Posdesarrollo	Economía feminista
Buen vivir	Economía ecológica
Desarrollo humano	
Desarrollo sostenible	

FUENTE: elaboración propia, 2020.

Actualmente se plantea el debate en torno de cuál tipo de desarrollo se debe buscar, y de qué manera podemos medir el avance de éste; sin embargo, no se cuestiona su eficacia ante la transformación por mejorar el nivel de vida en un territorio.

⁶ Unceta Satrústegui, Koldo, “Desarrollo, subdesarrollo, maldesarrollo y postdesarrollo. Una mirada transdisciplinaria sobre el debate y sus implicaciones”, *Carta Latinoamericana*, núm. 7, abril de 2009, pp. 1-34.

La noción de desarrollo es precisada como el avance gradual de la economía hacia la optimización de los niveles de vida, vinculando a éste con progreso, crecimiento, evolución.⁷

Para el Instituto Hegoa,⁸ en su *Diccionario de educación para el desarrollo*, el significado de desarrollo adquiere notabilidad en la educación para el desarrollo puesto que la ética y valores son primordiales en el momento de concretar las prioridades. Continuando con esta definición, el desarrollo es una concepción histórica, su especificado cambia ajustado a las escuelas de pensamiento y a los valores de cada comunidad y época. El desarrollo es una categoría de futuro como visión y por lo tanto sus objetivos corresponden al resultado de un consenso participativo.

Con base en la Resolución sobre el Derecho al Desarrollo, de 1986, éste, para la ONGD,⁹ transcurre mediante el proceso integral, de variación económica, social, cultural y política, encaminada a la búsqueda del bienestar y garantía de los derechos y libertades primordiales de todos los sujetos.¹⁰ El desarrollo, según Amartya Sen, es un progreso en la propagación de libertades reales para los individuos.¹¹ Coraggio plantea que al desarrollo le corresponde contener el aumento de prácticas que personifiquen valores democráticos y solidarios.¹²

⁷ Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, 22a. ed., España, RAE, 2001.

⁸ Águila, R. et al., *Diccionario de educación para el desarrollo*. Bilbao, España, Hegoa, 2005.

⁹ ONGD: *Organizaciones no gubernamentales de desarrollo*.

¹⁰ Sotillo Lorenzo, José Ángel, *El sistema de cooperación para el desarrollo: actores, formas y procesos*, España, Instituto Universitario de Desarrollo y Cooperación, 2011.

¹¹ Sen, Amartya, *Desarrollo y libertad*, trad. de Esther Rabasco y Luis Toharia, Argentina, Editorial Planeta, 2000.

¹² Coraggio, José Luis, “Las políticas públicas participativas: ¿obstáculo o requisito para el desarrollo local?”, en Rofman, Adriana y Villar, Alejandro, *Desarrollo local. Una revisión crítica del debate*, Argentina, Editorial Espacio, 2006.

Tabla 2. Modelos alternativos de desarrollo

<i>Modelo</i>	<i>Conceptualización</i>
Desarrollo local	Desarrollo integral, que relaciona dimensión territorial, cultural, política y económica, examinando las fortalezas del territorio. Tiene algunos elementos centrales, como: dependencia local-global, culturas, centralidad, tejido social, desarrollo humano, participación, planificación y sostenibilidad.
Desarrollo endógeno	Acercamiento territorial al desarrollo desde el manejo de los recursos por parte de sus habitantes en la búsqueda de mejorar sus privaciones. Asume el conocimiento, tradiciones y costumbres de la región, la lógica del ejercicio político y los patrimonios como componentes. Aquí se hace necesario definir el concepto de territorio para impulsar este modelo de desarrollo.
Etno-desarrollo	Capacidad de edificar futuro, partiendo de enseñanzas y prácticas históricas, apoyado en recursos de su cultura; para lo cual debe plantear un proyecto basado en sus propios valores y pretensiones. En este modelo es fundamental el concepto de cultura propia, concebida a manera de dimensión social de disposición sobre los recursos culturales, reconociendo necesidades, dificultades y anhelos para solucionar.
Desarrollo comunitario	Este modelo se funda en el desarrollo de las personas desde el inicio de su participación en procesos que fomenten acciones que conduzcan al crecimiento y desarrollo; partiendo de que la comunidad es un sujeto dinámico, como las personas que la componen.

FUENTE: elaboración propia, 2021.

1. Desarrollo humano

Este enfoque germina en los años noventa, inspirado en el PNUD.¹³ Su cimiento se encuentra fundado en ampliar las potencialidades de individuos para adoptar su modo de vida; y, controvierte el hecho que el desarrollo este pendiente del crecimiento del capital material, sobresaliendo la categoría del trabajo que aporta los empleados (colaboradores); es decir, una visión de desarrollo centralizado en los individuos relevando el modelo centrado en los bienes.

¹³ PNUD: Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo.

Este desarrollo, para el PNUD, es la evolución de oportunidades personales que extiende desempeños y facultades humanas. El ámbito de este desarrollo abarca no sólo las capacidades esenciales para un horizonte de vida integro (salud, educación y acceso a recursos) sino que también incluye participación, seguridad, sostenibilidad, derechos humanos. En conclusión, este enfoque es un desarrollo de las personas por y para ellas.¹⁴ El concepto de bienestar va implícito en este desarrollo, como referencia mundial adaptable a cualquier persona en cualquier territorio; entendiendo el bienestar como estar al tanto para observar cuándo una persona posee ocasión para desplegar su capacidad como ser humano. El bienestar se basa en el potencial y la autonomía de las personas.

2. Desarrollo humano sostenible

Este término tiene su origen en el *Reporte Brundtland*, instrumento revelado en Río de Janeiro (1992), donde se precisaba que este desarrollo es competente para satisfacer necesidades actuales sin implicar las oportunidades de generaciones posteriores. Es un desarrollo que está en condiciones de compensar necesidades de los individuos y optimizar permanentemente sus contextos de vida, comenzando con una participación equitativa de posibilidades, manteniendo como fin el crecimiento de capacidades humanas. El desarrollo humano sostenible en su visión integra a la economía política, la ecología, etcétera. Dimensiones de cultura como un modelo de desarrollo. Su visión se indica mediante el IDH.¹⁵

¹⁴ Programa de Naciones Unidas Para el Desarrollo, *Informe sobre Desarrollo Humano*, Washington, ONU-PNUD, 2000.

¹⁵ IDH, *Índice de desarrollo humano*.

Tabla 3. Medición del desarrollo humano

<i>Elemento</i>	<i>Variable</i>	<i>Representa</i>
Riqueza	Ingreso per cápita (PIB)	Nivel digno de vida.
Educación	Escolaridad Alfabetización Matriculas	Capacidad para adquirir conocimientos
Salud	Esperanza de vida	Vida saludable y prolongada

FUENTE: elaboración propia basado en Informe sobre Desarrollo Humano, 2016.

A lo anterior, se agrega otros índices:

- 1) IDH por desigualdad: deduce volumen de la desigualdad.
- 2) Desarrollo de género: coteja ambos géneros con relación a valores del IDH.
- 3) Diferencia de género: observa como la mujer colabora en la vida personal y social, es decir, su empoderamiento.
- 4) Índice multidimensional de pobreza: registra escaseces en familias e individuos referentes a la salud, educación y calidad de vida.

En 2015, la Organización de Naciones Unidas (ONU) sancionó la Agenda 2030 con 17 objetivos, relacionados con el desarrollo sostenible, como una opción para lograr a futuro una vida mejor. Véase figura 1. Este desarrollo amplió libertades para que los sujetos alcancen el beneficio de posibilidades más provechosas; dichas libertades asumen dos perspectivas básicas:

- 1) Libertad de prosperidad particular (*freedom of well-being*), caracterizada por peculiaridades del estado de existencia (*functionings*) y evaluación del bienestar individual (*capabilities*).
- 2) Libertad de agencia (*freedom of agency*), interpretada a través de la palabra e independencia.

El desarrollo humano centra su interés en el patrimonio humano, en lugar del capital económico.

Tabla 4. Desarrollo humano - Enfoque analítico

<i>Libertades</i>	<i>Representada</i>	<i>Enfoque analítico</i>
Bienestar personal	Funcionamientos	Sucesos que un individuo valora al ser o hacer: felicidad, alimentación, salud, respeto, participación.
Bienestar personal	Capacidades	Combinaciones que se pueden lograr en el funcionamiento del ser o hacer.
De agencia	Voz y Autonomía	Potencial para hacer o lograr valoración cuando busca objetivos o valores.

FUENTE: elaboración propia basado en Informe sobre Desarrollo Humano, 2016.

Ilustración 1. Agenda 2030



FUENTE: elaboración propia, basado en los ODS, 2021.

III. Teorías feministas y el desarrollo

Las inferencias feministas demuestran el carácter androcéntrico de las teorías del desarrollo, indicando que la discriminación de género es un factor vigente en los conceptos y políticas de desarrollo; por lo cual aparecen estudios analizando las brechas hombres/mujeres para lo laboral y educativo, dichos estudios obligan a Estados y organismos internacionales a anexar la variable género en

las investigaciones.¹⁶ Las investigaciones han demostrado que ha existido discrepancia en los trabajos realizados por mujeres en lo laboral, las relaciones de género y la enculturación conservadora son causantes de la pérdida de trabajo de la mujer; estas percepciones excesivas y sintéticas conducen a estereotipos de género y se convierten en una de las causas del porque aún las mujeres siguen estando políticamente infrarrepresentadas. En los hogares, las mujeres han ocupado parte del trabajo no remunerado, pero necesario, para sostener a la sociedad en marcha, iniciando por las labores domésticas, de crianza y educación. Las mujeres por medio del activismo, en los últimos 40 años, han ganado un terreno valioso en materia de derechos, algo que ha consolidado su participación y visibilidad en espacios ciudadanos y políticos, aunque el avance es importante, el desafío sigue siendo mayor. Hay que pasar de la inclusión al reconocimiento.

Actualmente existen algunas teorías interrelacionadas sobre desarrollo con perspectiva feminista, tales como: la ecología política,¹⁷ etno-ecología,¹⁸ género y sostenibilidad¹⁹ estipulando la igualdad en el sentido de que todo ser humano, desde su creación, debe ser registrado como igual ante la ley, afianzada en identidad de género como jurisprudencia imprescindible, básica para edificar un planeta más pacífico, próspero y sostenible.

¹⁶ Cornago Prieto, Noé, “Desarrollo, subdesarrollo y postdesarrollo: un análisis crítico del debate contemporáneo”, *Cursos de derecho internacional y relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz*, Donostia, Universidad del País Vasco, 1997, pp. 39-88.

¹⁷ Gudynas, Eduardo, “La ecología política de la crisis global y los límites del capitalismo benévolo”, *Íconos. Revista de Ciencias Sociales*, núm. 36, enero de 2010, pp. 53-67.

¹⁸ Toledo, Víctor. M., “La memoria tradicional: la importancia agroecológica de los saberes locales”, *Leisa*, vol. 20, núm. 4, abril de 2005, pp. 16-20.

¹⁹ Meinzen-Dick, Ruth; Kovarik, Chiara y Quisumbing, Agnes, “Gender and sustainability”, *Annual Review of Environment and Resources*, vol. 39, octubre de 2014, pp. 29-55, <https://doi.org/10.1146/annurev-environ-101813-013240>.

Tabla 5. Teorías de desarrollo

<i>Teoría</i>	<i>Conocimiento científico y objeto de estudio</i>	<i>Principales protagonistas y conceptos claves</i>	<i>Actitud crítica frente al desarrollo</i>	<i>Preguntas del desarrollo</i>
Liberal	Positivista Sociedad Mercado Derechos	Individuos Instituciones Estado Mercado	Suscitar un desarrollo más igualitario	¿Cómo desarrollar la sociedad mediante capital-tecnología, Estado y personas?
Marxista	Realista Dialéctica Relaciones Sociales Ideologías	Clases sociales Movimientos sociales Estado Modos de producción Trabajo	Alinear justicia social y sostenibilidad al desarrollo	¿Cuál es la relación desarrollo e ideologías predominantes?
Postestructuralista	Interpretativa Constructivista Representación Argumentación Conocimiento Dominio	Comunidad en territorio Corrientes sociales ONG-Estado Lenguaje	Vincular la ética del discernimiento como praxis de liberación	¿Cómo Asia, África y Latinoamérica obtuvieron el título de subdesarrollados?

Fuente: Elaboración propia, basado en Escobar²⁰

En definitiva, el desarrollo, es una serie de doctrinas, en heterogéneas relaciones culturales, adecuadas a condiciones y escenarios políticos.²¹

²⁰ Escobar, Arturo, “El postdesarrollo como concepto y práctica social”, en Mato, Daniel, *Políticas de economía, ambiente y sociedad en tiempos de globalización*, Venezuela, Facultad de Ciencias Económicas y Sociales, Universidad Central de Venezuela, 2005, pp. 17-31.

²¹ Gudynas, Eduardo, “El postdesarrollo como crítica y el buen vivir como alternativa”, en Delgado Ramos, Gian Carlo (coord.), *Buena vida, buen vivir: imaginarios alternativos para el bien común de la humanidad*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Ciencias y Humanidades, 2024, pp. 61-97.

IV. Buen vivir-BV

El BV encierra diferentes procesos ontológicos del desarrollo registrado, inicialmente, en territorios indígenas Latinoamericanos y, emerge como una posibilidad para cimentar otro modelo de colectivos, centrado en la armonía y convivencia del individuo con la madre naturaleza. Ecuador y Bolivia, integraron esta perspectiva a la Constitución y a los planes de desarrollo. En Ecuador, se le conoce como *sumak kawsay*, del quechua ecuatoriano, y enuncia la idea de vida en plenitud, simplemente buena. En Bolivia, se conoce como *Suma Qamaña*, término del aymara boliviano que se traduce como buen convivir, expresando una sociedad buena y armónica para el territorio.²²

Otros pueblos indígenas tienen nociones similares como: los mapuches (Chile), guaraníes (Bolivia y Paraguay), que plantean la vida armoniosa (*Ñande Riko*) y vida buena (*Tiko Kavi*). En Panamá los nunas, en la Amazonía ecuatoriana (Achuar) y los maysa de Guatemala y México, la lengua maya tzeltal habla de la vida buena (*Lekil Kuxlejal*), muy vinculada a la paz, tanto interna cuanto en comunidad.²³

El BV, se entiende como un propósito político de vida a través del proceso de bienestar general buscando alcanzar la armonía y solidaridad mediante el fortalecimiento de una vida conforme con el hábitat y el universo; como una manera diferente de experimentar la existencia desde lo espiritual, político y económico. Es vivir con integridad; subsistir mejor con menos; disfrutar simplemente de la coexistencia con autonomía, independencia; además de la exclusión de voluntad como causante de praxis de libertad. La vida se presenta, en el BV, en aceptación con los seres, principios y componentes del ecosistema natural.

Siguiendo a Pérez Villa,²⁴ el BV lo encontramos, en América Latina, en países como Ecuador y Bolivia, basado en el derecho constitucional, producto del ejercicio de ciudadanos unido a la población indígena; en estas naciones lo

²² Tortosa, José María, *Sumak kawsay, suma qamaña*, Fundación Carolina, 2009, p. 3.

²³ Houtard, François, “El concepto de *sumak kawsay* (buen vivir) y su correspondencia con el bien común de la humanidad”, *Espacio Crítico*, Colombia, 2011.

²⁴ Pérez Villa, P. E., “Sala de Conocimiento UCC”, *Sala de conocimiento UCC*, 29 de septiembre de 2020, <https://www.ucc.edu.co/noticias/conocimiento/economia-administracion-contaduria/acercamientos-al-buen-vivir-en-un-mundo-en-pandemia>

ubican conectado con identidad, solidaridad, sostenibilidad y, se esboza como alternativa al desarrollo.

Para estas corrientes la vida es realizable cuando se vive y convive promoviendo cosmoconvivencia, autonomía y facultades de la naturaleza, pueblos y territorios; sin dejar a un lado discusiones, discrepancias socioeconómicas y el enfoque antropocéntrico. De tal manera que el BV no sólo es un modelo y proyecto académico-político; su eficacia radica en prácticas y usos implicando la ocasión de aprender de argumentos, praxis, testimonios y de cualidades y actitudes que desarrollan las personas. Basado en Acosta Espinosa²⁵ y Acosta y Martínez,²⁶ cuando hablamos de BV, este no se refiere al concepto occidental de felicidad, porque existe sostenido y respaldado bajo la cosmovisión originaria de sus pueblos, donde el mejoramiento social se entiende como categoría en construcción y recreación.

Para Bravo,²⁷ el desarrollo es una concepción en crisis y, el BV es una evaluación crítica a éste, de tal manera que el BV se presenta como una ruta para allanar la crisis.

El BV plantea diferentes opiniones que intentan alejarse de la modernidad y promueve, a la vez, la cosmoconvivencia, equilibrio y sus diferentes formas de exteriorizarlo; incluyendo, el cosmocimiento sentipensante. La búsqueda de dicha armonía no excluye los conflictos, problemas, compromisos sociales y los contrastes socioeconómicos, y tampoco descarta que vivimos y actuamos en el capitalismo, como sistema hegemónico bajo un modelo antropocéntrico.

Entre las tipologías del BV, tenemos:

- 1) Integralidad: sistémico entre los individuos, sus analogías, interconexiones e interdependencias. El todo en equilibrio es la existencia. A esta relación se la denomina cosmoconvivencia.

²⁵ Acosta Espinosa, Alberto, “El buen vivir, una oportunidad por construir”, *Ecuador Debate*, Ecuador, núm. 75, 2008, pp. 33-47. <http://hdl.handle.net/10469/4162>

²⁶ Acosta Espinosa, Alberto, “Solo imaginando otros mundos, se cambiará éste. Reflexiones sobre el buen vivir”, en Farah H., Ivonne y Vasapollo, Luciano, *Vivir bien ¿paradigma no capitalista?*, Bolivia, CIDES-UMSA Plural Editores, 2011, pp. 189-208.

²⁷ Larrea Maldonado, Carlos, y Greene, Natalia (coords), *Buen vivir como alternativa al desarrollo: una construcción interdisciplinaria y participativa*, Quito, Universidad Andina simón Bolívar, 2017.

- 2) Colectividad: todos tienen, como responsabilidad, el cuidado de la vida, es decir, a través de la vivencia en común, todos se preocupan por todos.
- 3) Complementariedad: no coexiste un ser superior a otro y así se evade el antagonismo. Todo se convierte en ayuda mutua.
- 4) Libertad y derechos de la naturaleza: esta posee y da vida, por consiguiente, el ejercicio o gestión del humano no debe deteriorar ni incitar a su destrucción.
- 5) Autonomías de las personas y los pueblos: causa la autodeterminación, cosmoconvivencia, cosmocimiento, reciprocidad y cuidado.
- 6) Tolerancia con el disenso: cada cultura, territorio posee un modo distinto de sentipensar y hacer de acuerdo con su cosmovisión. Debemos respetar esas diferencias para vivir bien.
- 7) Construcción colectiva del conocimiento: iniciamos de saberes previos, que provienen de praxis anteriores de los pueblos.
- 8) Vida en plenitud: desde lo anímico, emocional, físico y con el entorno.
- 9) Equilibrio con la naturaleza: vivir siendo equitativo e inclusivo.
- 10) Preserva la identidad: vida basada en valores transmitidos por generaciones y territorios.
- 11) Fomento del goce, alegría y sus diferentes modos de exclamarlo: Facilita situaciones, periodos para participar e intercambiar manifestaciones de artes, conocimientos y saberes.

El modelo capitalista se basa en el proceso a corto o largo plazo de maximización de las ganancias, en el lucro y la acumulación. En su lugar el BV plantea la reciprocidad como cualidad primordial; facilitando así un ejercicio económico más social y solidario, contrario a la libre competencia con especulación financiera. En el BV la economía se reencuentra con la naturaleza, para mantenerla y retornar a su valor de uso y no al valor de cambio. Para lo anterior, realiza un conjunto de fases sucesivas de viabilidad del derecho de ingreso a específicos bienes por fuera del mercado, basado en:

- a) Reciprocidad
- b) Redistribución
- c) Redimensionamiento del mercado

La reciprocidad como relación social contribuye a la coherencia y al incremento de la confianza mutua, beneficiando la equidad y las capacidades generales; favorece, la democracia y participación, extendiendo la facultad de decisión de los individuos y su empoderamiento.

En el BV se hacen realidad las atribuciones y facultades de la naturaleza, es decir, define la norma situacional de derechos políticos, sociales y ambientales que posibilita al ciudadano inmiscuirse en la política de un país; es decir, un ciudadano no individualizado, capaz de cuidar y defender la vida.

Tabla 6. Enfoques en la agricultura

<i>Agricultura sustentable-Enfoque agroecológico</i>	<i>Agricultura intensiva-Enfoque productivista</i>
Holístico a largo plazo	Reduccionista a corto plazo
Existen diferentes maneras de hacer agricultura	Una sola forma de hacer agricultura
Ética como valor fundamental	Ética como valor indefinido
Utiliza una óptica sistémica	Falta de una óptica sistémica
Concepto sustentable	Concepto productivista
Explora la ciencia y otras tipologías de conocimiento	Sólo reconoce el conocimiento científico
Empleo múltiple del territorio	Empleo exclusivo del territorio
Tecnologías de procesos	Tecnologías de insumos
Importancia en la tierra y entornos afines	Énfasis en el beneficio de escasos cultivos rentables
Adjunta el precio ambiental	No agrega el costo ambiental
Procedimientos múltiples con multiplicidad práctica	Sistemas simples con baja diversidad y alta productividad
Biodiversidad: modo de cultivo y fundamento de vida	Biodiversidad: fuente de genes

Fuente: elaboración propia, 2020.

Tabla 7. Modelo biocéntrico y antropocéntrico

<i>Biocéntrico</i>	<i>Antropocéntrico</i>
Es naturaleza	Separado del hábitat
Cultura no ajustada en rangos y en la censura de la sexualidad femenina	Patriarcal
Auto-eco-organización, contingencia, incredulidad	Manipulación, supremacía, vigilancia
Correlaciones horizontales	Analogías piramidales
Cooperar	Rivalizar
Solidaridad	Individualismo
Ser-estar	Tener
Ternura y autenticidad	Racionalidad
Holístico	Dualista
Eco-sistémico, síntesis	Reducción
Transdisciplinariedad	Análisis, particularidad
Subjetividad, múltiples racionalidades	Realismo, ideología personal
Tejido vital	Expone fenómenos naturales y vitales a través de leyes mecánicas del movimiento
Independencia, autonomía, libertad, soberanía	Dependencia
Respeto, inclusión, equidad, sustentabilidad	Explotación, exclusión y extinción

Fuente: Elaboración propia, 2020.

Finalmente, El BV es una noción de existencia en equilibrio con el entorno, entendido y completado no sólo con individuos, sino también con entes anímicos y el hábitat; concebido este último como la madre tierra denominada Pachamama. Cuando aceptamos la madre tierra como sustancia viva que da y multiplica, este hecho nos conduce a separarnos de las doctrinas europeas predominantes en las cuales se piensan las personas alejadas de la naturaleza y, toman la política simplemente a manera de una acción antropocéntrica. El BV

se mantiene basado en principios filosóficos aristotélicos y otros,²⁸ con el propósito de establecer y alinear políticas públicas, es decir, el BV es una opción al concepto de desarrollo.

El BV (*sumak kawsay*) fue restablecido por los indígenas a partir de la representación filosófica de vida afirmada en la búsqueda y mantenimiento de la armonía con la comunidad y con todos seres de la naturaleza.²⁹

Tabla 8. Buen vivir y bienestar

<i>Buen vivir</i>	<i>Bien estar</i>
Armonía interior (vivir coherentemente, acorde a convicciones y creencias)	Dispersión productiva para complacencia de necesidades
Acuerdo social (solidaridad entre personas y grupos sociales)	Participación y ecuanimidad
Solidaridad con la naturaleza	Prosperidad y transformación social

Fuente: Unceta.³⁰

En los debates se observa que sólo existe un punto de conexión entre el *bien estar* y el BV: el de las relaciones sociales. En ambos se revela la prevención por la fraternidad y solidaridad como prerrequisito para la vida. Concluimos resumiendo la divergencia en el discurso político:

²⁸ Acosta Espinosa, Alberto, “Solo imaginando otros mundos, se cambiará éste. Reflexiones sobre el buen vivir”, en Farah H., Ivonne y Vasapollo, Luciano, *Vivir bien ¿paradigma no capitalista?* Bolivia, CIDES-UMSA Plural Editores, 2011, pp. 189-208.

²⁹ Hidalgo-Capitán, Antonio Luis; Arias, Alexander y Ávila, Javier, “El pensamiento indigenista ecuatoriano sobre *sumak kawsay*”, en Hidalgo-Capitán *et al.*, *Antología del pensamiento indigenista ecuatoriano sobre sumak kawsay*, España, Centro de Investigación en Migraciones y PYDLOS, 2014, p. 359.

³⁰ Unceta Satrústegui, *op. cit.*

Tabla 9. Buen vivir y estado actual

<i>Buen vivir</i>	<i>Estado moderno</i>
Madre naturaleza como representación grecolatina, que evidencia la interdependencia entre humanos, demás especies y el planeta	Recursos naturales
Vivir en plenitud	Desarrollo Progreso
Ethos comunitario (comunalidad) Pretende el valor esencial de la existencia (biocentrismo)	Individualismo Antropocentrismo
Derechos colectivos de la tierra y el territorio	Derechos del sujeto
Cohabitan comunidades con sus culturas y rasgos sociales (plurinacionalidad)	Estado-nación
Organización social, apta para tolerar y adecuarse al ámbito capitalista, teniendo como soporte la reciprocidad y lo colectivo.	Capitalismo, socialismo, comunismo
Filosofía relacional	Ontología dual
Dimensión espiritual	Secularismo

FUENTE: elaboración propia basado en Giraldo.³¹

V. Economía feminista-EF ³²

La EF es una perspectiva económica que enjuicia los modelos tradicionales, puesto que éstos se inclinan por lo ser androcéntricos, basado en el concepto biológico de género. Para la EF el género, a diferencia del sexo, representa todo aquello que en mujeres y hombres es producto de procesos sociales y culturales. El género es una condición transdisciplinar relacionada a fisonomías y funciones psicológicas y socioculturales designadas a las mujeres y hombres en un determinado periodo histórico social.

³¹ Giraldo, Omar Felipe, “El desmoronamiento de la creencia en el Estado. Buen vivir y autonomía de los pueblos”, en Mora, Aura Isabel *et al.*, *Buenos vivires y transiciones: la vida dulce, la vida bella, la vida querida, la vida sabrosa, la vida buena, la vida plenitud: convivir en armonía*, Colombia, Corporación Universitaria Minuto de Dios–UNIMINUTO, 2020, p. 279.

³² Economía feminista: en adelante, en el texto EF.

La EF no es homogénea porque abarca numerosas escuelas económicas (neoclásica, marxista, etcétera), originarias de tradiciones feministas diversas (radical, liberal, socialista, etcétera). La EF está relacionada con disciplinas como: sociología, historia, antropología etcétera.

La fuerza de la EF radica en la exigencia por anexar las correlaciones de género, como variable importante, para definir el cómo opera la economía; para lo cual realiza reflexiones y análisis en los niveles: micro, meso y macro.

Históricamente las mujeres han protestado contra el orden patriarcal y de género, Este proceso busca la constitución del sujeto político-mujer; el cual parece ser necesario la participación política en relación con la identidad masculina dominante.

La EF radica en examinar la economía como disciplina con el fin de optimizar la posición económica de las mujeres.³³

Tabla 10. Surgimiento y evolución en el tiempo

<i>Época</i>	<i>Acontecimiento</i>
Siglo XIX (años 70 del siglo XX)	Crítica los modelos neoclásico y marxista, por su manera de considerar el escenario económico-social de las mujeres.
1930	Se agrega, en el estudio económico, causas de discrepancias salariales.
1970-1990	Importancia del feminismo en la investigación económica.
1960 y década de los 70	Discusión relacionada con la naturaleza del trabajo doméstico y su aplicación en la práctica económica
1980 y la década de los 90	En la Academia se empieza a hablar de la “teoría feminista”.
1990	Modelo de negociación.
1990	Conferencia Anual American Economic Association se admite, un panel específico sobre perspectivas económicas feministas.

³³ Strober, Myra. H., “La economía feminista y los conceptos de valor, eficiencia, escasez, egoísmo y competencia: implicaciones para la educación”, *Investigación económica*, vol. 61, núm. 236, abril-junio de 2001, pp. 77-91. http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0185-16672001000200077&lng=es&nrm=iso

1992	Surge la Asociación Internacional de Economía Feminista (IAFFE, por sus siglas en inglés).
------	--

FUENTE: elaboración propia, 2021.

Tabla 11. Corrientes de género en la economía

Economía de género	Demanda la inserción de la mujer en el estudio de argumentaciones androcéntricas sin controvertirlos. Se contempla como un subconjunto de la economía ortodoxa.
Economía feminista de la conciliación	Reconoce posible relacionar arquetipos androcéntricos con transformaciones demandantes de aceptación de representación feminista.
Economía feminista de ruptura	Cuestiona las bases de las proclamas androcéntricas, en lo epistemológico, conceptual y metodológico.

FUENTE: elaboración propia basado en Pérez Orozco.³⁴

Tabla 12. Peculiaridades de la EF

<i>Peculiaridades</i>
Nueva forma para examinar la ciencia económica. No se queda únicamente en las problemáticas de género.
La sostenibilidad de la vida y no los mercados, es el eje.
La propagación de la vida y no la riqueza es el objetivo del ejercicio económico.
Para asegurar y reproducir la vida, la asignación no es la prevención, sino la provisión.
Tiene como interés central el debate distributivo buscando la equidad socioeconómica.

³⁴ Pérez Orozco, Amaia, “Economía del género y economía feminista ¿conciliación o ruptura?”, *Revista Venezolana de Estudios de la Mujer*, vol. 10, núm. 24, enero-junio de 2005, pp. 43-64.

Desde lo epistemológico y metodológico critica las conjeturas neoclásicas en relación con las peculiaridades del homo economicus e incorpora magnitudes no percibidas por el enfoque ortodoxo de la economía.

Hace énfasis en la producción/reproducción, añadiendo percepciones como: segmentación sexual del empleo, estructura social del cuidado, economía del cuidado, etcétera.

FUENTE: elaboración propia basado en Rodríguez Enríquez.³⁵

En definitiva, la EF aporta desde la economía, en los últimos años, una mirada diferente retando los principios consabidos, exteriorizando dimensiones del contexto intangible, demandando acciones específicas hacia un fin concreto para innovación de la actividad económica con alcance igualitario. El ejercicio económico, para la EF, es el modo de organización compleja de los seres humanos para avalar su conservación.³⁶

1. Algunos aportes de la EF

- 1) Reconstrucción social económica y deconstrucción de la economía ortodoxa.
- 2) Economía fundada en la vida humana.
- 3) Reprobación de estereotipos en los enfoques habituales de comportamiento económico de agentes individuales y su interrelación en los mercados.
- 4) Investigación de la ocupación femenina e igualdad de beneficios en el mercado laboral.
- 5) Inserción de otras disciplinas al estudio económico.

³⁵ Rodríguez Enríquez, Corina, “Economía feminista y economía del cuidado. Aportes conceptuales para el estudio de la desigualdad”, *Nueva Sociedad*, núm. 256, marzo-abril de 2015, pp. 30-44, www.nuso.org

³⁶ Power, Marilyn, “Social provisioning as a starting point for feminist economics”, *Feminist Economics*, vol. 10, núm. 3, february 2004, pp. 3-19, <https://doi.org/10.1080/1354570042000267608>

VI. Metodología

En esta investigación se pretende describir y analizar el fenómeno del BV y la economía feminista como alternativa de desarrollo a partir de cinco dimensiones denominadas subsistencia de vida, modelos de desarrollo, equidad y desarrollo, BV y economía de la mujer. A partir de dichas dimensiones se construyó una encuesta como instrumento de recolección de la información en una escala Likert donde 1 muy en desacuerdo, 2 en desacuerdo, 3 de acuerdo y 4 muy de acuerdo. Con una escala de medición ordinal, la operacionalización de las dimensiones fue la siguiente:

Tabla 13. Dimensiones e ítems del instrumento de información

<i>Dimensión</i>	<i>Ítem</i>	<i>Medición</i>
Subsistencia de vida	Mi organización tiene políticas sustentables de la naturaleza	Ordinal
	Nuestros salarios permiten tener los niveles básicos de subsistencia	Ordinal
	Mi organización brinda apoyo a las mujeres en estado de gestación y lactancia	Ordinal
	En mi organización hay apoyo para madres cabeza de familia	Ordinal
	En mi organización hay apoyo para la convivencia familiar	Ordinal
Modelos de desarrollo	Considero que el Estado debe intervenir en las crisis económicas	Ordinal
	Mi organización tiene políticas relacionadas con el desarrollo tecnológico	Ordinal
	Considero que el desarrollo tecnológico genera desplazamiento de mano de obra	Ordinal
	Considero que las organizaciones sociales brindan más oportunidades laborales para la mujer	Ordinal
	Siento que en mi organización he tenido un mejor desarrollo personal y profesional	Ordinal

Equidad y desarrollo	En mi organización me he sentido discriminada por ser mujer	Ordinal
	En mi organización por ser mujer es más difícil ascender laboralmente	Ordinal
	En mi organización los salarios son equitativos entre hombre y mujeres	Ordinal
	En mi organización se respetan mis opiniones e ideologías	Ordinal
	En mi organización se apoya la participación de las mujeres en movimientos sociales	Ordinal
Buen vivir	En mi organización se fomenta el respeto hacia las mujeres	Ordinal
	En mi organización se promueve la solidaridad y equidad	Ordinal
	En mi organización se promueve el equilibrio entre lo laboral, lo social y lo familiar	Ordinal
	En mi organización se promueve la capacitación y formación	Ordinal
	En mi organización existe relación entre la formación y cargo desempeñado	Ordinal
Economía de la mujer	En mi organización las mujeres ocupan cargos directivos	Ordinal
	En mi organización las decisiones administrativas tomadas por mujeres son respetadas	Ordinal
	En mi organización se brinda acceso a las mujeres a la seguridad social	Ordinal
	En mi organización se fomenta el empoderamiento de la mujer	Ordinal
	Considero que las organizaciones sociales fomentan más el emprendimiento de la mujer	Ordinal

FUENTE: Elaboración propia

La población encuestada fueron 145 mujeres que laboran en diversos tipos de organizaciones solidarias, de las cuales 59 están ubicadas en la ciudad de México y 86 en la ciudad de Medellín.

La confiabilidad del instrumento se midió con el Alfa de Cronbach en una escala de 0 a 1, cuyos valores cercanos a 1 indican que el instrumento es confia-

ble para realizar análisis estadísticos³⁷. El Alfa de Cronbach que se obtuvo fue de 0.921, mostrando una confiabilidad alta del instrumento. Para determinar la condición de normalidad del instrumento de observación se utilizó la prueba de Kolmogorov-Smirnov la cual a través del criterio de significancia estadística p-valor menor o igual a 0.05, permite establecer que valores inferiores no cumplen la condición de normalidad, es decir, que no existe discrepancia entre la distribución teórica y la distribución empírica³⁸. En efecto, los resultados obtenidos no cumplen con la condición de normalidad debido a que el p-valor obtenido fue menor a 0.05.

En consecuencias, las pruebas de correlación entre las dimensiones se realizaron mediante pruebas no paramétricas, las cuales permiten mayor libertad en el tratamiento de los datos estadísticos y cumplen una función similar a las pruebas paramétricas propias de una distribución normal.

Las pruebas de adecuación muestral se realizaron mediante la prueba de Kaiser-Meyer-Olkin (KMO) y de esfericidad de Barlett para determinar la viabilidad de la matriz de correlaciones. Un KMO cercano a 1 indica una buena correlación entre las dimensiones y un Chi-Cuadrado relativamente bajo y un p-valor inferior a 0.05 indican que las dimensiones de pueden factorizar de manera eficiente (prueba de Barlett).

Tabla 14. Prueba KMO y prueba de Barlett

<i>Prueba de KMO y Bartlett</i>		
Medida Kaiser-Meyer-Olkin de adecuación de muestreo		,850
Prueba de esfericidad de Bartlett	Aprox. Chi-cuadrado	1974,706
	G1	300
	Sig.	,000

FUENTE: elaboración propia a partir de resultados estadísticos.

³⁷ Cupani, Marcos, “Análisis de ecuaciones estructurales: conceptos, etapas de desarrollo y un ejemplo de aplicación”, *Revista Tesis: Facultad de Psicología*, vol. 2, núm. 1, 2012, pp. 186-199.

³⁸ Pedrosa, Ignacio; Suárez, Javier y García, Eduardo, “Evidencias sobre la validez de contenido: avances teóricos y métodos para su estimación”, *Acción psicológica*, vol. 10, núm. 2, 2014, pp. 3-20. doi:10.5944/ap.10.2.11820

El KMO obtenido de 0.821 muestra una buena correlación entre las variables el Chi-cuadrado de 1974,706 y el p-valor de 0.000 (prueba de Barlett) indican que las dimensiones se pueden factorizar para realizar análisis estadísticos.

La factorización de las dimensiones se hizo mediante el método de extracción de mínimos cuadrados no ponderados y el método de rotación varimax, los cuales se adaptan mejor a pruebas no paramétricas para dimensiones que no cumplen la condición de normalidad. Como resultado se obtuvo que el 57.472% de la varianza total es explicada por seis factores que reagruparon los ítems de las dimensiones por homogeneidad de las varianzas. Si bien hay pesos de factores menores entre las dimensiones, no se elimina ninguno de los ítems debido a que presentan correlaciones aceptables con las variables agrupadas. Las concentraciones de las varianzas se presentan en la siguiente tabla.

Tabla 15. Matriz de factor rotado

<i>Matriz de factor rotado</i>						
	Factor					
	1	2	3	4	5	6
<i>Dimensión Subsistencia de Vida</i>						
Mi organización tiene políticas sustentables de la naturaleza	,466					
Nuestros salarios permiten tener los niveles básicos de subsistencia	,535					
Mi organización brinda apoyo a las mujeres en estado de gestación y lactancia	,573					
En mi organización hay apoyo para madres cabeza de familia	,753					
En mi organización hay apoyo para la convivencia familiar	,668					
<i>Dimensión modelos de desarrollo</i>						
Considero que el Estado debe intervenir en las crisis económicas	,605					
Mi organización tiene políticas relacionadas con el desarrollo tecnológico	,483					

Considero que el desarrollo tecnológico genera desplazamiento de mano de obra		,346			
Considero que las organizaciones sociales brindan más oportunidades laborales para la mujer					,766
Siento que en mi organización he tenido un mejor desarrollo personal y profesional					,514
<i>Dimensión equidad y desarrollo</i>					
En mi organización me he sentido discriminada por ser mujer			,775		
En mi organización por ser mujer es más difícil ascender laboralmente			,755		
En mi organización los salarios son equitativos entre hombre y mujeres				,449	
En mi organización se respetan mis opiniones e ideologías				,656	
En mi organización se apoya la participación de las mujeres en movimientos sociales				,683	
<i>Dimensión buen vivir</i>					
En mi organización se fomenta el respeto hacia las mujeres		,469			
En mi organización se promueve la solidaridad y equidad		,616			
En mi organización se promueve el equilibrio entre lo laboral, lo social y lo familiar		,726			
En mi organización se promueve la capacitación y formación		,802			
En mi organización existe relación entre la formación y cargo desempeñado		,762			
<i>Dimensión economía de la mujer</i>					
En mi organización las mujeres ocupan cargos directivos			,468		
En mi organización las decisiones administrativas tomadas por mujeres son respetadas			,760		

En mi organización se brinda acceso a las mujeres a la seguridad social			,588			
En mi organización se fomenta el empoderamiento de la mujer			,770			
Considero que las organizaciones sociales fomentan más el emprendimiento de la mujer			,592			
Método de extracción: cuadrados mínimos no ponderados. Método de rotación: Varimax con normalización Kaiser.						
a. La rotación ha convergido en 7 iteraciones.						

FUENTE: elaboración propia a partir de resultados estadísticos

Con respecto a las correlaciones no paramétricas y la escala ordinal se utilizaron la correlación Tau-b de Kendall que mide la intensidad de relación entre las dimensiones y la correlación D de Somers que mide asociación entre las dimensiones. Ambos estadísticos de correlación arrojan valores entre -1 y +1, indicando correlaciones inversas o directas, respectivamente. Valores cercanos a 1 indican correlaciones fuertes entre las dimensiones objeto de estudio.

Tabla 16. Correlaciones no paramétricas Tau-b de Kendall y D de Somers

<i>Correlaciones no paramétricas</i>						
<i>Tau- b de Kendall y D de Somers</i>						
	D1	D2	D3	D4	D5	TO
D1. Subsistencia de vida	1,000					
D2. Modelos de desarrollo	,504**	1,000				
D3. Equidad y desarrollo	,473**	,484**	1,000			
D4. Buen vivir	,286**	,471**	,330**	1,000		
D5. Economía de la mujer	,293**	,364**	,448**	,308**	1,000	
TO. Buen vivir, economía y desarrollo	,621**	,699**	,684**	,544**	,547**	1,000
La correlación es significativa en el nivel 0,01 (bilateral).						

FUENTE: elaboración propia a partir de resultados estadísticos.

Según los resultados de la tabla anterior, las dimensiones que mejor explican el fenómeno de investigación, es decir, el BV y la economía feminista como alternativa de desarrollo (TO), son los Modelo de desarrollo (48.9 %), Equidad y desarrollo (46.8 %) y Subsistencia de vida (38.6 %), y en menor proporción Economía de la mujer (29.9 %) y BV (29.6 %).

La mayor correlación y asociación que explican el fenómeno de investigación se da entre las dimensiones subsistencia de vida y modelos de desarrollo ($0.5042 = 25.4\%$), seguido de modelos de desarrollo y equidad y desarrollo (23.4 %), subsistencia de vida y equidad y desarrollo (22.4 %), modelos de desarrollo y BV (22.2 %) y equidad y desarrollo y economía de la mujer (20.1 %). Una menor correlación y asociación se da entre las dimensiones modelos de desarrollo y economía de la mujer (13.2 %), equidad y desarrollo y BV (10.9 %), BV y economía de la mujer (9.5 %), subsistencia de vida y economía de la mujer (8.6 %) y subsistencia de vida y BV (8.2 %). No existen correlaciones y asociaciones negativas, lo cual indica que las dimensiones explican estadísticamente de manera directa el fenómeno de investigación relacionado con el BV y la economía feminista como alternativa de desarrollo.

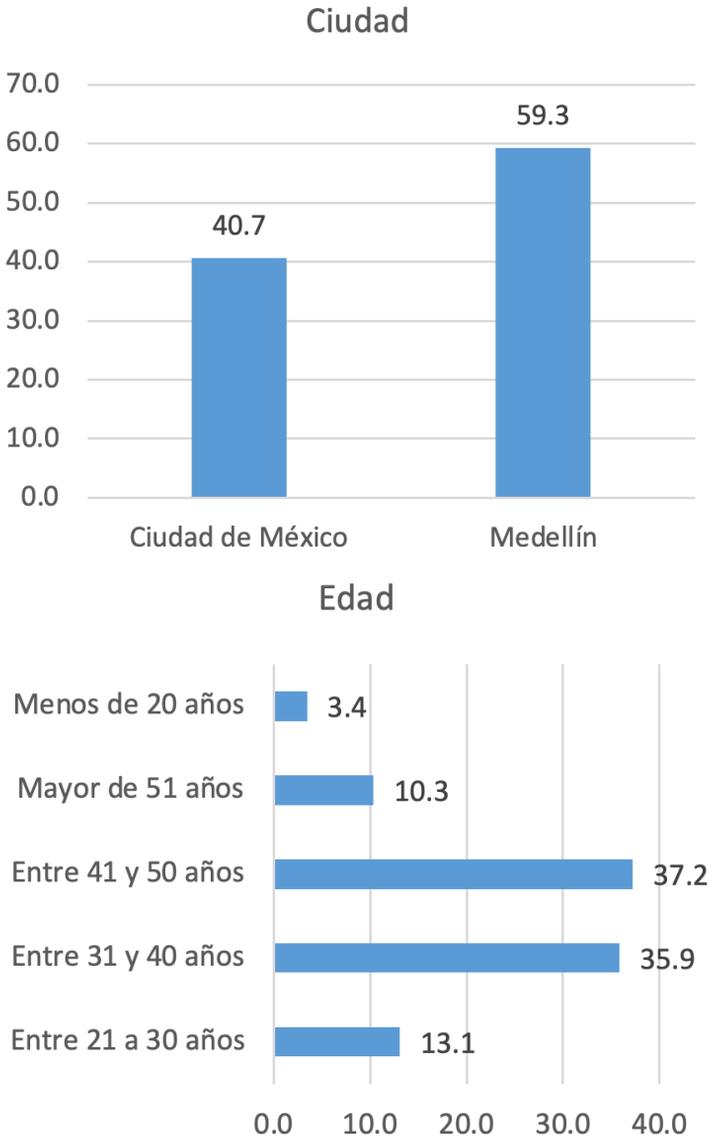
VII. Análisis de resultados

A continuación, se presentan los resultados del instrumento de observación aplicado a mujeres que laboran en organizaciones solidarias en Ciudad de México y Medellín. Inicialmente, se presentan los resultados demográficos seguidos por los resultados obtenidos de las cinco variables de estudio las cuales se han denominado como: 1) subsistencia de la vida, 2) modelos de desarrollo, 3) equidad y desarrollo, 4) BV y 5) economía de la mujer.

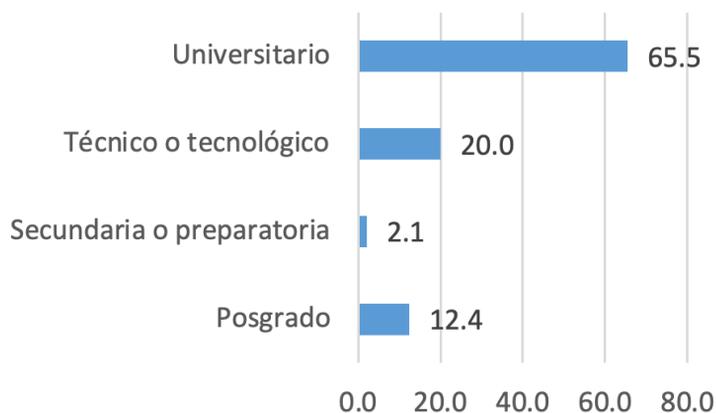
1. Información demográfica

Con respecto a la ubicación de la población encuestada el 40.7% corresponde a la Ciudad de México y el 59.3% corresponde a la ciudad de Medellín.

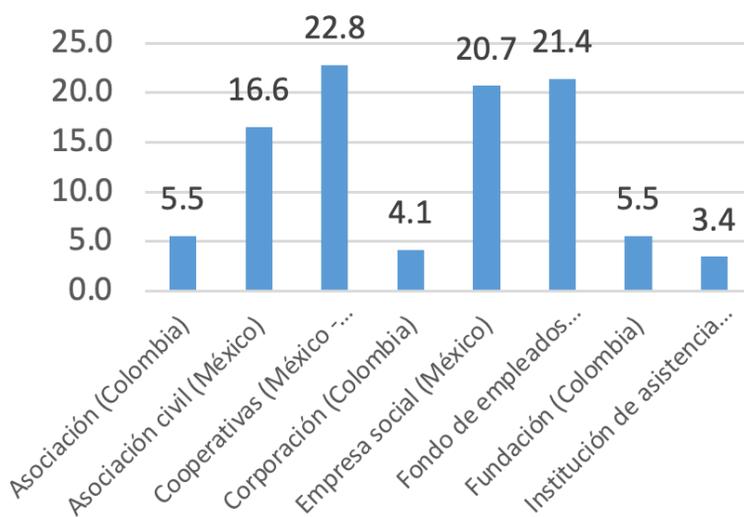
Ilustración 2. Estadísticos de información demográfica



Nivel formativo



Organización solidaria en que labora



FUENTE: elaboración propia a partir de resultados de investigación.

Con respecto a la edad, la mayor población está concentrada en el rango de 41 y 50 años (37.2 %), seguido del rango de 31 a 40 años (35.9 %). Lo cual podría indicar una población significativa en experiencia y familiarizada con la situación objeto de estudio.

En relación con el nivel formativo, la mayor representación de la población encuestada está en el nivel universitario (65.5 %), seguido muy por debajo del nivel técnico o tecnológico (20.0 %). Esto muestra un nivel creciente del nivel de profesionalización de las mujeres en las organizaciones solidarias.

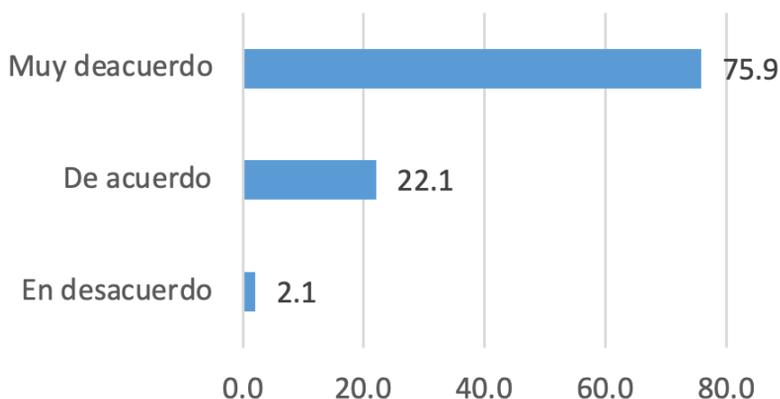
En cuanto a la organización en la que laboran la población encuestada, el mayor porcentaje está en cooperativas de México y Colombia (22.8 %), fondos de empleados de Colombia (21.4 %), empresa social de México (20.7 %) y asociación civil de México (16.6 %). Cada vez es mayor el reconocimiento que se le hacen a las organizaciones solidarias en su participación en el desarrollo económico y social de los países de la región.

2. Dimensión subsistencia de vida

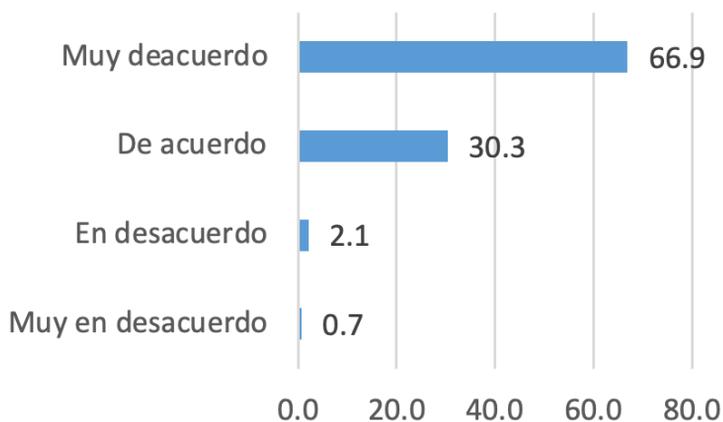
En la dimensión subsistencia de la vida se indagó por las políticas sustentables de la organización solidaria, la relación de los salarios con los niveles básicos de subsistencia, el apoyo a las mujeres en estado de gestación y lactancia, el apoyo a las madres cabeza de familia y el apoyo a la convivencia familiar de las organizaciones solidarias en las cuales laboran las mujeres encuestadas.

Ilustración 3. Estadísticos de subsistencia de vida

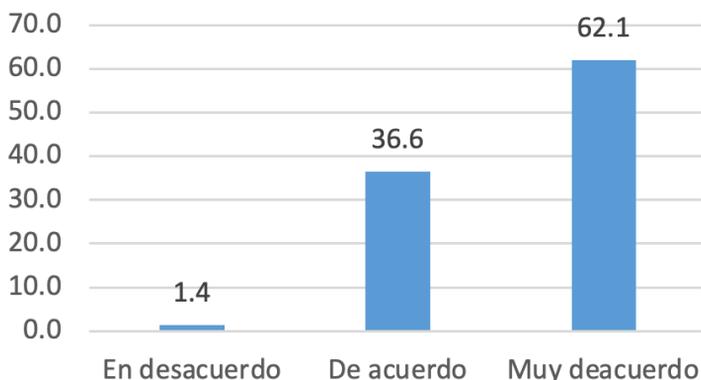
Mi organización tiene políticas sustentables de la naturaleza



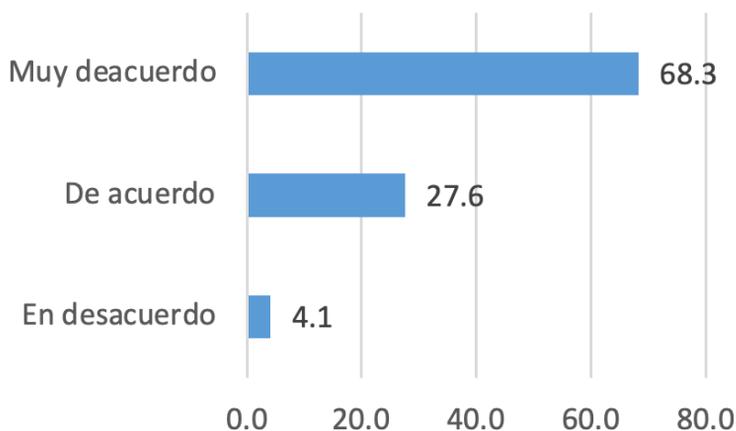
Nuestros salarios permiten tener los niveles básicos de subsistencia



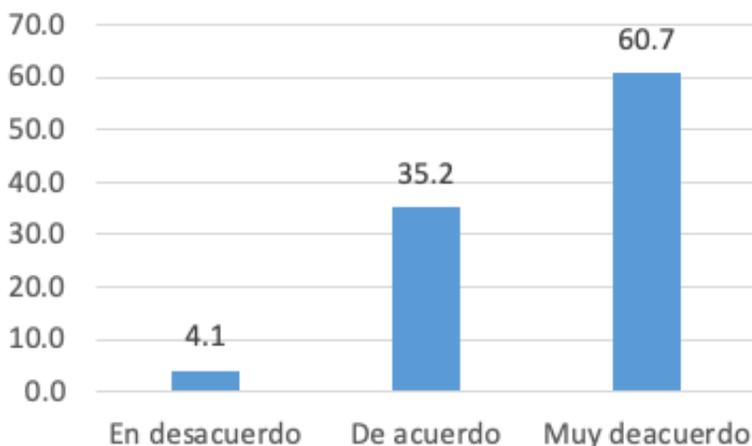
Mi organización brinda apoyo a las mujeres en estado de gestación y lactancia



En mi organización hay apoyo para madres cabeza de familia



En mi organización hay apoyo para la convivencia familiar



FUENTE: elaboración propia a partir de resultados de investigación.

El 75.9% de las encuestadas está muy de acuerdo con que en la organización solidaria hay políticas sustentables, lo que se puede traducir en mayor conciencia sobre el cuidado de la naturaleza. El 66.9% de las encuestadas manifiesta estar muy de acuerdo con que los salarios recibidos en las organizaciones solidarias permiten cubrir las necesidades básicas. Así mismo, el 62% de las encuestadas manifiesta que la organización solidaria brinda apoyo a las mujeres en estado de gestación y lactancia. Esto es una condición que se puede traducir en la dignificación de la mujer en su condición de madre gestante. En similar sentido, el 68.3% de las mujeres encuestadas manifiesta que la organización solidaria apoya a las madres cabeza de familia. Y el 60.7% manifiesta que la organización solidaria apoya la convivencia familiar.

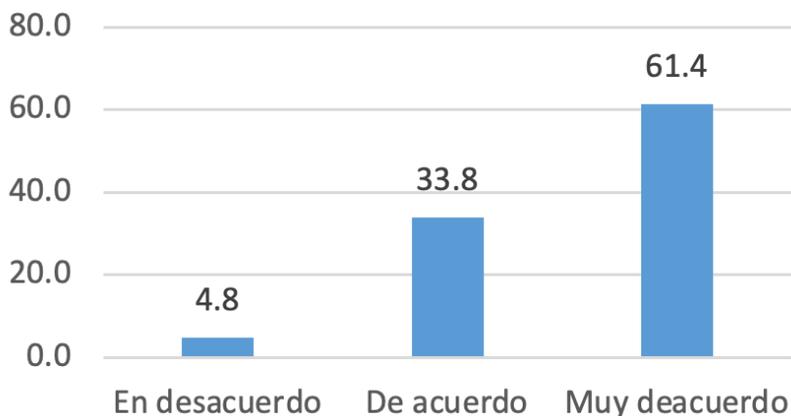
3. Dimensión modelos de desarrollo

En la dimensión modelos de desarrollo se indagó si el Estado debía intervenir las crisis económicas, si la organización solidaria tiene políticas relacionadas con el desarrollo tecnológico, si dicho desarrollo tecnológico ha generado desplazamiento de la mano de obra, si las organizaciones solidarias brindar mayores oportunidades laborales a la mujer y si las mujeres encuestadas sienten que en su organización solidaria han tenido un mejor desarrollo personal y profesional.

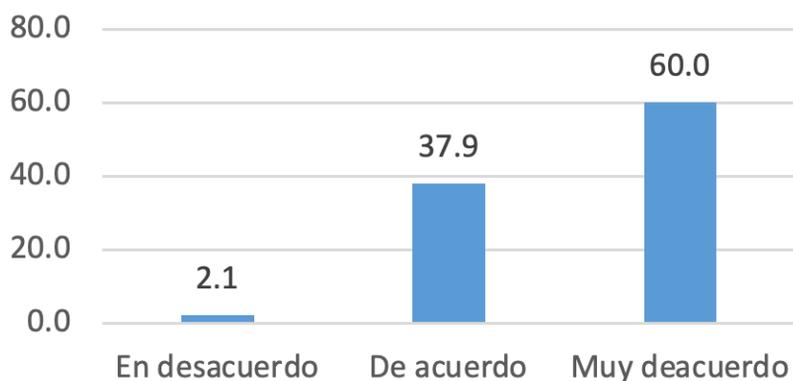
Ilustración 4. Estadísticos de modelos de desarrollo



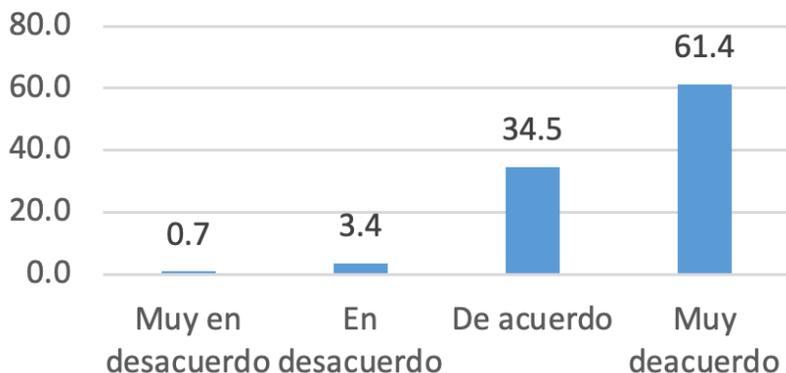
Mi organización tiene políticas relacionadas con el desarrollo tecnológico



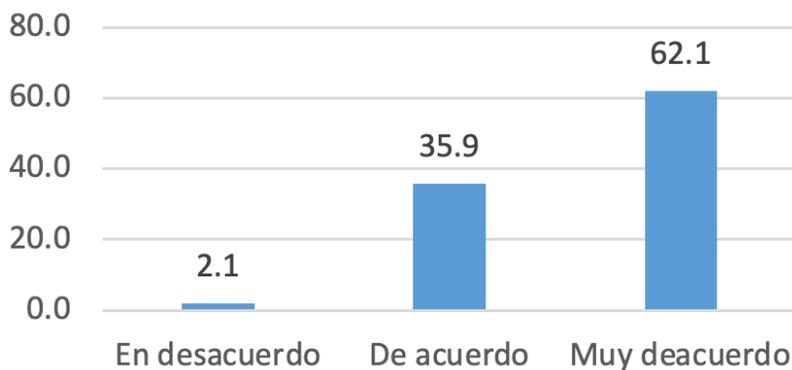
Considero que el desarrollo tecnológico genera desplazamiento de mano de obra



Considero que las organizaciones sociales brindan más oportunidades laborales para la mujer



Siento que en mi organización he tenido un mejor desarrollo personal y profesional



FUENTE: elaboración propia a partir de resultados de investigación

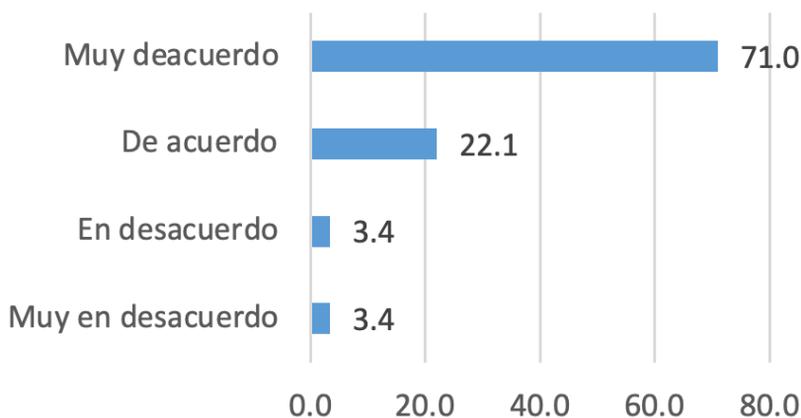
Con respecto a si el Estado debe intervenir las crisis financieras, el 78.6% de las encuestadas manifiestan estar muy de acuerdo. Por su parte, el 61.4% de las mujeres encuestadas expresan estar muy de acuerdo con que la organización solidaria tiene políticas relacionadas con el desarrollo tecnológico, a la vez que el 60.0% de las encuestadas manifiestan que dicho desarrollo tecnológico ha generado desplazamiento de mano de obra en la organización solidaria. Así mismo, el 61.4% de las encuestadas considera que estar muy de acuerdo con que las organizaciones solidarias brindan más oportunidades laborales a las mujeres. En idéntico sentido, el 62.1% las mujeres encuestadas manifiestan estar muy de acuerdo en sentir que en la organización solidaria en la cual laboran han podido tener un desarrollo personal y profesional. De esto se puede inferir, que la mayor aceptación de la mujer en las organizaciones solidarias puede deberse en parte a su filosofía de anteponer el trabajo y el individuo a la generación de riqueza.

4. Dimensión equidad y desarrollo

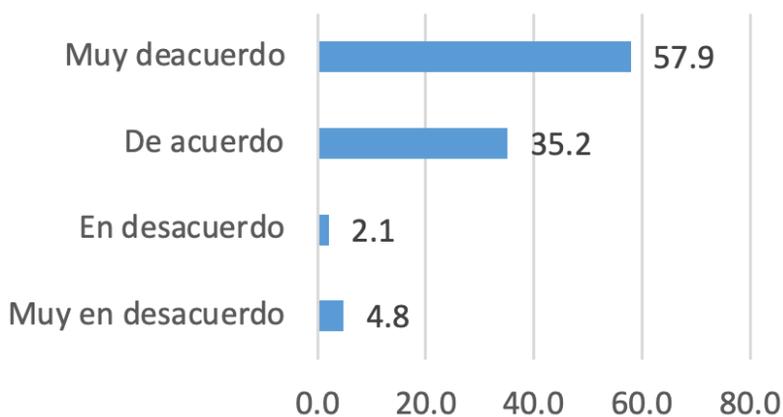
En la dimensión equidad y desarrollo se indagó si en la organización solidaria hay discriminación por la condición de ser mujer, si por ser mujer es más difícil ascender laboralmente, si los salarios son equitativos entre hombres y mujeres, si se respetan las opiniones e ideologías de las mujeres y si se apoya la participación de las mujeres en movimientos sociales.

Ilustración 5. Estadísticos de equidad y desarrollo

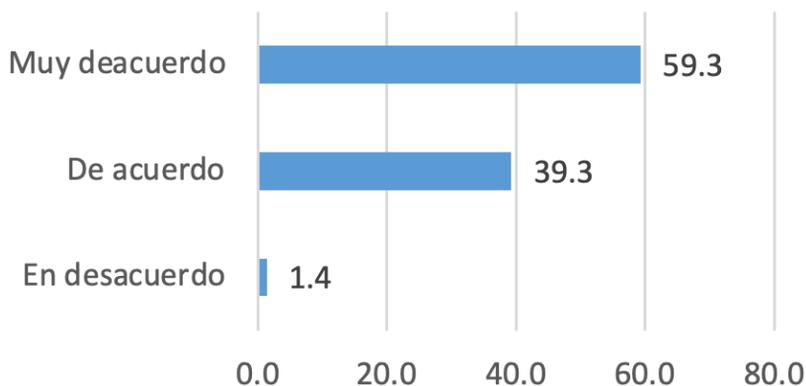
En mi organización me he sentido discriminada por ser mujer



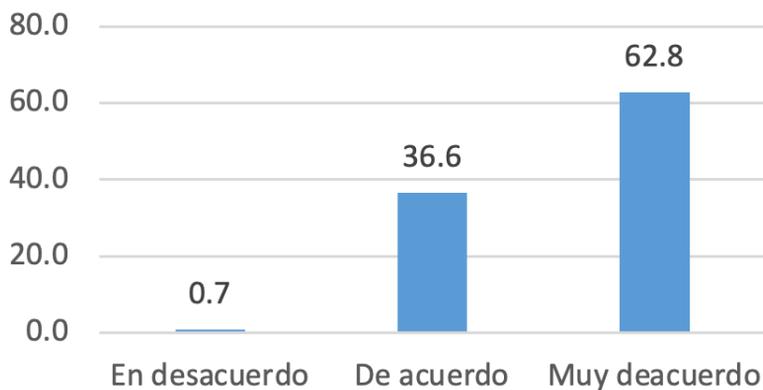
En mi organización por ser mujer es más difícil ascender laboralmente



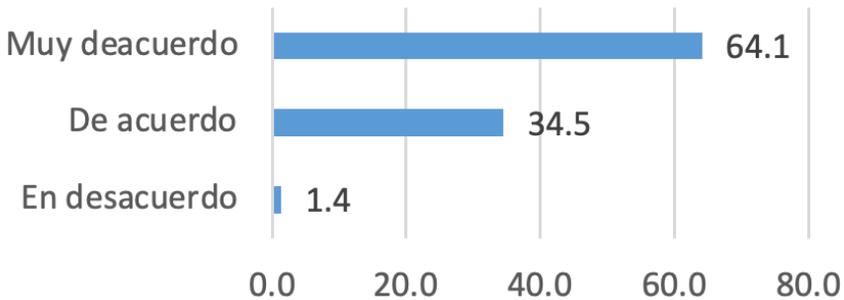
En mi organización los salarios son equitativos entre hombre y mujeres



En mi organización se respetan mis opiniones e ideologías



En mi organización se apoya la participación de las mujeres en movimientos sociales



FUENTE: elaboración propia a partir de resultados de investigación.

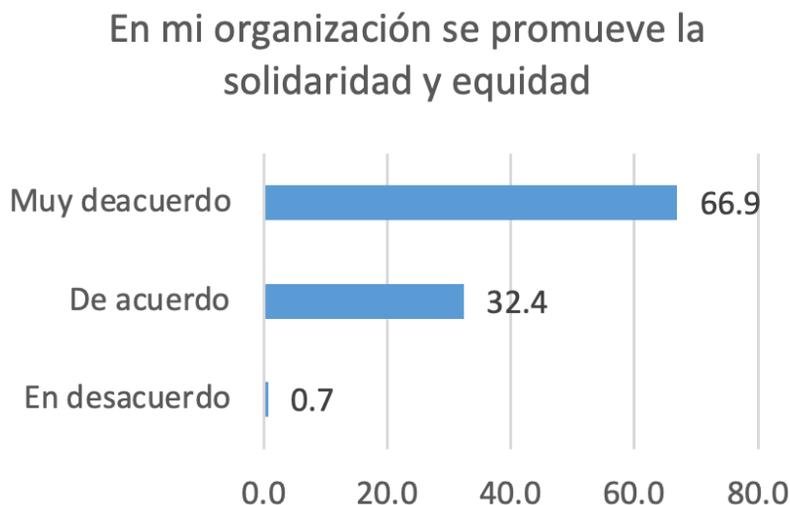
El 71.0% de las mujeres encuestadas está muy de acuerdo con que se han sentido discriminadas en su organización solidaria por su condición de ser mujer. Igualmente, el 57.9% está muy de acuerdo con que en su organización solidaria es muy difícil ascender laboralmente por ser mujer. Así mismo, las mujeres encuestadas en un 59.3% están muy de acuerdo con que en su organización solidaria los salarios son equitativos entre hombres y mujeres. El 62.8% de las mujeres encuestadas están muy de acuerdo con que en su organización solidaria se respetan sus opiniones e ideologías. Igualmente, el 64.1% manifiestan estar muy de acuerdo con que en su organización solidaria las apoyan para participar en movimientos sociales. Si bien hay apoyo en diversos aspectos, todavía es notoria la discriminación laboral de las mujeres, inclusive en las organizaciones solidarias.

5. Dimensión buen vivir

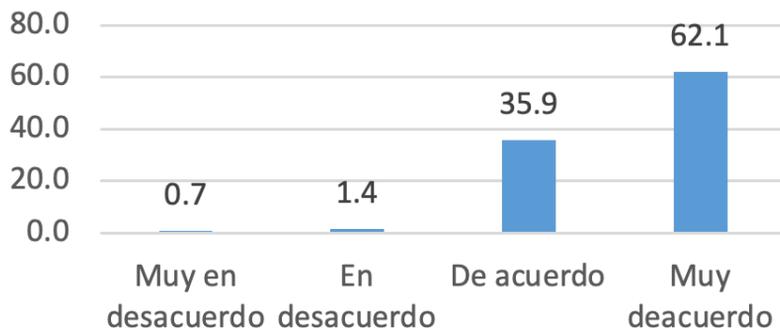
En la dimensión BV se indagó si en la organización solidaria se fomenta el respeto hacia las mujeres, si se promueve la solidaridad y la equidad, si se promueve el equilibrio entre lo laboral, lo social y lo familiar, si se promueve la capacita-

ción y la formación y si en la organización solidaria existe relación entre la formación y el cargo desempeñado.

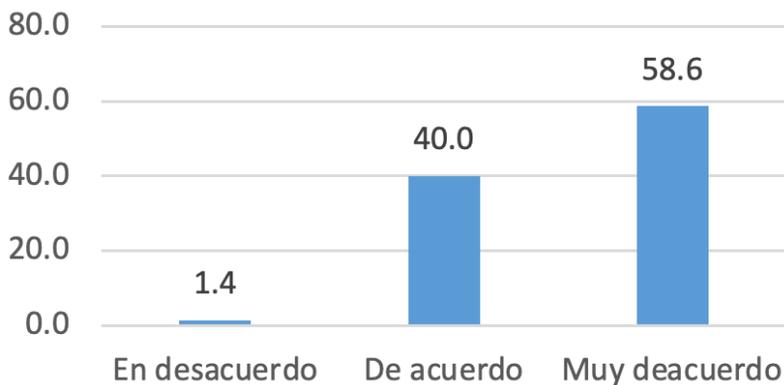
Ilustración 6. Estadísticos de buen vivir



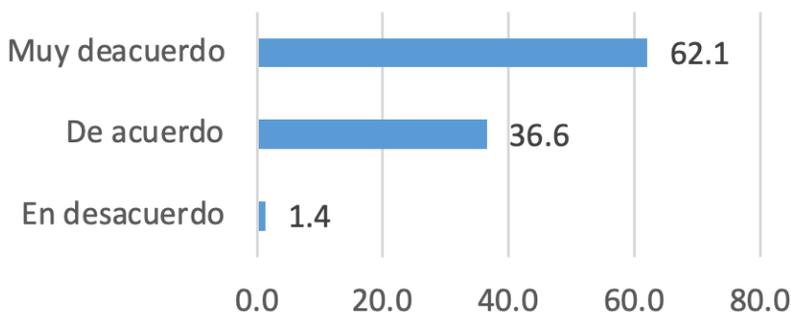
En mi organización se promueve el equilibrio entre lo laboral, lo social y lo familiar



En mi organización se promueve la capacitación y formación



En mi organización existe relación entre la formación y cargo desempeñado



FUENTE: elaboración propia a partir de resultados de investigación.

Con respecto a la variable BV las mujeres encuestadas en un 82.1 % están muy de acuerdo con que en la organización solidaria se fomenta el respeto por las mujeres. El 66.9 % de las encuestadas manifiesta estar muy de acuerdo con que en la organización solidaria se promueve la solidaridad y la equidad. Así mismo, el 62.1 % de las mujeres encuestadas manifiestan estar muy de acuerdo con que en la organización solidaria se promueve el equilibrio entre lo laboral, lo social y lo familiar. De manera similar, el 58.5 % están muy de acuerdo con que en la organización solidaria se promueven la capacitación y formación. Así mismo, el 62.1 % de las mujeres encuestadas están muy de acuerdo con que en su organización solidaria existe relación entre la formación y el cargo desempeñado.

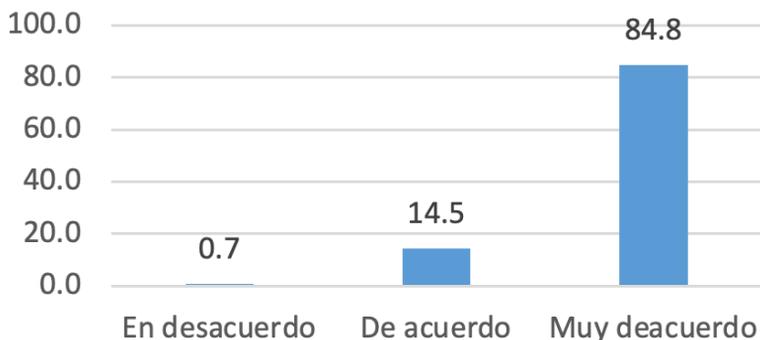
6. Dimensión economía de la mujer

En la dimensión economía de la mujer se indagó si en la organización solidaria las mujeres ocupan cargos directivos, si las decisiones administrativas tomadas por las mujeres son respetadas, si se brinda acceso a las mujeres a la

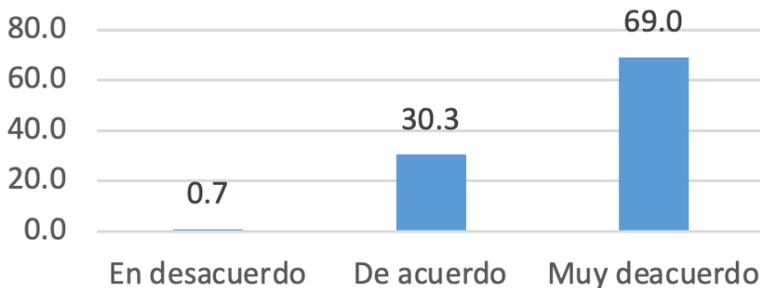
seguridad social, si se fomenta el empoderamiento en la mujer y si en las organizaciones solidarias se fomenta más el emprendimiento de la mujer.

Ilustración 7. Estadísticas economía de la mujer

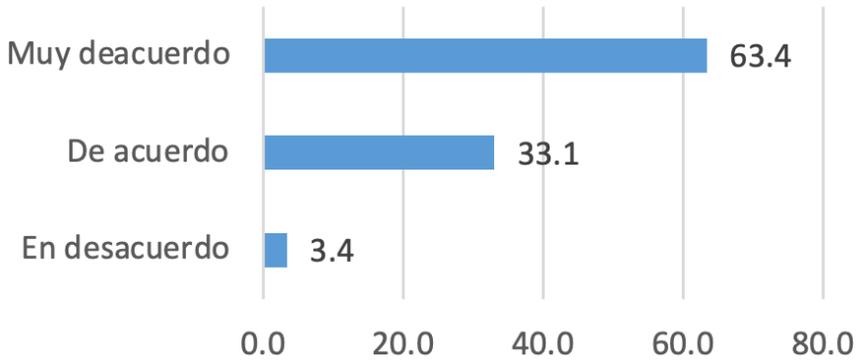
En mi organización las mujeres ocupan cargos directivos



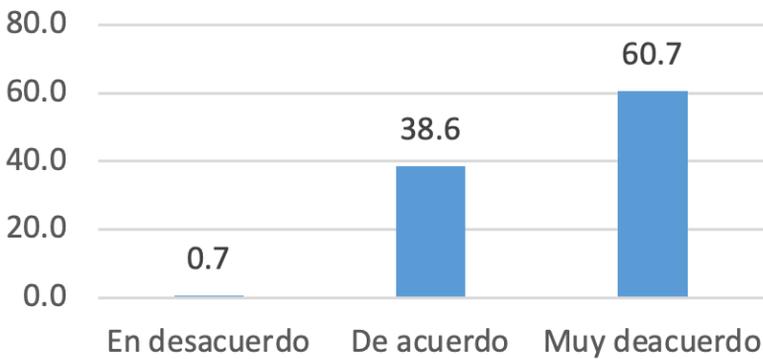
En mi organización las decisiones administrativas tomadas por mujeres son respetadas



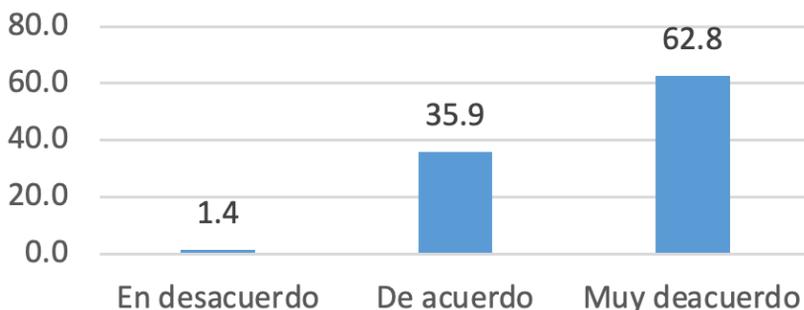
En mi organización se brinda acceso a las mujeres a la seguridad social



En mi organización se fomenta el empoderamiento de la mujer



Considero que las organizaciones sociales fomentan más el emprendimiento de la mujer



FUENTE: elaboración propia a partir de resultados de investigación.

Con respecto a la variable economía de la mujer, el 84.8 % de las mujeres encuestadas están muy de acuerdo con que en su organización solidaria las mujeres ocupan cargos directivos. Igualmente, el 69.0 % están muy de acuerdo en que las decisiones tomadas por las mujeres son respetadas. De otro lado, el 63.4 % de las mujeres encuestadas están muy de acuerdo con que en su organización solidaria les brinda acceso a las mujeres a la seguridad social. En cuanto a si la organización solidaria fomenta el empoderamiento de la mujer, las encuestadas manifiestan estar muy de acuerdo en un 60.7 %. Así mismo, el 62.8 % consideran estar muy de acuerdo con que en las organizaciones solidarias se fomenta más el emprendimiento en la mujer en comparación con otras formas societarias.

VIII. Discusión

1. Dimensión subsistencia de vida

Actualmente, ante una crisis sanitaria que ha perdurado por casi dos años en todo el mundo, desastres naturales ocasionados por el cambio climático dejando

miles de damnificados, el aumento de las brechas sociales que existen y que evidencian las desigualdades socioeconómicas que hay hoy en día, tanto los seres humanos como las organizaciones han hecho conciencia de las deficiencias que el actual sistema ha ocasionado y, en este sentido, han tenido que replantear la forma de subsistir y de mejorar el mundo para las generaciones futuras.

Sin embargo, esta reflexión no tiene dos años de haberse desarrollado; su gestación se dio desde el siglo XIX, ante la inexistencia de condiciones laborales dignas que les permitieran a los seres humanos tener un adecuado nivel de vida para sí mismos y para sus familias. Con el transcurso del tiempo se han ido sumando diversos factores que han potencializado esta crisis civilizatoria -como la falta de recursos económicos, materiales y naturales, así como el espíritu competitivo y egoísta que se ha inculcado en muchas personas- y que han dado pie a la auto-extinción humana. Por ello, desde algunas décadas atrás, se han estudiado diversas alternativas al sistema socioeconómico tradicional buscando nuevas formas de organización, dando como resultado ideologías y enfoques como el que fundamenta el BV.

Como se observa en los resultados obtenidos, dentro de las organizaciones sociales y solidarias, de acuerdo con las encuestadas, sí existen ciertas políticas que fomentan el respeto a la naturaleza, así como políticas que promueven el respeto y la equidad para las mujeres, tal es el caso de los apoyos que reciben para gestación y lactancia que son derechos humanos básicos para ellas, así como el apoyo a las madres de familia que encabezan y sostienen a las familias. Asimismo, se evidencia el apoyo y políticas para la convivencia familiar y para la obtención de un salario que permite tener los niveles básicos de subsistencia. Estas prácticas o políticas adoptadas por las organizaciones deberían ser inherentes a toda institución o forma de organización, contemplando valores como la equidad, la solidaridad y la empatía; no obstante, el deterioro humano que ha llevado a la consolidación de enfoques como la Economía Solidaria o el BV, ha propiciado que deban retomarse este tipo de acciones.

En este sentido, las prácticas adoptadas reflejan el resultado de décadas de estudios y propuestas alternativas al sistema socioeconómico tradicional y la conciencia que estos temas han generado, no nada más en la parte individual, sino en la colectiva y, bajo esta premisa, son congruentes con la filosofía institucional, así como con los principios de la economía social y solidaria que parte del mismo fundamento del BV, buscando evitar una autodestrucción de la humanidad a través de prácticas de solidaridad, equidad y cooperación, en las que

la máxima sea el bienestar del ser humano y su convivencia armónica con el medio ambiente. Sin embargo, también es cierto que aún se deben perfeccionar las prácticas solidarias o inherentes al BV, pues como también se observa en los resultados, todavía existe discriminación hacia la mujer por su género y eso puede llegar a romper con la congruencia entre la parte ideológica que se tiene con la práctica y, lamentablemente, esto sucede en muchos tipos de organizaciones.

Por último, ante estos resultados, es evidente que si estas prácticas —aunque necesiten cierto perfeccionamiento— ya están funcionando en las organizaciones solidarias y se está demostrando que las “nuevas” formas de organización solidaria sí contribuyen a mejorar no sólo el nivel, sino también la calidad de vida de las personas de manera integral, este modelo o al menos algunas variables del mismo, deberían replicarse en las organizaciones de mercado tradicionales o en algunas otras del sector social, pues no sólo se prevé como solución a problemas económicos, sino también, se demuestra en esta investigación que contribuyen al empoderamiento de la mujer y a otorgarle los derechos que le corresponden como a todo ser humano mientras buscan propiciar el respeto al medio ambiente.

2. Dimensión modelos de desarrollo

Al observar los datos estadísticos de esta variable, con relación a la teoría al respecto, se vislumbra la necesidad de aplicar, en el modelo económico vigente, una estrategia específica con relación a la economía solidaria; puesto que ésta posee políticas coherentes con el desarrollo tecnológico y, aunque este desarrollo genera desplazamiento de mano de obra, las organizaciones solidarias ofrecen más ventajas laborales a las mujeres, con desarrollo personal y profesional para ellas. Lo anterior es consecuencia de la doctrina y axiología de estas organizaciones, puesto que la economía solidaria es una estructura para desplegar el ciclo económico, en todas sus fases, con el ser humano como centro y fin, con valores como la autogestión, autonomía, educación, confianza, etcétera y compromiso con la comunidad, donde la solidaridad es el eje central para obtener el beneficio común. Por último, podemos afirmar que en la economía solidaria bajo el liderazgo colectivo y la construcción de capital social se mantiene una distribución más equitativa de beneficios.

3. Dimensión equidad y desarrollo

A partir de lo expresado en Informe Brundtland,³⁹ en el cual se precisan las dimensiones necesarias para atender las necesidades presentes sin afectar las de las generaciones futuras, por lo que la dimensiones económica, social y ambiental surgen como punto de partida para considerar el concepto de desarrollo humano sostenible. Hay quienes mencionan otras dimensiones, como la dimensión humana, tal como lo han tratado Arango Benjumea *et al.*,⁴⁰ y Vásquez Mira y Acevedo Restrepo.⁴¹ Lo anterior se relaciona con el hecho que los objetivos del milenio, ODM y su posterior desarrollo, los objetivos del desarrollo sostenible, ODS,⁴² vinculan tales dimensiones, con lo que se afirma que “los ODM se enfocaron en la dimensión humana mientras que los ODS privilegian las dimensiones social y ambiental”.⁴³

Ahora, bien. Los 17 ODS los agrupan en el término *las esferas de importancia crítica*, que son cinco, con las cuales se enfatiza en las personas, el planeta, la prosperidad, la paz y las alianzas la acción para el cumplimiento de los objetivos planteados en la resolución aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 25 de septiembre de 2015.⁴⁴ Esas esferas y ese orden indican que, el orden de las dimensiones planteados en el Informe Brundtland, enfatizan más en la dimensión económica, soslayando la importancia de las dimensiones social y ambiental.

³⁹ Naciones Unidas, *Informe Brundtland*, 1987. https://www.ecominga.uqam.ca/PDF/BI-BLIOGRAPHIE/GUIDE_LECTURE_1/CMMAD-Informe-Comision-Brundtland-sobre-Medio-Ambiente-Desarrollo.pdf

⁴⁰ Arango Benjumea, Jhon Jaime *et al.*, “La sostenibilidad y las cadenas de valor: una mirada desde las condiciones labores en Colombia”, *Sotavento*, Colombia, vol. 30, 2017, pp. 56-66. doi:10.18601/01233734.n30.06

⁴¹ Vásquez Mira, Miguel Ángel y Acevedo Restrepo, Jhon Fredy, “*Formulación de una propuesta de articulación entre el territorio inteligente y el territorio solidario*”, Universidad Cooperativa de Colombia, 2009.

⁴² Naciones Unidas, *Los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS)*, 2015, <https://www.undp.org/es/sustainable-development-goals>

⁴³ Naciones Unidas, *op. cit.*

⁴⁴ Asamblea General de las Naciones Unidas, *Resolución aprobada por la Asamblea General el 25 de septiembre de 2015*, 2015. https://unctad.org/system/files/official-document/ares70d1_es.pdf

Si bien en la exposición teórica del desarrollo humano sostenible se mencionan los elementos y las variables que se consideran para la medición de tal desarrollo, como se muestra en la tabla 3, se puede precisar que tales elementos y variables pertenecen a las dimensiones del desarrollo humano que mejoran directamente las *capacidades humanas*: riqueza (nivel digno de vida); educación (capacidad para adquirir conocimiento); salud (vida saludable y prolongada). Quedan pendientes otras que crean las condiciones para el *desarrollo humano* y que le dan el sentido a tal desarrollo. Tales condiciones son la participación en la vida política y en la comunidad; sostenibilidad ambiental; seguridad humana y derechos; igualdad de género (blanco, s. f.). Tal sería el sentido al analizar la tabla 4.

Con todo el marco anterior, se hace el análisis de los datos estadísticos de la variable equidad y desarrollo, contenidos en la tabla 15.

En cuanto a las capacidades humanas, puede considerarse que el nivel digno de vida es un referente clave cuando los salarios de las mujeres son equitativos con los salarios de los hombres. En tal sentido, en las organizaciones tomadas en consideración, el 59.3 % de los encuestados estuvieron Muy de acuerdo con el sentido de equidad en los salarios en la organización, seguidos con el 30.3 % que estuvieron De acuerdo. Significa que existe un consenso mayoritario en el sentido de salarios equitativos entre hombres y mujeres en las organizaciones encuestadas, como punto de partida para la generación de capacidades humanas de riqueza y de niveles dignos de vida.

En este mismo marco de las capacidades humanas, las variables relacionadas con la educación, alfabetización, matrículas, que representan la capacidad de adquirir conocimientos, muestran que es respeto de las opiniones e ideologías de las mujeres en las organizaciones encuestadas están muy de acuerdo, con el 68.8 %.

Con relación a la creación de las condiciones para el desarrollo humano, la participación en la vida política y en la comunidad es evidente en el 64.1 % de los encuestados, con respuestas de muy de acuerdo, quienes expresaron que en las organizaciones se apoya la participación de las mujeres en movimientos sociales.

Preocupa en la creación de las condiciones para el desarrollo humano lo relacionado con el componente de seguridad humana y derechos, por cuanto 71 % de los encuestados se expresaron muy de acuerdo con la discriminación que se hace a las mujeres, discriminación que se también se evidencia en las posibilida-

des de ascenso, cuando el 57.9% respondieron muy de acuerdo cuando se les preguntó por las dificultades de ascender laboralmente en las organizaciones.

4. Dimensión buen vivir

La situación que ostenta la sociedad actual es la apreciación enorme que se le concede a la dimensión económica y donde el bienestar se calcula con base a ésta; por lo cual la problemática radica esencialmente en que admitimos y accedemos a todo lo que surge desde el pensamiento economicista, dejando a un lado conceptos como el BV (*sumak kamsay*), que nos conduce a un bienestar colectivo, con armonía entre seres y naturaleza.

En esta variable rescatamos, a través de la economía solidaria, valores como respeto, solidaridad y equidad y, las respuestas manifiestan que existe, en las organizaciones solidarias, un equilibrio en lo relacionado a la terna laboral-social-familiar con capacitación y formación. De acuerdo a lo anterior, debemos promover una diferente forma para definir lo que conocemos como necesidades básicas; las cuales hoy en día se las considera como logro de objetivos sin razonar sobre la adquisición de capitales para su fin. Es primordial realizar estudios sobre los diferentes conflictos en las interrelaciones que ocurren en las acciones de los actores sociales; acá es donde tenemos la opción de la filosofía de vida nombrada como BV, la cual unida a la economía solidaria es una posibilidad frente a la proclama neoliberal de desarrollo y crecimiento, es la alternativa para relacionar al ser con la naturaleza a partir del respeto con ética y convivencia.

5. Dimensión economía de la mujer

En esta variable se percibe la correlación de género en el mercado laboral, es decir, la ampliación de la relación de participación laboral y las horas ofertadas para las mujeres en el mercado de organizaciones solidaria y, surge así, que en estas organizaciones existe una participación gradual de las mujeres en la oferta laboral, donde éstas obtienen resultados tangibles en cargos directivos, seguridad social, empoderamiento y emprendimiento; además, del respeto por ellas en la toma de decisiones; lo que conlleva un mayor bienestar y autonomía en las relaciones de género. La desigualdad es apreciable en perspectivas críticas y heterodoxas de la economía que discrepan con la ortodoxa, fundada en expo-

ner la actividad de los mercados. Acá es importante volver sobre el concepto de economía feminista como una escuela de pensamiento heterodoxo que busca visibilizar la magnitud de género de la dinámica económica y sus consecuencias para las mujeres. Esta corriente trata de incorporar, como variable en el actuar de la economía, las relaciones de género y el hecho que las mujeres son, también, agentes económicos.

IX. Conclusión

El desarrollo continúa observándose como un término de debate típico, desde el discurso y desde las prácticas

La presente crisis fomenta el individualismo de las personas y, asistido por el modelo de desarrollo capitalista, glorifica la ambición y el egocentrismo de la competencia entre individuos, demandando el crecimiento económico como equivalente de riqueza, abandonando el proceso de vida comunitaria.

Debido a la crisis y al actual desarrollo económico que destruye el hábitat, es necesario fundar una alternativa amparada en el BV desde experiencias comunitarias de reciprocidad, solidaridad y armonía con la Naturaleza.

El BV, propone el traslado de una sociedad antropocéntrica a una biocéntrica, donde la actividad económica no se encamina a la acumulación de riquezas sino al servicio de relaciones conformes y equilibradas entre personas y la naturaleza. El BV significa solidaridad en lugar de la competencia, valor de uso sobre el valor de cambio y producir de acuerdo con los límites del medio ambiente, con respeto a la Pachamama; de la naturaleza sólo se toma lo preciso para resolver las necesidades básicas; no hay lugar para el despilfarro, para la sociedad de consumo.

Puede concluirse que, en la variable de equidad y desarrollo, bajo los parámetros de desarrollo humano sostenible, se enfatizaron los componentes de las creaciones de condiciones para tal desarrollo. El componente sostenibilidad ambiental no fue considerado en la variable de equidad y desarrollo. Se trata en segunda instancia los componentes de capacidades humanas.

Desde la perspectiva de las esferas de importancia crítica, se aprecia el énfasis que se hace en las personas, para que los seres humanos puedan desarrollar con dignidad e igualdad su potencial, en un ambiente sano.⁴⁵

Las organizaciones sociales y solidarias que se gestan en el fundamento del BV y de la economía solidaria funcionan hoy en día como una solución para la subsistencia de grupos -generalmente vulnerables- y, por ende, se prevén como una alternativa viable que permitirá el progreso socioeconómico de las naciones que aún se encuentran en desarrollo. No obstante, también representan una forma de organización sustentable que en unos años será predominante a nivel mundial aún en el sector privado y público, pues sus principios y valores atienden a las necesidades sociales, ecológicas y económicas que imperan hoy en día y que requieren de atención urgente. Con esta investigación se observa que estos modelos congruentes con la filosofía del BV y de la economía solidaria sí funcionan en la actualidad aunque son perfectibles y enfrentan diversos retos, sin embargo, los beneficios comienzan a visualizarse y conforme la sociedad, el gobierno y las instituciones educativas propicien la creación y crecimiento de las mismas, se acelerará el desarrollo socioeconómico y la restauración ambiental a la que tanto aspiramos para dejar de subsistir y comenzar a vivir.

Con los elementos sobre BV y economía solidaria tenemos la posibilidad de adelantar en la constitución de un modelo de desarrollo más equitativo e incluyente y, con mayor distribución de riqueza sin discriminación. En este punto surge una futura línea de trabajo.

Para lograr otra economía y una sociedad de resultados y fines colectivos, con visión comunitaria en contraste con la empresarial y utilitaria existente actualmente, en Colombia y México se debe defender y preservar el *sumak kawsay* incorporado a la economía solidaria, con sus principios y valores.

En Colombia y México la participación laboral femenina en la economía solidaria es real y significativa para el crecimiento económico y para el escenario propio de la mujer y su entorno familiar. La inclusión laboral de la mujer crea aumentos del producto interno bruto (PIB), en valores presentes y, asimismo, es evidencia de efectos objetivos de mediano plazo.

⁴⁵ Naciones Unidas, 2015. *op. cit.*

X. Bibliografía

- Acosta Espinosa, Alberto, “El buen vivir, una oportunidad por construir”, *Ecuador debate*, Ecuador, núm. 75, 2008, pp. 33-47. <http://hdl.handle.net/10469/4162>
- Acosta Espinosa, Alberto, “Sólo imaginando otros mundos, se cambiará éste. Reflexiones sobre el buen vivir”, en H. Farah, Ivonne y Vasapollo, Luciano, *Vivir bien ¿paradigma no capitalista?* Bolivia, CIDES-UMSA Plural Editores, 2011, pp. 189-208.
- Acosta, Carlos Andrés, *La ampliación ontológico-política del buen vivir/ vivir bien como praxis transmoderna*, Brasil, Universidad Estatal de Campinas-UNICAMP, tesis doctoral, 2019.
- Acosta Espinosa, Alberto y Martínez, Esperanza, “El buen vivir. Una vía para el desarrollo”, *Polis, Revista de la Universidad Bolivariana*, Bolivia, vol. 9, núm. 25, 2010, pp. 557-561.
- Águila, R.; Antón Valero, J. A.; Aranguren, N.; Argibay, M., Askunze, C., y Atienza, J., *Diccionario de educación para el desarrollo*, España, Hegoa, 2005.
- Arango Benjumea, Jhon Jaime; Vásquez Mira, Miguel Ángel; Montoya Agudelo, César Alveiro; Boyero Saavedra, Martín Ramiro; Cuartas Montoya, Gina Paula y Arango Gaviria, Juan Diego, “La sostenibilidad y las cadenas de valor: una mirada desde las condiciones labores en Colombia”, *Sotavento*, Colombia, vol. 30, 2017, pp. 56-66. [doi:10.18601/01233734.n30.06](https://doi.org/10.18601/01233734.n30.06)
- Asamblea General de las Naciones Unidas, *Resolución aprobada por la Asamblea General el 25 de septiembre de 2015*, 2015. https://unctad.org/system/files/official-document/ares70d1_es.pdf
- Bravo, Ana Lucía; Crespo, Juan Manuel; Greene, Natalia; Gualinga, José y Y Kohn, Eduardo, *Buen vivir como alternativa al desarrollo: una construcción interdisciplinaria y participativa*, Ecuador, Universidad Andina Simón Bolívar, 2017.
- Coraggio, José Luis, “Las políticas públicas participativas: ¿obstáculo o requisito para el desarrollo local?”, en Rofman, Adriana y Villar, Alejandro, *Desarrollo local. Una revisión crítica del debate*, Argentina, Editorial Espacio, 2006.
- Cornago Prieto, Noé, Desarrollo, subdesarrollo y postdesarrollo: un análisis crítico del debate contemporáneo, *Cursos de derecho internacional y relaciones in-*

- ternacionales de Vitoria-Gasteiz, Donostia, Universidad del País Vasco, 1997, pp. 39-88.
- Crespo Ordoñez, Carmen y Pérez Orozco, Amaia, *Subversión feminista de la economía. Aportes para un debate sobre el conflicto capital-vida*, España, Traficantes de Sueños, 2014.
- Cupani, Marcos, “Análisis de ecuaciones estructurales: conceptos, etapas de desarrollo y un ejemplo de aplicación”, *Revista tesis: Facultad de Psicología*, vol. 2, núm. 1, 2012, pp. 186-199.
- Escobar, Arturo, “El postdesarrollo como concepto y práctica social”, en MATO, Daniel, *Políticas de economía, ambiente y sociedad en tiempos de globalización*, Venezuela, Facultad de Ciencias Económicas y Sociales, Universidad Central de Venezuela, 2005, pp. 17-31.
- Giraldo, Omar Felipe, “El desmoronamiento de la creencia en el Estado. Buen vivir y autonomía de los pueblos”, en Mora, Aura Isabel; Oviedo Freire, Atawallpa y Avella, Andrés, *Buenos vivires y transiciones: la vida dulce, la vida bella, la vida querida, la vida sabrosa, la vida buena, la vida plenitud: convivir en armonía*, Colombia, Corporación Universitaria Minuto de Dios—UNIMINUTO, 2020, p. 279.
- Gudynas, Eduardo, “La ecología política de la crisis global y los límites del capitalismo benévolo”, *Íconos. Revista de Ciencias Sociales*, núm. 36, enero de 2010, pp. 53-67.
- Gudynas, Eduardo, “El Postdesarrollo como crítica y el buen vivir como alternativa”, en Delgado Ramos, Gian Carlo, *Buena vida, buen vivir: imaginarios alternativos para el bien común de la humanidad*, México, Universidad Nacional Autónoma de México. Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Ciencias y Humanidades, 2024, pp. 61-97.
- Hidalgo-Capitán, Antonio Luis; Arias, Alexander y Ávila, Javier, “El pensamiento indigenista ecuatoriano sobre sumak kawsay”, en Hidalgo-Capitán, Antonio Luis; Guillén García, Alejandro y Deleg Guazha, Nancy, *Sumak kawsay yuyay. Antología del pensamiento indigenista ecuatoriano sobre sumak kawsay*, España, Centro de Investigación en Migraciones y PYDLOS, 2014.
- Houtard, François, “El concepto de sumak kawsay (buen vivir) y su correspondencia con el bien común de la humanidad”, *Espacio Crítico*, 2011.

- López Córdova, Dania, “La reciprocidad como lazo social fundamental entre las personas y con la naturaleza en una propuesta de transformación social”, en MARAÑÓN PIMENTEL, Boris, *Buen vivir y descolonialidad: crítica al desarrollo y la racionalidad instrumentales*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Económicas, 2014, p. 267.
- Meinzen-Dick, Ruth; Kovarik, Chiara y Quisumbing, Agnes, “Gender and Sustainability”, *Annual Review of Environment and Resources*, vol. 39, octubre de 2014, pp. 29-55. <https://doi.org/10.1146/annurev-environ-101813-013240>
- Naciones Unidas, *Informe Brundtland*, 1987. https://www.ecominga.uqam.ca/PDF/BIBLIOGRAPHIE/GUIDE_LECTURE_1/CMMAD-Informe-Comision-Brundtland-sobre-Medio-Ambiente-Desarrollo.pdf
- Naciones Unidas, *Los objetivos de desarrollo sostenible (ODS)*, 2015. <https://www.undp.org/es/sustainable-development-goals>
- Pedrosa, Ignacio; Suárez, Javier y García, Eduardo, “Evidencias sobre la validez de contenido: avances teóricos y métodos para su estimación”, *Acción psicológica*, vol. 10, núm. 2, 2014, pp. 3-20. doi:10.5944/ap.10.2.11820
- Pérez Orozco, Amaia, “Economía del género y economía feminista ¿Conciliación o ruptura?”, *Revista Venezolana de Estudios de la Mujer*, vol. 10, núm. 24, enero-junio de 2005, pp. 43-64.
- Pérez Villa, P. E., “Sala de conocimiento UCC”, *Sala de conocimiento UCC*, 29 de septiembre de 2020. <https://www.ucc.edu.co/noticias/conocimiento/economia-administracion-contaduria/acercamientos-al-buen-vivir-en-un-mundo-en-pandemia>
- Power, Marilyn, “Social provisioning as a starting point for feminist economics”, *Feminist Economics*, vol. 10, núm. 3, february 2004, pp. 3-19. doi:10.180/1354570042000267608
- Programa de Naciones Unidas Para el Desarrollo, *Informe sobre Desarrollo Humano*, Washington, ONU-PNUD, 2000.
- Razeto Migliaro, Luis, “Solidaridad [concepto]”, *Pensamiento crítico latinoamericano. Conceptos fundamentales III*, 2005. www.luisrazeto.net/content/el-concepto-solidaridad
- Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, 22a. ed., España, RAE, 2001.

- Rodríguez Enríquez, Corina, “Economía feminista y economía del cuidado. Aportes conceptuales para el estudio de la desigualdad”, *Nueva Sociedad*, núm. 256, marzo-abril de 2015, pp. 30-44. www.nuso.org
- Sahlins, Marshall, *Economía de la Edad de Piedra*, trad. de Emilio Muñiz y Erna Rosa Fondevila, España, Akal, 1974.
- Sen, Amartya, *Desarrollo y libertad*, trad. de Esther Rabasco y Luis Toharia, Argentina, Editorial Planeta, 2000.
- Sotillo Lorenzo, José Ángel, *El sistema de cooperación para el desarrollo: actores, formas y procesos*, España, Instituto Universitario de Desarrollo y Cooperación, 2011.
- Strober, Myra H., “La economía feminista y los conceptos de valor, eficiencia, escasez, egoísmo y competencia: implicaciones para la educación”, *Investigación Económica*, vol. 61, núm. 236, abril-junio de 2001, pp. 77-91. http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0185-16672001000200077&lng=es&nrm=iso
- Toledo, Víctor M., “La memoria tradicional: la importancia agroecológica de los saberes locales”, *Leisa*, vol. 20, núm. 4, abril de 2005, pp. 16-20.
- Tortosa, José María, Sumak kawsay, suma qamaña. *Fundación Carolina*, 2009.
- Unceta Satrústegui, Koldo, “Desarrollo, subdesarrollo, maldesarrollo y postdesarrollo. Una mirada transdisciplinar sobre el debate y sus implicaciones”, *Carta Latinoamericana*, núm. 7, abril de 2009, pp. 1-34.
- Vásquez Mira, Miguel Ángel y Acevedo Restrepo, Jhon Fredy, “Formulación de una propuesta de articulación entre el territorio inteligente y el territorio solidario”, Universidad Cooperativa de Colombia, 2009.

**Comentarios
legislativos y/o
jurisprudenciales**

El acoso laboral en el derecho ecuatoriano

Labor harassment in ecuadorian law

Le harcèlement au travail dans la loi équatorienne

María Claudia **Sánchez Vera**

 <https://orcid.org/0000-0002-1882-0176>

Universidad de Otavalo. Ecuador

Correo electrónico: claudiasanchezv1@hotmail.com

Karla Ayerim **Yáñez Yáñez**

 <https://orcid.org/0000-0003-0441-9354>

Universidad de Otavalo. Ecuador

Correo electrónico: kayanez@uotavalo.edu.ec

Frank Luis **Mila Maldonado**

 <https://orcid.org/0000-0003-4363-5092>

Universidad de Otavalo. Ecuador

Correo electrónico: fmila@uotavalo.edu.ec

Recepción: 23 de agosto de 2023

Aceptación: 9 de abril de 2024

DOI: <https://doi.org/10.22201/ij.24487899e.2024.39.18512>

RESUMEN: El objetivo de la investigación es analizar el acoso laboral en el derecho ecuatoriano, sin menoscabo de realizar una revisión a la normativa internacional, así como a la doctrina. La metodología aplicada es la de una investigación bajo el enfoque

cualitativo, de tipo documental y descriptiva; realizando un análisis de contenido basado en la normativa, doctrina y otros documentos. Como resultados, se observa que el acoso laboral es una realidad a nivel mundial, que ha llamado la atención a distintos Estados, que han incorporado, a sus legislaciones, normativa al respecto; incluso, existen diversos instrumentos internacionales que sirven de sustento a la necesidad de incorporar políticas y prevenir esta realidad, de la cual no escapa el plano penal, ya que existen ejemplos paradigmáticos como el caso de España y Colombia. A nivel laboral, aún existe un largo camino por recorrer en la materia, e incluso en la delimitación del tipo en el ámbito penal, destacándose que, en Ecuador, no existe una figura específica para regular la conducta en sede penal. Se trata de un estudio original, ya que se evidencia el poco desarrollo doctrinario en Ecuador de esta figura, existiendo un reducido número de trabajos especializados en la temática.

Palabras clave: acoso laboral, *mobbing*, relación laboral, salud mental, derecho ecuatoriano.

ABSTRACT: The objective of the research is to analyze workplace harassment in Ecuadorian law, without prejudice to a review of international regulations, as well as doctrine. The methodology applied is that of an investigation under the qualitative, documentary and descriptive approach, carrying out a content analysis based on regulations, doctrine and other documents. As a result, it is observed that workplace harassment is a reality worldwide that has attracted the attention of different States that have incorporated into their legislation regulations in this regard, there are even various international instruments that support the need to incorporate policies and prevent this reality, from which the criminal plane does not escape, since there are paradigmatic examples such as the case of Spain and Colombia. There is still a long way to go in the matter, at the labor level, and even in the delimitation of the type in the criminal field, highlighting that in Ecuador there is no specific figure to regulate conduct in criminal proceedings. It is an original study, since there is little doctrinal development in Ecuador of this figure, there is a small number of specialized works on the subject.

Keywords: labor harassment, *mobbing*, employment relationship, mental health, Ecuadorian law.

RESUMÉ: L'objectif de la recherche est d'analyser le harcèlement au travail dans le droit équatorien, sans préjudice d'un examen des réglementations internationales, ainsi que de la doctrine. La méthodologie appliquée est celle d'une enquête sous l'approche qualitative, documentaire et descriptive, réalisant une analyse de contenu basée sur des règlements, des doctrines et d'autres documents. En conséquence, il est observé que le harcèlement sur le lieu de travail est une réalité dans le monde entier qui a attiré l'attention de différents États qui ont incorporé dans leur législation des réglementations à cet égard, il existe même divers instruments internationaux qui soutiennent la néces-

sité d'incorporer des politiques et de prévenir cette réalité, à laquelle l'avion criminel n'échappe pas, puisqu'il existe des exemples paradigmatiques comme le cas de l'Espagne et de la Colombie. Il y a encore un long chemin à parcourir en la matière, au niveau du travail, et même dans la délimitation du type dans le domaine pénal, soulignant qu'en Équateur il n'y a pas de chiffre spécifique pour réglementer la conduite dans les procédures pénales. C'est une étude originale, car il y a peu de développement doctrinal en Équateur de cette figure, il existe un petit nombre d'ouvrages spécialisés sur le sujet. *Mots-clés:* harcèlement au travail, mobbing, relations de travail, santé mentale, loi équatorienne.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Contextualización de la relación laboral*. III. *Acoso laboral: aspectos generales*. IV. *Naturaleza jurídica del acoso y tipologías*. V. *Legislación nacional e internacional*. VI. *Régimen jurídico-penal del acoso*. VII. *Conclusiones*. VIII. *Bibliografía*.

I. Introducción

Objetivo. Analizar la figura del acoso laboral, desde la legislación ecuatoriana; sin dejar atrás la normativa internacional, al igual que los aportes de los juristas especialistas, tanto en materia penal como laboral.

Metodología. Enfoque cualitativo, de tipo documental, y descriptiva.

Resultados. Se evidenció que es imperativa la necesidad de construir políticas que coadyuven a prevenir esta realidad, dentro de las empresas, tanto públicas como privadas. Además, es vital la delimitación del tipo en el ámbito penal, destacándose que, en Ecuador, no existe una figura específica para regular la conducta en sede penal.

Limitaciones del estudio. El reducido aporte doctrinario acerca de la temática.

Originalidad. La presente investigación es innovadora.

II. Contextualización de la relación laboral

Para abordar la temática, es mejor partir de lo general. En este contexto, la profesora Graciela Monesterolo, en su obra *Régimen jurídico laboral del sector privado*, para conceptualizar al término *trabajo*, se basa en el pensamiento de Domingo Campos Rivera (1997), para quien es “[...] toda actividad humana, ya sea material o intelectual, permanente o transitoria, que una persona natural ejecuta

conscientemente al servicio de la otra, cualquiera sea su finalidad”.¹ Sobre este punto, se vuelve importante aclarar que, en la actividad material, resalta la fuerza física del sujeto que la realiza, quienes han sido llamados —clásicamente— *obreros*, y que reciben un salario; mientras que, en la intelectual, predomina la preparación académica, conocidos como *empleados*, y recibiendo un sueldo. Por su parte, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) consideró discriminatorias tales nomenclaturas, recomendando que, en las legislaciones de sus Estados miembros —siendo Ecuador parte desde 1934— se sustituya por *trabajadores* y, la contraprestación económica que reciban por sus servicios será simplemente *remuneración*.

Ahora bien, antes de seguir con el hilo conductor trazado para el análisis, es vital detenerse para dejar constancia del desacuerdo con el criterio del autor, respecto a la finalidad del trabajo, en virtud de que no es cualquiera, sino que debe ser lícita, que no esté prohibida por la ley;² pero no sólo está involucrada la *norma*³ jurídica, debido a que, al caracterizarse desde octubre de 2008 al Estado ecuatoriano como un Estado Constitucional, existen otras fuentes que complementan a la norma regla, tales como los principios generales del derecho, la costumbre, los convenios internacionales, la jurisprudencia y la doctrina.

Previo a contextualizar la *relación laboral*,⁴ es imprescindible poner sobre la mesa que “[...] el contrato individual de trabajo es un acuerdo o convenio entre las partes, verbal o escrito, cuyo objeto es la contratación de los servicios de un

¹ Monesterolo, Graciela, *Régimen jurídico laboral del sector privado*, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones-Centro de Publicaciones de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, 2018, p. 1.

² Corporación de Estudios y Publicaciones, *Diccionario jurídico elemental*, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2018, p. 148.

³ “[...] No puede, en absoluto, comprenderse adecuadamente [...] un hecho sin normas, pero tampoco puede construirse al Estado como un sistema puro de normas, es decir, exento de todo hecho sociológico, como Kelsen opinaba que, desde el aspecto de la ciencia del derecho, podía comprenderse al Estado como orden normativo puro y bajo el de la sociología como simple hecho. Sin embargo, ya no es posible sostener tal cosa”. Véase Zippelius, Reinhold, *Teoría general del Estado: ciencia de la política*, Ciudad de México, Porrúa-Universidad Nacional Autónoma de México, 2017, pp. 9-10.

⁴ “[...] Las notas que definen la relación laboral son cinco: trabajo personal, voluntario, dependiente, retribuido y por cuenta ajena [...]”. Véase Selma Penalva, Alejandra, “Ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo”, en Selma Penalva, Alejandra y Cuadros Garrido, María Elisa (coords.), *Cuestiones básicas de derecho del trabajo*, Costa Rica, COLEX, 2022, p. 19.

trabajador por una remuneración”⁵, aquel documento que en la práctica es inflexible, que no se puede negociar, el cual, para suscribirse, debe contar como elemento básico con la *capacidad*⁶ de los *sujetos intervinientes*.⁷ Cabe recalcar que, en referencia al caso ecuatoriano, el Código de Trabajo fija en quince años la edad mínima para celebrar un contrato individual de trabajo, sin necesidad de autorización, e incluso podrán recibir, por sí solos, su remuneración.

Es más, para el registro del referido instrumento, en Ecuador, desde inicios de 2015, los empleadores ya no deben acudir presencialmente a las oficinas de la Dirección Regional de Trabajo y Servicio Público de la jurisdicción competente, debido a que es uno de los servicios que ofrece en línea la plataforma SUT (Sistema Único de Trabajo), creada por el Ministerio de Trabajo, teniendo que para ello registrarse en primer lugar como *nuevo empleador*.

Es momento para expresar que, la relación que surge entre el empleador y el trabajador, a partir de la celebración de este contrato, es dependiente, justamente porque “[...] el trabajador al aceptar el empleo se obliga a cumplir con los requerimientos, las órdenes y disposiciones que le imparta el empleador, a quien la ley le concede la facultad de impartir estas instrucciones para regular las actividades y la producción [...]”⁸; obligándose ambas partes, al ser un contrato bilateral. En concordancia, en el artículo 42 del Código de Trabajo, se encuentran las obligaciones del empleador; quien le debe: a) suministrar las herramientas de trabajo de manera oportuna y de buena calidad; b) pagar la remuneración pactada; c) afiliarle al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (IESS), desde el

⁵ Herrera, Alexandra y Alberto Jhaya, *Diccionario derecho laboral*, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2018, p. 27.

⁶ “La capacidad de obrar, [...] es la aptitud de la persona para ejercitar por sí mismo sus derechos y obligaciones. Evidentemente, un recién nacido, aunque sea titular de derechos, no puede ejercitarlos por sí mismo. Le falta capacidad o facultades para hacerlo. Será más adelante, conforme vaya adquiriendo madurez, cuando podrá ir gestionando todos esos derechos por sí mismo”. Véase Arias Díaz, María Dolores, “El sujeto del derecho: la persona física”, en Ruiz, José Manuel, Gálvez, Antonio y Arias Díaz, María Dolores (coords.), *Lecciones de derecho civil*, España, Editorial Tecnos, 2020, p. 45.

⁷ Son dos, “el trabajador y el empleador. El trabajador es siempre una persona natural, una persona física, un ser humano de carne y hueso, que labora libremente a través de un esfuerzo biosíquico [...] El empleador es la persona por cuya cuenta y bajo cuya dependencia presta el trabajador sus servicios o ejecuta una obra” Véase Fernández Vintimilla, Eugenio, *Los costos laborales y del IESS*, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2013, pp. 152, 153 y 158.

⁸ Vázquez López, Jorge, *Nuevo derecho laboral ecuatoriano*, Quito, Cevallos Editora Jurídica, 2017, pp. 171 y 172.

primer día de labores, entre otras; en el artículo 45 del mismo cuerpo legal, se mencionan las obligaciones del trabajador, siendo las principales: a) cumplir la jornada de trabajo previamente determinada; b) dar aviso a su jefe inmediato si, por justa causa, faltare o se atrasare al trabajo, etcétera.

Un elemento que ha está presente en esta relación, es el evidente *poder*⁹ del empresario —dador de trabajo— sobre el trabajador, sin tomar en consideración, que

[...] la subordinación del trabajador es únicamente jurídica y relativa a la prestación del trabajo. No podemos concebir o no deberíamos hacerlo, una subordinación o sumisión personal del trabajador hacia el empleador, situación que escaparía del vínculo jurídico - laboral y sería el justificante para regresar al abuso del que fueron objeto los trabajadores antes de la existencia del derecho del trabajo.¹⁰

Como antesala al siguiente punto, el hecho de que el jefe se salga de la línea profesional, abusando de su condición; aprovechándose de la necesidad de empleo y de la posición de vulnerabilidad que ocupa el trabajador en dicha relación, y, entienda a la dependencia como un asunto personal, usando las características propias (físicas, socio económicas, migratorias, orientación sexual, creencias religiosas), o los sucesos que ocurran en la vida privada de su colaborador, para menospreciarlo, menoscabar sus derechos, sin duda retrocede en el tiempo, y anula las conquistas que se han logrado con posterioridad a la Revolución Industrial, como resultado de las luchas de clase obrera, cansada —justamente— de tantas injusticias.

Para cerrar, vale la pena traer a colación la idea de que, el derecho laboral,¹¹ es concebido como el conjunto de normas, principios e instituciones que regu-

⁹ “[...] La fuerza como el poder no se posee en cantidad constante, más bien se adquiere, conserva, se pierde, aumenta o debilita; siempre en correlación con otras fuerzas y poderes [...] El poder tiene su propia retórica; no sólo actúa, también habla y se enuncia verbalmente [...]” Véase Sánchez Parga, José, *Poder, política y gobierno en Maquiavelo*, Quito, Abya Yala-Universidad Politécnica Salesiana, 2012, pp. 53-54.

¹⁰ Zavala Gamboa, Oscar, “El poder del empleador como elemento distintivo de la relación laboral”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 2, núm. 3, 2014, pp. 7-8.

¹¹ “[...] La idea del Derecho Laboral como un derecho social nace a partir de la necesidad de plantear una solución a la llamada cuestión social [...] La cuestión social creó en la mentalidad de las personas del siglo XIX la necesidad de un cambio global en la relación con los

lan las relaciones entre empleadores y trabajadores, se caracteriza por ser tutelar, que genera mecanismos para el respeto y exigibilidad de los derechos de quienes prestan sus servicios, de los trabajadores, la parte más débil de la relación laboral.

III. Acoso laboral: aspectos generales

A manera de inicio, es importante sentar ciertas ideas como precedentes. El numeral 5 del artículo 326 de la Constitución de la República de Ecuador, dispone lo siguiente: “toda persona tendrá derecho a desarrollar sus labores en un ambiente adecuado y propicio, que garantice su *salud*,¹² integridad, seguridad, higiene y bienestar”.¹³ En esta línea, es responsabilidad del Estado, con el apoyo del Ministerio del Trabajo, como un ente de la administración pública que busca la justicia social en el sistema de trabajo, velar por que los empleadores — tanto públicos como privados— cumplan con sus obligaciones, construyendo ambientes seguros, en el marco de la prevención de enfermedades no solo de índole físico, sino también psíquico.

En ocasiones, la ley es letra muerta, superando la realidad a la ficción, debido a que, no todos los espacios laborales, causan una sensación de tranquilidad y motivación en los trabajadores, sino todo lo contrario; el estrés, como consecuencia del desprestigio, maltrato, humillaciones, segregaciones, que sufren por parte de sus jefes o hasta incluso compañeros de trabajo, buscan anular paulatinamente a la víctima, *afectando su salud tanto física como mental*.¹⁴ En este orden de ideas, la violencia en el trabajo

mecanismos de producción y de las personas que ofrecían su trabajo como mano de obra. Esto llevó a que el Estado genere nuevos medios de protección a la clase obrera, por lo que el Estado Liberal optó por generar leyes que propendan a la protección [...]” Véase Monesterolo, Graciela, *Instituciones de derecho laboral individual: herramientas didácticas*, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2007, pp. 46–47.

¹² Desde un punto de vista médico, la salud se divide en: *a)* salud somático – fisiológica, *b)* salud sanitaria y *c)* salud psíquica; mientras que, desde el punto de vista social, se divide en: *a)* salud político legal, *b)* salud económica y *c)* salud sociológica. Véase Gea Izquierdo, Enrique, *Salud ambiental*, Quito, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, 2015, pp. 192–193.

¹³ Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, artículo 326 numeral 5 (énfasis añadido).

¹⁴ “Se ha demostrado la relación que guardan los trastornos musculoesqueléticos, con el

No solo comprende las abruptas manifestaciones físicas, sino también está constituido por presiones y ataques de carácter psíquico y, por supuesto, de naturaleza sexual. [...] Todas las manifestaciones de violencia y de acoso tienen la capacidad de provocar miedo, ansiedad, angustia, sufrimiento [...] deteriorando gravemente la integridad física y moral de las personas.¹⁵

Con todo este bagaje, es viable señalar que la Corte Constitucional, en sentencia signada con el núm. 986-19-JP/21, caracterizó al acoso laboral

Como una forma de violencia que estructura una relación social, sobre todo contra las *personas trabajadoras*,¹⁶ que atenta contra la dignidad humana y es, actual o potencialmente, lesivo de los derechos de la persona, violencia que se ejerce de forma reiterada en el lugar de trabajo o en cualquier momento entre los sujetos de la relación y que trae como resultado para la persona afectada un menoscabo, maltrato o humillación, o bien la amenaza o perjuicio de su situación laboral.¹⁷

El fenómeno analizado transgrede lo que se conoce como *derechos humanos laborales*, aquellos que se vinculan con la “simple condición humana o de persona y que se expresan en el ámbito del trabajo dependiente [...] Esto implica el desarrollo específico e integrado de los derechos fundamentales en el ámbito de

desequilibrio entre esfuerzo y recompensa; con las dificultades para comunicarse con colegas y supervisores, y con la violencia en el trabajo, en particular el hostigamiento, el acoso (bullying) y la intimidación” Véase Forastieri, Valentina, “Prevención de riesgos psicosociales y estrés laboral”, *Boletín Internacional de Investigación Sindical: riesgos psicosociales, estrés y violencia en el mundo del trabajo*, Ginebra, núm. 1-2, 2016, p. 16.

¹⁵ Ramos Quintana, Margarita, “Enfrentar la violencia y el acoso en el mundo del trabajo: la discusión normativa de la OIT”, *Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, España, núm. 138, 2018, pp. 92-93.

¹⁶ Desde la academia, se mantiene la postura de que este suceso, puede ocurrir “por una de las siguientes dos razones: (i) la persona acosada representa una amenaza para quien la hostiga, bien sea porque tiene mayores competencias profesionales y/o personales; (ii) al propiciar de manera artificial el despido o la renuncia se evita el pago de indemnizaciones, beneficios, compensaciones, reparaciones u otros relacionados con la terminación intempestiva de la relación laboral” Véase Parra Cortés, Lina, “Aportes para el desarrollo normativo sobre acoso laboral en Ecuador: La experiencia de la Ley 1010 de 2006 en Colombia”, *Revista de Derecho Foro*, Quito, núm. 24, 2015, p. 52.

¹⁷ Ecuador *Corte Constitucional del Ecuador*. “Sentencia”. En Caso núm. 986-19-JP, 21 de diciembre de 2021 (énfasis añadido).

las relaciones individuales y colectivas de trabajo [...]”.¹⁸ Esto va de la mano con el concepto de *trabajo decente*,¹⁹ hacia donde mira la OIT. A continuación, se hará relación a la naturaleza jurídica del acoso y sus diversas expresiones.

IV. Naturaleza jurídica del acoso y tipologías

Se aduce que el acoso laboral, a nivel teórico, fue identificado por Brodsky en 1976,²⁰ quien hizo referencia al trabajador hostigado, y que posteriormente ha sido reconocido a nivel mundial como acoso laboral o *mobbing*. En ese sentido, el acoso está ligado a la violencia,²¹ ya que se entiende que la violencia abarca “acciones y enfermedades provocadas por las condiciones de trabajo”.²² Por ende, tiene distintas manifestaciones.

El acoso laboral tiene como fin “menoscabar psicológicamente a la persona y propiciar su salida de un lugar de trabajo, bien sea por despido o renuncia”;²³ al cual también se suman otros objetivos, como son “intimidar, reducir, aplanar, amedrentar y consumir emocional e intelectualmente a la víctima”;²⁴ con miras a excluirla de la organización, o por control o el daño que pretende el hostigador.

El acoso laboral “se enmarca en el contexto de una *relación laboral*; es un *acto repetitivo, público y demostrable que ocasiona daño moral, psicológico y/o físico a la persona que lo sufre*”.²⁵ De esa manera, se entiende que, el punto de partida del

¹⁸ Arese, César, *Derechos humanos laborales: teoría y práctica de un nuevo derecho del trabajo*, Argentina, Rubinzal-Culzoni Editores, 2014, pp. 34.

¹⁹ Se dice de la “oportunidad de acceder a un empleo [...] que genere un ingreso justo, la seguridad en el lugar de trabajo y la protección social para las familias, mejores perspectivas de desarrollo personal e integración social, libertad para que los individuos expresen sus opiniones, se organicen y participen en las decisiones que afectan sus vidas, y la igualdad de oportunidades y trato para todos, mujeres y hombres. Véase Suiza Organización Internacional del Trabajo, “Trabajo decente”, Organización Internacional del Trabajo, párr. 1, <http://www.oit.org/global/topics/decent-work/lang--es/index.htm> (fecha de consulta: 14 de julio de 2023).

²⁰ Brodsky, Carroll. *The Harassed Worker*, Washington, Hearth. 1976.

²¹ Ochoa Díaz, César, Hernández Ramos, Eduardo, Guamán Chacha, Klever, y Pérez Teruel, Karina, “El acoso laboral”, *Revista Universidad y Sociedad*, vol.13, núm. 2, 2021, p. 113.

²² Arese, César, *op. cit.*, p. 161.

²³ Parra Cortés, Lina, *op. cit.*, p. 23.

²⁴ Piñuel, Iñiqui, *Mobbing. Cómo sobrevivir al acoso psicológico en el trabajo*, Santander, Editorial Sal Terrae. 2001. p. 55.

²⁵ López Pino, Carmen, *Acoso laboral: Ley 1010/2006*, Colombia. Editorial Universidad del

acoso, es el contexto de una relación laboral. En ese sentido, *ut supra* se delimitaron los contornos de lo que debe entenderse por dicha relación. Asimismo, se observa que la definición de acoso antes plasmada, implica actos repetitivos que ocasionan un daño, de distinta índole, que puede ser moral, psicológico o físico.

Ahora bien, el acoso laboral presenta diversas manifestaciones o tipologías; es decir, se puede presentar bajo una variedad de conductas, que parten de una violencia moral que engloba al acoso en sí, que puede darse con carácter “discriminatorio, ofensivo, humillante, intimidatorio o violento, o bien como una intrusión en la vida privada, incluyendo, en cualquier caso, la concurrencia aislada, simultánea o consecutiva de las acciones reprochables, la intimidación y el acoso sexual”.²⁶ Esta definición engloba las principales categorías o manifestaciones del acoso, que los autores suelen escindir de la siguiente manera.

1. Acoso moral o *mobbing*

Esta se asocia a persecuciones, hostigamiento principalmente de manera psicológica, que de alguna manera son intimidatorios y no se excluye que pueda llegar a ser de carácter física, como una de las manifestaciones más graves, al igual que generalmente es descendente.

Su desarrollo teórico se remonta a trabajos realizados por Lorenz, quien aplicó el término en el ámbito de grupos de animales para la exclusión de uno considerado como intruso. Luego, Heinmann trabajó el concepto a nivel escolar y posteriormente, Leyman, se refirió a esta idea como aquellas actitudes repetidas y frecuentes de carácter hostil en el ámbito laboral.²⁷

A los anteriores, se suman otros autores que han desarrollado la temática a profundidad, como lo es Hirigoyen, quien expresamente define el acoso laboral como

Por acoso en el lugar de trabajo hay que entender cualquier manifestación de una conducta abusiva y, especialmente, los comportamientos, palabras, actos, gestos y escritos que puedan atentar contra la personalidad, la dignidad, la integridad física o

Rosario, 2012, pp. 13-14.

²⁶ Parra Cortés, Lina, *op. cit.*, pp. 161-162.

²⁷ Arese, César, *op. cit.*, pp. 166-167.

psíquica de un individuo, o que puedan poner en peligro su empleo, o degradar el clima de trabajo.²⁸

Asimismo, en el concepto se incluyen diversas variantes, como es el *straining* que radica en forzar o presionar, sobre la base de la superioridad; el *stalking* basado en la persecución, asedio y asfixia, que puede trascender del ámbito laboral a la vida privada y el *bullying* que en un inicio se refería al acoso escolar, que también puede darse en el escenario laboral, mediante connotaciones, ofensas o agresiones, repetidas que minan al individuo.²⁹

Como corolario, y desde de la legislación colombiana, la Ley 1010/2006, estatuye como modalidades de acoso laboral, las siguientes, maltrato, persecución, discriminación, entorpecimiento, inequidad, y desprotección.

Visto lo anterior, esta es la modalidad o manifestación clásica del acoso que, como se observó, ocupa distintas subcategorías que pueden generarse en el marco del trabajo y califican como acoso. En síntesis, el *mobbing* implica violencia psicológica (pudiendo llegar a física), a través de diversas conductas que generan daño o malestar al individuo, que generalmente es repetitiva y sistemática.

Ahora bien, la doctrina insiste en escindir otra categoría de acoso de manera autónoma, denominado acoso discriminatorio, que procura la exclusión y menoscabo de derechos del sujeto, sobre la base de aspectos religiosos, de nacionalidad, étnicos, orientación sexual, edad, discapacidad, entre otras formas.³⁰ Sin embargo, consideramos que esta modalidad puede inscribirse en el denominado acoso laboral o *mobbing*.

Por otra parte, vale destacar que se habla también de un acoso organizacional, el cual se trata de prácticas reiteradas, originadas en los métodos de gestión empresarial, que tienen como finalidad alcanzar determinados objetivos empresarios para el aumento de productividad y la disminución de costo de trabajo, por medio de presiones, humillaciones y violencia física a los trabajadores en la empresa.³¹

²⁸ Hirigoyen, Marie-France. *El acoso moral El maltrato psicológico en la vida cotidiana*, Barcelona, Editorial Paidós, 1999, pp. 43-44.

²⁹ Arese, César, *op. cit.*, pp. 166-167.

³⁰ Moreno, Susana, “Apuntes sobre el concepto de acoso laboral. Tribuna social”, *Revista de Seguridad Social y Laboral*, núm. 218, 2009, p. 56.

³¹ Arese, César, *op. cit.*, pp. 161-162.

Por último, respecto al *sujeto activo* en el acoso puede ser ascendente (del subordinado al superior jerárquico), horizontal (entre iguales laboralmente) y descendente (del superior al subordinado), este último es el más usual, sobre la base de las relaciones de poder.³²

2. Acoso sexual

Se trata de un acoso que se vislumbra, no sólo en el ámbito laboral, sino en cualquier escenario. No obstante, también existe un acoso sexual en el marco de las relaciones laborales, particularmente por el tema relativo a la subordinación. Al respecto, el acoso sexual no es el objeto central de esta investigación, en todo caso, lo que sí es pertinente es lo relativo al acoso sexual laboral el cual es entendido como

Toda conducta con implicaciones sexuales no solicitadas ni deseadas por la persona a quien va dirigida, que surge de o en la relación de trabajo y que da por resultado la degradación y humillación de dicha persona, generando un ambiente de trabajo hostil.³³

Aquí se observa que sigue partiendo de la generalidad del acoso; pero se suma el aspecto o implicación sexual que, de igual manera, se traduce en una degradación y una humillación, y violencia en el marco del ambiente de trabajo, lo cual es violencia. El aspecto normativo de esta figura será revisado en los próximos capítulos.

V. El acoso en la legislación internacional y nacional

A nivel internacional, existen diversos instrumentos que se relacionan con el acoso, en el sentido que procuran enaltecer la dignidad humana, así como prevenir y erradicar estas prácticas. Así, se destaca especialmente la Observación

³² Parra Cortés, Lina, *op. cit.*, p. 53.

³³ Acevedo, Doris, Biaggi, Yajaira y Borges, Glanés, “Violencia de género en el trabajo: acoso sexual y hostigamiento laboral”, *Revista Venezolana de Estudios de la Mujer*, vol.14, núm. 32, 2009.

General número 18 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (2005), la cual expresamente consagra que

[...] Trabajo digno. Este es el trabajo que respeta los derechos fundamentales de la persona humana, así como los derechos de los trabajadores en lo relativo a condiciones de seguridad laboral y remuneración. [...] Estos derechos fundamentales también incluyen el respeto a la integridad física y mental del trabajador en el ejercicio de su empleo.³⁴

Asimismo, otros instrumentos internacionales también apelan en general al respeto de la dignidad humana. Pueden destacarse los siguientes: la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José (1969), entre otros.

Ahora bien, en específico existe un Convenio de la OIT sobre la violencia y el acoso (2019), el cual fue ratificado por Ecuador en fecha 19 de mayo de 2021, el cual es el primer instrumento especializado que alude a la violencia y el acoso en el trabajo, al respecto, consagra en el artículo 1, una concepción de lo que debe ser considerado como acoso

1. A efectos del siguiente convenio:

a) la expresión «violencia y acoso» en el mundo del trabajo designa un conjunto de comportamientos y prácticas inaceptables, o de amenazas de tales comportamientos y prácticas, ya sea que se manifiesten una sola vez o de manera repetida, que tengan por objeto, que causen o sean susceptibles de causar, un daño físico, psicológico, sexual o económico, e incluye la violencia y el acoso por razón de género [...].³⁵

Se denota que, la anterior concepción se corresponde con lo señalado anteriormente en el ámbito teórico. En el mismo orden, existe la recomendación 206 (2019) de la OIT, que también se refiere a la violencia y el acoso, consagrandolo en sus distintos artículos, los principios y ejes fundamentales para que los

³⁴ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General Número 18, 2005.

³⁵ Organización Internacional del Trabajo, Convenio sobre la violencia y el acoso, 19 de mayo de 2021, art. 1.

Estados desarrollen políticas y normativas para prevenir y erradicar este fenómeno, e igualmente, considerar una asistencia integral a las víctimas.

A nivel europeo, el 20 de septiembre de 2021, se generó una Resolución del Parlamento Europeo, relativa al acoso moral en el lugar de trabajo, la cual es también un precedente resaltante en materia de acoso moral en el trabajo, desligada al tema exclusivo del sexo; sino atendiendo al entorno hostil, esto sobre la base del incremento de casos de acoso que tiene lugar en el marco de la relación laboral.³⁶

Vale destacar que también existen algunos antecedentes importantes en la temática, como lo es el Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación) de 1958, que, como se analizó en apartados anteriores, existe una categoría de acoso que se inscribe en la discriminación; por lo que se erige como un precedente relevante, ya que el acoso también puede manifestarse a través de la discriminación laboral, y dicho convenio también desarrolla esta temática.

Por otra parte, existen instrumentos relacionados con la tutela de los derechos de las mujeres que, de alguna manera, inciden en la prevención y erradicación del acoso; pero en el contexto del género y las desigualdades, destacan la Resolución 48/104 de la Asamblea General relacionada con la Declaración sobre Eliminación de la Violencia contra la Mujer, la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW), la Plataforma de Acción de Beijing, entre otros.

Ahora bien, en el plano local, Ecuador materializó un instrumento normativo, en concreto, un Protocolo de Prevención y Atención de Casos de Discriminación, Acoso Laboral y/o toda Forma de Violencia contra la Mujer en los Espacios de Trabajo.

Más allá de lo anterior, no existe una normativa específica que regule la temática de manera amplia. A lo sumo, se consagra como causal para dar por terminada la relación laboral previo visto bueno, con la resolución favorable del Inspector de Trabajo, tal como lo contemplan los artículos 172 y 173 del Código de Trabajo.

Lo anterior difiere tanto de las políticas que se propugnan desde los instrumentos internacionales, como de la realidad de distintas legislaciones que han incorporado normas específicas y detalladas para hacer frente a la realidad del

³⁶ Bustos Rubio, Miguel. “El delito de acoso laboral: Exigencias europeas y análisis del tipo penal”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, España, núm. 1, 2013, pp. 20-21.

acoso en el marco de las relaciones laborales, tales como la colombiana,³⁷ por citar un ejemplo, que es de los Estados que han incorporado una legislación completa con respecto al acoso laboral.

En ese contexto, en el marco internacional se incentiva al desarrollo de una tutela de la relación laboral de manera integral, que incluya diversos ámbitos, donde tenga la obligación Ecuador, y se limite a la materialización del Acuerdo Ministerial No. MDT-2020-244. De todo esto, no escapa el derecho penal. Por ello, a continuación, se revisará el régimen jurídico-penal del acoso en el contexto ecuatoriano; sin menoscabo de analizar algunos aspectos de derecho comparado para determinar el estado de la cuestión, respecto a la consideración del acoso laboral como delito.

VI. Régimen jurídico-penal del acoso

Como se observó anteriormente, el acoso presenta distintas categorías o se genera en distintos escenarios, lo cual es latente en el ámbito penal. En ese sentido, la primera categoría —o la más extendida— ha sido el acoso de carácter sexual, el cual está consagrado en la mayoría de las legislaciones y se inscribe en los delitos contra la libertad e integridad sexual. Lógicamente, este fenómeno también se puede generar en el contexto laboral, con ocasión a la subordinación, propia de la relación laboral.

En efecto, en 2014, en la legislación ecuatoriana se publicó en Registro Oficial el Código Orgánico Integral Penal,³⁸ instrumento normativo que sistematizó los tipos penales en un único cuerpo y, adicionalmente, consagró el procedimiento para juzgar los delitos; es decir, albergó los aspectos de derecho penal material y procesal. Al respecto, dicho código consagró el acoso sexual como tipo penal, el cual tuvo una reforma en el año 2021, quedando consagrado al siguiente tenor:

Artículo 166. Acoso sexual. La persona que solicite algún acto de naturaleza sexual para sí o para un tercero, prevaliéndose de situación de autoridad laboral [...], con la amenaza de causar a la víctima o a un tercero un mal relacionado con las legítimas

³⁷ Ley 1010 de 2006, Diario Oficial 46.160, 23 de enero de 2006.

³⁸ Código Orgánico Integral Penal, Registro Oficial núm. 180,10 de febrero de 2014.

expectativas que pueda tener en el ámbito de dicha relación de subordinación, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a cinco años. [...] Las sanciones aumentarán en un tercio en los siguientes casos: a.- Si el sujeto activo causa un daño personal, laboral, educativo, profesional o patrimonial; o, b.- Si el sujeto activo es servidor público y utiliza los medios propios del cargo, además de la destitución e inhabilitación para ocupar empleo o cargo público, por un periodo igual al de la pena privativa de libertad impuesta [...] En todo momento el fiscal y/o juzgador que conozca estos casos debe garantizar que no se realicen diligencias o investigaciones revictimizantes de las que se pueda prescindir sin afectar los elementos probatorios. Para aquellas diligencias o investigaciones que tengan potencial revictimizante de las que no puede prescindirse deberá garantizar que se realicen de la manera que menos afecte los derechos e indemnidad física y psicológica de la víctima.³⁹

El artículo anterior refleja la tipificación del acoso sexual, observándose que la acción típica consiste en solicitar un acto de naturaleza sexual (sin que se materialice, ya que podría traducirse en otro tipo, como por ej. violación), sobre la base de una relación laboral de subordinación, con lo cual se trabaja únicamente con el acoso descendente, que es del superior al subordinado.

Adicionalmente se observa que, si se materializa el daño por las legítimas expectativas en juego, por ej. imposibilidad de ascender, un despido, entre otros, se traduce en una circunstancia agravante, existiendo otra también cuando se habla de servidores públicos como sujeto activo.

Por último, se evidencia que la normativa procura evitar la revictimización, estableciéndose que se debe trabajar en aras de evitar que la víctima sea afectada nuevamente en el marco del sufrimiento del acoso, por todo lo que implica y más cuando se habla de acoso en el plano sexual.

Ahora bien, la revisión de los tipos penales del Código Orgánico Integral Penal, permite identificar dos contravenciones relativas al acoso, pero circunscritas al ámbito escolar y académico, las cuales fueron incorporadas en la segunda reforma del año 2021, que dispone lo siguiente:

Art. 154.3.- Contravenciones de acoso escolar y académico.

1. Acoso académico: Se entiende por acoso académico a toda conducta negativa, intencional, metódica y sistemática de agresión, intimidación, ridiculización, difamación, coacción, aislamiento deliberado, amenaza, incitación a la violencia, hos-

³⁹ *Ibidem*, artículo 166.

tigamiento o cualquier forma de maltrato psicológico, verbal, físico que, de forma directa o indirecta, dentro o fuera del establecimiento educativo, se dé por parte de un docente, autoridad o con quienes la víctima o víctimas mantiene una relación de poder asimétrica que, en forma individual o colectiva, atenten en contra de una o varias personas, por cualquier medio incluyendo a través de las tecnologías de la información y comunicación. Esta contravención será sancionada con una o más de las medidas no privativas de libertad previstas en los números 1, 2, 3 y 6 del artículo 60 de este Código, y además el juzgador impondrá las medidas de reparación integral que correspondan según el caso. 2. Acoso escolar entre pares: Cuando las mismas conductas descritas en el párrafo anterior se produzcan entre estudiantes niñas, niños y adolescentes, se aplicarán las medidas socioeducativas no privativas de libertad correspondientes y el tratamiento especializado reconocido en la ley de la materia, garantizando los derechos y protección especial de niñas, niños y adolescentes.⁴⁰

Además de los artículos anteriores, en el artículo 154.2 se tipifica una figura denominada “hostigamiento”, el cual consagra como conducta típica lo atinente a la molestia, perturbación o angustia reiterada que procure una persona a otra, empero, a través de medios tecnológicos o digitales.

Fuera de los casos anteriores, en la legislación ecuatoriana no existe un tipo específico relativo al acoso laboral u hostigamiento en ese marco, a diferencia de otras legislaciones, como la española⁴¹ y la colombiana (esta última, en menor medida), que han incorporado una figura específica de acoso en el marco laboral, que viene a marcar un nuevo panorama en la temática, en virtud que, a lo sumo, el acoso ha sido típico particularmente cuando se circunscribe al ámbito sexual, pero en la actualidad, ya se habla del acoso laboral como figura específica del derecho penal.

En ese orden de ideas, para determinar el alcance del delito de acoso laboral, se realizará un análisis típico de las regulaciones de las mencionadas legislaciones. El primer aspecto a delimitar es lo referente al bien jurídico tutelado, aspecto que presenta cierta discusión, ya que existe un conector específico relativo a la relación de trabajo (o funcional); por ende, no se requiere que se lesione un derecho del trabajador, sino un derecho atinente a toda persona, como lo es la dignidad y la integridad moral.⁴² No obstante, se aduce que la dignidad,

⁴⁰ *Ibidem*, artículo 154 numeral 3.

⁴¹ Ley Orgánica 5/2010, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 152, de 22 de junio de 2010.

⁴² Serrano Romero, José, “Regulación legal del *mobbing*: laboral, administrativa, civil y pe-

realmente, no es un bien jurídico, sino un eje transversal de los derechos fundamentales que, en concreto, se circunscribe a la integridad moral, entendida en general como el derecho de las personas a no sufrir sensaciones de dolor o sufrimiento, así como tratos humillantes, vejatorios o envilecedores.⁴³

El Código Penal español, en su numeral 1 del artículo 173 incluido en el título de las torturas y otros delitos contra la integridad moral, establece que

Artículo 173. 1. El que infligiera a otra persona un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años. [...] Con la misma pena serán castigados los que, en el ámbito de cualquier relación laboral o funcionarial y prevaliéndose de su relación de superioridad, realicen contra otro de forma reiterada actos hostiles o humillantes que, sin llegar a constituir trato degradante, supongan grave acoso contra la víctima. [...] Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis, una persona jurídica sea responsable de los delitos comprendidos en los párrafos anteriores, se le impondrá la pena de multa de seis meses a dos años. [...].⁴⁴

Con respecto a la legislación colombiana, se consagró la Ley 1482, que en sus artículos 3 y 5 tipifica el hostigamiento por distintos motivos, el cual se agrava cuando es realizado por servidores públicos, y cuando se oriente a negar o restringir derechos laborales, tal como se observa de seguidas

Artículo 134 A. Actos de Racismo o discriminación. El que arbitrariamente impida, obstruya o restrinja el pleno ejercicio de los derechos de las personas por razón de su raza, nacionalidad, sexo u orientación sexual, incurrirá en prisión de doce (12) a treinta y seis (36) meses y multa de diez (10) a quince (15) salarios mínimos legales mensuales vigentes. Artículo 134C. Circunstancias de agravación punitiva. Las penas previstas en los artículos anteriores, se aumentarán de una tercera parte a la mitad cuando: [...] 3. La conducta se realice por servidor público. [...] 6. La conducta esté orientada a negar o restringir derechos laborales.⁴⁵

nal. Especial referencia a la reforma penal operada en esta materia por LO. 5/2011”, en *Diario La Ley*, núm. 7650, 2011, p. 1489; y Bustos Rubio, Miguel, *op. cit.*, p. 30.

⁴³ Sempere Navarro, Antonio, “Restrictivo concepto de acoso laboral a efectos penales”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 2, 2021, pp. 7 y ss.

⁴⁴ Código Penal, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 281, 24 de noviembre de 1995, art. 173 numeral 1.

⁴⁵ Ley 1482, *Diario Oficial*, 48270, 1 de diciembre de 2011, art. 3 y art. 5.

De acuerdo con los anteriores artículos, se denota que particularmente ambas legislaciones consagran que el sujeto activo es indeterminado, al estatuirse el término *quien* o el *que*. Sin embargo, esto presenta ciertas particularidades, en vista que ambos tipos coinciden en que se trabajan bajo la rúbrica de circunstancias agravantes, existiendo una específica en el artículo 134c de Colombia, que agrava el tipo de hostigamiento, cuando el sujeto activo es un servidor público; y el Código Penal español trabaja de manera similar, al considerar una agravante cuando se genere en cualquier ámbito de la relación laboral, funcional o prevaleciendo de su relación de superioridad, lo cual implica que en principio el sujeto activo puede ser indeterminado para el caso del hostigamiento; pero, para aplicar la circunstancia agravante, se exige que el sujeto forme parte de la relación laboral.

La misma observación opera en relación con el sujeto pasivo, que en principio se podría inferir que es indeterminado; empero, si se condiciona al sujeto activo a que se trate de un sujeto en el marco de una relación laboral, igual aspecto se extiende al sujeto pasivo.

La acción típica en el Código Penal español, consiste en actos reiterados hostiles y humillantes, que supongan grave acoso contra la víctima, siendo criticable lo atinente a señalar que se apela al término *acoso*, ya que no es recomendable que se apele al mismo *nomen iuris* del delito para tipificar una conducta típica (por ejemplo, robar, estafar, entre otras). Sin embargo, el hecho de aludir al acoso, no deja dudas que el tipo se trata del delito de acoso.

En el caso de la ley colombiana, se tipifica impedir, obstruir o restringir el ejercicio de los derechos de las personas, en el marco del racismo o la discriminación, estableciéndose una circunstancia agravante cuando la conducta se oriente a negar o restringir derechos laborales. Justamente, esta última regulación se distancia del acoso laboral, sino más bien se inscribe en la discriminación, que, si bien puede comulgar con el acoso, no es una tipificación especializada en su marco, sino sólo en una modalidad como lo es la mencionada.

En el caso de Ecuador, existe un tipo penal relativo a la discriminación. El artículo 176, relativo a la práctica o incitación de distinción, restricción, exclusión, o preferencia debido a diversos aspectos como nacionalidad, sexo, edad, entre otros. Esta es una circunstancia agravante cuando sea ordenada o ejecutada por servidores públicos.

Respecto a los elementos accidentales del tipo, se precisa que el objeto material es definido como la persona o cosa sobre la cual recae la conducta, que

en este caso, sería la persona o sujeto pasivo del acoso. Y en relación con las circunstancias, se denota que estas se presentan en ambos tipos, ya que los delitos en los términos redactados, las conductas no necesariamente deben darse en el marco de las relaciones laborales, sino que, más bien, es una circunstancia excepcional.

Por otra parte, en relación con el tipo subjetivo, la conducta es dolosa en ambos tipos, ya que no se establecen indicadores de culpa y, por la naturaleza de los actos, estos deben ser conocidos y queridos.

En síntesis, en Ecuador no existe un tipo penal específico relacionado con el acoso laboral, aunque se consagran ciertas figuras próximas, como el acoso sexual, hostigamiento, discriminación, acoso escolar o académico, sin que puedan llenar el vacío de un tipo específico de acoso en el marco laboral, fuera del de carácter sexual.

VII. Conclusiones

Ha sido un largo camino para lograr conformar las concepciones actuales de la relación laboral, y a pesar de que falte un largo camino por recorrer, existen ciertos contornos que han delimitado el alcance de dicha relación, y que implican el respeto de los derechos humanos de los trabajadores, independientemente el rol que ocupen.

En ese contexto, más allá de la tutela de la dignidad humana, existen otros derechos que también deben ser respetados en el marco de una relación laboral, especialmente respecto a la integridad moral, entendida como el derecho de las personas a no sufrir ningún trato humillante, vejatorio, envilecedor que impliquen sufrimiento o dolor.

Por ello, dicha integridad moral se ve comprometida cuando se realizan conductas que se inscriben en el marco de lo que debe entenderse por acoso, el cual está ligado en general a la violencia y abarca acciones y enfermedades provocadas por las condiciones de trabajo.

En ese contexto, se determinó que, el acoso, tiene como fin menoscabar desde el punto psicológico a la persona en el lugar de trabajo, lo cual consume emocionalmente a la víctima y genera diversas consecuencias, entre las cuales destaca la salida del trabajo, ejercer control sobre ella y daños en general, los cuáles se logran a través de actos que frecuentemente son repetitivos.

A nivel internacional, existen diversos instrumentos que se relacionan con el acoso. Pueden destacarse la Observación General Número 18 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (2005), que enarbola el trabajo digno, al cual se suman la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José (1969), entre otros, que profesan el respeto por la dignidad humana en cualquier contexto.

En el mismo orden de ideas, como instrumentos específicos, se ubican el Convenio de la OIT sobre la violencia y el acoso (2019), la recomendación 206 (2019) de la OIT, que también se refiere a la violencia y el acoso; a nivel europeo, en fecha 20 de septiembre de 2021, se generó una Resolución del Parlamento Europeo, relativa al acoso moral en el lugar de trabajo, desligada al tema exclusivo del sexo, sino atendiendo al entorno hostil, esto sobre la base del incremento de casos de acoso que tiene lugar en el marco de la relación laboral entre otros instrumentos que procuran erradicar la discriminación, como lo es el Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación) de 1958.

En el plano local, Ecuador cuenta con un Protocolo de Prevención y Atención de Casos de Discriminación, Acoso Laboral y/o toda Forma de Violencia contra la Mujer en los Espacios de Trabajo, y no existe una normativa específica que regule la temática de manera amplia, ni siquiera en el Código de Trabajo, siendo únicamente causal de despido.

En otro orden, en el ámbito penal se observó que no existe un tipo penal específico relativo al acoso laboral. Únicamente, existe el tipo penal de acoso sexual, que puede ser cometido en el marco de una situación de autoridad laboral sobre la base de las legítimas expectativas de dicha relación. Sin embargo, se limita a la solicitud de actos de naturaleza sexual.

Asimismo, existen dos contravenciones que se relacionan con el acoso, como lo son el acoso escolar y el hostigamiento, siendo limitantes con respecto a su aplicación, ya que el acoso escolar se circunscribe al ámbito escolar y el hostigamiento, se limita al empleo de medios tecnológicos para su realización, excluyendo hostigamientos fuera de dicho espectro.

Como corolario, existen algunos tipos que se aproximan al acoso, como lo es la discriminación, sin embargo, no hay una tipificación específica, como si ocurre en algunas legislaciones como lo es la española y la colombiana, que son

específicos pero derivados del hostigamiento, materializándose en el ámbito laboral como una circunstancia agravante.

VIII. Bibliografía

- Acevedo, Doris, Biaggi, Yajaira y Borges, Glanés, “Violencia de género en el trabajo: acoso sexual y hostigamiento laboral”, *Revista Venezolana de Estudios de la Mujer*, vol.14, núm. 32, 2009.
- Arese, César, *Derechos humanos laborales: teoría y práctica de un nuevo derecho del trabajo*, Argentina, Rubinzal-Culzoni Editores, 2014.
- Arias Díaz, María Dolores, “El sujeto del Derecho: La persona física”, en Ruiz, José Manuel, Gálvez, Antonio y Arias Díaz, María Dolores (coords.), *Lecciones de derecho civil*, España, Editorial Tecnos, 2020.
- Bustos Rubio, Miguel, “El delito de acoso laboral: exigencias europeas y análisis del tipo penal”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, España, núm. 1, 2013.
- Brodsky, Carroll, *The Harassed Worker*, Washington, Hearth, 1976.
- Código Orgánico Integral Penal, Registro Oficial núm. 180, 10 de febrero de 2014.
- Código Penal, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 281, 24 de noviembre de 1995.
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General Número 18*, 2005.
- Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008.
- Corporación de Estudios y Publicaciones, *Diccionario jurídico elemental*, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2018.
- Ecuador *Corte Constitucional del Ecuador*, “Sentencia”, En Caso n.º 986-19-JP, 21 de diciembre de 2021.
- Fernández Vintimilla, Eugenio, *Los Costos laborales y del IESS*, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2013.
- Forastieri, Valentina, “Prevención de riesgos psicosociales y estrés laboral”, *Boletín internacional de investigación sindical: Riesgos psicosociales, estrés y violencia en el mundo del trabajo*, Ginebra, núm. 1-2, 2016.

- Gea Izquierdo, Enrique, *Salud ambiental*, Quito, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, 2015.
- Herrera, Alexandra y Alberto Jhayya, *Diccionario derecho laboral*, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2018.
- Hirigoyen, Marie-France, *El acoso moral El maltrato psicológico en la vida cotidiana*, Barcelona, Paidós, 1999.
- Ley 1010 de 2006, *Diario Oficial*, 46.160, 23 de enero de 2006.
- Ley Orgánica 5/2010, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 152, de 22 de junio de 2010.
- Ley 1482, *Diario Oficial* 48270, 1 de diciembre de 2011.
- López Pino, Carmen, *Acoso laboral: Ley 1010/2006*, Colombia, Editorial Universidad del Rosario, 2012.
- Monesterolo Lencioni, Graciela, *Instituciones de derecho laboral individual: herramientas didácticas*, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2007.
- Monesterolo Lencioni, Graciela, *Régimen jurídico laboral del sector privado*, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones-Centro de Publicaciones de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, 2018.
- Moreno, Susana, “Apuntes sobre el concepto de acoso laboral”. *Tribuna Social. Revista de Seguridad Social y Laboral*, núm. 218, 2009.
- Ochoa Díaz, César, Hernández Ramos, Eduardo, Guamán Chacha, Klever, y Pérez Teruel, Karina, “El acoso laboral”, *Revista Universidad y Sociedad*, vol. 13, núm. 2, 2021.
- Organización Internacional del Trabajo, *Convenio sobre la violencia y el acoso*, 19 de mayo de 2021.
- Parra Cortés, Lina, “Aportes para el desarrollo normativo sobre acoso laboral en Ecuador: La experiencia de la Ley 1010 de 2006 en Colombia”, *Revista de Derecho Foro*, núm. 24, 2015.
- Piñuel, Iñaqui, *Mobbing: Cómo sobrevivir al acoso psicológico en el trabajo*, Santander, Editorial Sal Terrae, 2001.
- Ramos Quintana, Margarita, “Enfrentar la violencia y el acoso en el mundo del trabajo: la discusión normativa de la OIT”, *Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, núm. 138, 2018.
- Sánchez Parga, José, *Poder, política y gobierno en Maquiavelo*, Quito, Abya Yala-Universidad Politécnica Salesiana, 2012.

- Selma Penalva, Alejandra, “Ámbito de aplicación del derecho del trabajo”, en Selma Penalva, Alejandra y Cuadros Garrido, María Elisa (dirs.), *Cuestiones básicas de Derecho del Trabajo*, Costa Rica, COLEX, 2022.
- Sempere Navarro, Antonio, “Restrictivo concepto de “acoso laboral” a efectos penales”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 2, 2021.
- Serrano Romero, José, “Regulación legal del mobbing: laboral, administrativa, civil y penal. Especial referencia a la reforma penal operada en esta materia por LO. 5/2011”, en Diario La Ley, n.º 7650, año 2011, p. 1489.
- Suiza Organización Internacional del Trabajo, “Trabajo decente”, Organización Internacional del Trabajo, párr. 1. <http://www.oit.org/global/topics/decent-work/lang-es/index.htm> (fecha de consulta: 14 de julio de 2023).
- Vásquez López, Jorge, *Nuevo Derecho Laboral Ecuatoriano*, Quito, Cevallos Editora Jurídica, 2017.
- Zavala Gamboa, Oscar, “El poder del empleador como elemento distintivo de la relación laboral”, *Revista Internacional y comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 2, núm. 3, 2014.
- Zippelius, Reinhold, *Teoría general del Estado: ciencia de la política*, Ciudad de México, Porrúa-Universidad Nacional Autónoma de México, 2017.

La dignificación plena del trabajo doméstico asalariado: pasos adelante y tareas pendientes. Un repaso a las últimas reformas en España desde la perspectiva del feminismo jurídico

The full dignification of salaried domestic work: steps forward and pending tasks. A review of the latest reforms in Spain from the perspective of legal feminism

La pleine dignité du travail domestique salarié: les progrès et les tâches en suspens. Revue des dernières réformes en Espagne du point de vue du féminisme juridique

Adoración **Guamán Hernández**

 <https://orcid.org/0000-0002-7405-7478>

Universidad de Valencia. España

Correo electrónico: adoracion.guaman@uv.es

Recepción: 14 de enero de 2024

Aceptación: 25 de abril de 2024

DOI: <https://doi.org/10.22201/ijj.24487899e.2024.39.18851>

RESUMEN: En el trabajo doméstico asalariado confluyen diversos ejes de subdiscriminación —feminización, informalidad y condición migratoria— que exigen un análisis interseccional de su realidad y de los elementos de regulación, como vía imprescindible para abordar las reformas necesarias de los marcos normativos que lo encuadran. Así, el Convenio 189 sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos de 2011, fue una norma fundamental cuyo desarrollo a nivel estatal debe ser evaluado a la luz de la perspectiva de género, y con los postulados del feminismo jurídico. Para efectos de plasmar este análisis en un caso concreto, se revisa el caso español; en concreto el Real Decreto-ley 16/2022, de 6 de septiembre, para la mejora de las condiciones de trabajo

y de seguridad social de las personas trabajadoras al servicio del hogar. Se indican los avances y las metas que aún quedan por alcanzar para la consecución de la eliminación de las discriminaciones sexogénicas, que se mantienen respecto de esta relación laboral. Esta revisión es imprescindible para la construcción de un “derecho del trabajo feminista”, que consiga la igualdad de género real y efectiva en el ámbito de las relaciones de trabajo.

Palabras clave: trabajo doméstico, igualdad y no discriminación, feminismo jurídico, derecho del trabajo feminista, interseccionalidad.

ABSTRACT: In the domestic work of wage workers, various subordination areas (demonization, informality and migratory status) are combined, requiring an analysis of their reality and the regulation elements, as a necessary means of addressing the necessary reforms of the regulatory frameworks. Thus, Convention 189 on Women and Domestic Workers of 2011 was a fundamental standard whose development at the state level should be assessed in the light of the gender perspective and the postulates of legal feminism. In order to translate this analysis into a specific case, the Spanish case is reviewed, namely Royal Decree-Law 16/2022 of 6 September, for the improvement of working conditions and social security for working people in the service of the home, indicating the progress and goals that remain to be achieved in achieving the elimination of sexogeneric discrimination that persist in relation to this employment relationship. This review is essential for the construction of a Feminist Labour Law and for the achievement of real and effective gender equality in the field of working relations.

Keywords: domestic work, equality and no-discrimination, juridical feminism, feminist labor law, intersectionality.

RÉSUMÉ: Dans le travail domestique des travailleurs salariés, divers domaines de subordination (féminisation, informel et statut migratoire) sont combinés, nécessitant une analyse intersectionnelle de leur réalité et des éléments de réglementation, comme moyen nécessaire pour aborder les réformes nécessaires des cadres réglementaires qui l'encadrent. Ainsi, la Convention 189 sur les femmes et les travailleurs domestiques de 2011 était une norme fondamentale dont l'élaboration au niveau de l'État devait être évaluée en tenant compte de la perspective sexospécifique et des postulats du féminisme juridique. Afin de traduire cette analyse en un cas spécifique, le cas espagnol est examiné, à savoir le décret-loi royal 16/2022 du 6 septembre, pour améliorer les conditions de travail et la sécurité sociale des travailleurs au service du foyer, en indiquant les progrès et les objectifs qui restent à atteindre pour éliminer la discrimination sexospécifique qui persiste dans le cadre de cette relation de travail. Cette révision est essentielle pour la construction d'une "Loi du travail féministe" qui permettra d'atteindre une égalité réelle et effective des sexes dans le domaine des relations de travail.

Mots-clés: travail domestique, égalité et non-discrimination, féminisme juridique, droit du travail féministe, intersectionnalité.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *¿Un derecho feminista del trabajo?*. III. *El Convenio 189 de la OIT. Breve referencia a un texto histórico*. IV. *El Real Decreto-ley 16/2022, de 6 de septiembre, para la mejora de las condiciones de trabajo y de Seguridad Social de las personas trabajadoras al servicio del hogar*. V. *La finalidad del Real Decreto-ley 16/2022*. VI. *La mejora, sin equiparación, de las condiciones laborales de las trabajadoras domésticas*. VII. *La prevención de riesgos laborales y el camino que falta por recorrer*. VIII. *La formación profesional*. IX. *Personas empleadoras en situación de vulnerabilidad*. X. *Referencias*.

I. Introducción

La adopción del Convenio sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos marcó un antes y un después en la introducción de la perspectiva de género, en el ámbito del derecho internacional del trabajo, que tuvo, o debería tener, una repercusión clara en los ordenamientos estatales. Por un lado, el Convenio cristalizó las luchas históricas por el reconocimiento de la laboralidad del trabajo doméstico;¹ por otro lado, se explicitó en el lenguaje la perspectiva de género y, por primera vez se incluyó la expresión “trabajadoras y trabajadores” en la rúbrica de una norma internacional de la OIT (el lenguaje inclusivo no se incluyó en su articulado, aunque se explica el uso del masculino-neutro en su artículo 1.2). Además, y de importancia fundamental, el Convenio sitúa el trabajo decente íntimamente vinculado a la consecución de la igualdad sexo-genérica en el trabajo.

¹ Sobre la historia de la evolución del reconocimiento del trabajo doméstico en la OIT se remite a: Cabeza Pereiro, Jaime, “El trabajo doméstico en la normativa de la OIT”, *Trabajo y Derecho: Nueva Revista de Actualidad y Relaciones Laborales*, núm. 9, 2019 ; Grau Pineda, María del Carmen, “De sirvientas a trabajadoras: la necesaria ratificación del Convenio 189 OIT sobre trabajo decente para las trabajadoras y los trabajadores domésticos”, *Lex Social: Revista de los Derechos Sociales*, vol. 9, núm. 2, 2019, pp. 47-90 ; Vela Díaz, Raquel, “La promoción internacional de un trabajo decente para las personas empleadas de hogar: el Convenio 189 de la OIT sobre los trabajadores domésticos”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social: Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, núm. 127, 2017, pp. 277-302. y en extenso a la interesante y documentada tesis doctoral de Olga Lenzi, defendida en el departamento de Derecho del Trabajo y de la seguridad social de la Universitat de València en el año 2023, con el título: *El trabajo doméstico: un análisis jurídico a la luz del paradigma internacional del trabajo decente*.

La recepción en el ámbito estatal aún está por completarse; pero los avances en algunos marcos normativos son indudables, muy concretamente en el ámbito español. Así, el Real Decreto-ley 16/2022, aprobado en España el 6 de septiembre de aquel año, para la mejora de las condiciones de trabajo y de Seguridad Social de las personas trabajadoras al servicio del hogar, es un ejemplo de un importante paso adelante. Un avance que no oculta las cuestiones que siguen pendientes de tratamiento normativo para conseguir la plena eliminación de la situación de discriminación interseccional permanente que atraviesa al trabajo doméstico.

El presente texto ofrece un análisis de la normativa señalada, con especial atención a la regulación española, sus virtudes y sus tareas pendientes, utilizando para ello como marco teórico el feminismo jurídico aplicado al *iuslaboralismo* o, según la terminología que se aplicará en este texto, el “derecho feminista del trabajo”.

II. ¿Un derecho feminista del trabajo?

El *iuslaboralismo* crítico, aquel que se enuncia desde los postulados de la no neutralidad de las y los juristas y que piensa el trabajo en el marco de una agenda de la transformación social, no ha dudado en situar al derecho del trabajo como uno de los elementos fundamentales de una agenda emancipatoria, pensándolo como herramienta para la redistribución de la renta y la riqueza, la mejora permanente de las condiciones de vida de las mayorías sociales y la desaparición de las discriminaciones sexogénicas.

El reconocimiento —o incluso la necesidad— de reconstruir el carácter tuitivo de los ordenamientos laborales, está cobrando un renovado espacio doctrinal y político en esta última década.² Más allá de las disquisiciones clásicas, el

² Evidentemente, el debate no es nuevo. Debe recordarse como los grandes maestros del *iuslaboralismo* plantearon con claridad necesidad de “[...] ser conscientes del carácter dialéctico del Derecho y, en consecuencia, tomar posición por la defensa de unos intereses de clase determinados, acabando así con las mixtificaciones de la neutralidad del jurista o del paternalismo demagógico —principio pro-operario u otros del género. En otras palabras, habrá que trasladar, con todas sus consecuencias, la lucha de clases al derecho y al análisis jurídico” Sala Franco, Tomás, “El realismo jurídico en la investigación del derecho del trabajo”, en *El derecho del trabajo ante el cambio social y político. Coloquio sobre relaciones laborales Jaca 1976*, Zaragoza,

momento presente tiene un clivaje adicional y fundamental, por cuanto, desde las perspectivas críticas, se interroga ahora al derecho del trabajo sobre su capacidad de ser un elemento efectivamente transformador en términos, no solo de clase, sino también de género.

El primer debate, central y secular, ha estado presente en los fundamentos del derecho del trabajo desde su nacimiento y ha marcado, de manera explícita o no, su evolución, siempre vinculada de manera incontestable a la relación de fuerzas, la lucha de clases y la relación capital-trabajo. Como en el conjunto de las ciencias sociales, la construcción histórica de nuestra disciplina evidencia que, el eje de dominación preferentemente analizado por la doctrina crítica ha sido el eje capital-trabajo, dejando de lado otros sistemas de opresión-dominación respecto de los cuales el derecho en general, y el *inslavoralismo* en particular, se ha afirmado de manera errónea como “neutros”. Así, el derecho del trabajo, ordenamiento basado en el reconocimiento de la asimetría de las partes y en la articulación de mecanismos de mitigación de esta, no ha incorporado el análisis y la crítica, al menos no hasta una época reciente, del otro eje de discriminación que, junto con el de clase, ha vertebrado y estructurado las relaciones sociales: el patriarcado.³ Así, aún son singulares los planteamientos que parten de un planteamiento feminista, entendiendo por este el prisma que nos permite, dado su carácter de proyecto emancipatorio, poner en cuestión el conjunto del modelo para evolucionar, como grupo, de una situación de subordinación a otro sistema relacional.

La fundamentación de la necesidad de abordar sin dilación la construcción de un derecho del trabajo, libre de subordiscriminaciones sexogenéricas,⁴ pue-

Universidad de Zaragoza, 1977, p. 67. No puede dejar de citarse a los maestros franceses en su clásica elaboración del “derecho capitalista del trabajo”, que señalaban que “la technique juridique n’est pas neutre, elle est servante du maître qu’elle se choisit” Collin, Francis *et al.*, *Le droit capitaliste du travail*, Collection Critique du droit 5, Grenoble, Presses universitaires de Grenoble, 1980, p. 259.

³ Entenderemos patriarcado, sencillamente, como el sistema de estructuras y prácticas con el que se domina, oprime y explota al género femenino.

⁴ La filósofa Maggie Barrère nos propone el concepto de “subordiscriminación”, que acogemos como idóneo en este trabajo para tratar la cuestión en el ámbito laboral. La autora afirma que se trata de un término que permite designar el conjunto de tratos que “adquiriendo significación en uno o varios sistemas de poder, inferiorizan el estatus de ciertos grupos sociales e impiden que ese estatus cambie (es decir, que lo reproducen)”. La idoneidad del término se potencia en el ámbito laboral donde, como decíamos, el elemento de subordinación exis-

de realizarse tanto desde un punto de vista jurídico-histórico como desde una perspectiva sociológica-laboral.

De entrada, es importante recordar que, el Derecho del Trabajo, tiene un carácter profundamente androcéntrico, siendo evidente, como en el resto de las ramas del derecho, su funcionalidad al orden patriarcal-capitalista. Es siempre necesario retomar los aportes de Federici,⁵ que afirmó que la conjunción entre patriarcado y capitalismo permitió que una enorme porción de la actividad generadora de riqueza —la que invertían las mujeres en el cuidado de la vida— dejara de reconocerse como generadora de valor y por tanto no meritoria de salario. Anotar esto es fundamental para comprender los mecanismos y los procesos históricos que llevaron a normalizar la desvalorización y la invisibilización del trabajo de cuidados y a su naturalización como ocupación de las mujeres. En otras palabras, la mitad del trabajo, la que permitía la reproducción de la mano de obra, dejaba de pagarse porque se subsumía en la vida del varón, invisible, forzosa. Así, se desplazaron determinados costes producidos en el mercado capitalista hacia el ámbito doméstico lo cual permitió ampliar la parte no pagada del día de trabajo, usando el salario masculino para acumular trabajo femenino.

tente *per se* ha opacado históricamente la percepción de otros ejes de dominación que existen, como existen en el resto de las relaciones sociales y jurídicas, derivadas de los clivajes sexogenéricos o raciales. Con el concepto de “subdiscriminación”, Barrère nos abre la puerta a una crítica y redefinición del concepto de discriminación y su uso formalista/individualista. Para esto, vincula la discriminación a la opresión y a la dominación, para así considerar el concepto anclado (vertebrado) por las profundas injusticias enraizadas en normas y estereotipos que sufren algunos grupos. La discriminación por motivos sexogenéricos, por tanto, no puede considerarse como algo puntual o excepcional, sino como un fenómeno sistémico. Así, las actuaciones discriminatorias ni tienen que resultar evidentes ni necesariamente intencionales, y el juicio de similitud para valorar la existencia de discriminación no se fundamenta en la concurrencia de una “categoría diferente”, sino en la subsistencia de un sistema de opresión construido sobre ella. Por tanto, “la discriminación constituirá la manifestación individualizada de un sistema de opresión/dominación” lo cual permite ampliar el fenómeno para dar cabida a la idea de “opresión intergrupal”. Vid. Barrère Unzueta, Maggie, “Vulnerabilidad vs. Subdiscriminación? Una mirada crítica a la expansión de la vulnerabilidad en detrimento de la perspectiva sistémica”, en A., Martha, *Fineman and legal equality: Vulnerability vs. Subdiscrimination?*, 2016. Barrère Unzueta, María Angeles y Morondo Taramundi, Dolores, “Subdiscriminación y discriminación interseccional: elementos para una teoría del derecho antidiscriminatorio”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 45, 2011, pp. 15-42.

⁵ Federici, Silvia, *Calibán y la bruja: Mujeres, cuerpo y acumulación primitiva*, Madrid, Traficantes de Sueños, 2010.

El complemento necesario para asentar la división sexual del trabajo fue la expulsión de las mujeres del trabajo considerado como “productivo”. La temprana extensión de la afirmación de que “los talleres no son lugar para mujeres” fue articulada y expandida a través de una férrea construcción teórica y dialéctica. La oposición de las mujeres en la vida laboral, justificada y “compensada” mediante el salario familiar (nunca suficiente)⁶ no se plasmó, como han develado múltiples historiadoras y sociólogas, en una salida real de las mujeres del día a día de las fábricas.⁷ Esta situación tuvo, como aliada necesaria, la regulación del trabajo; una normativa incipiente que, o no contempló la realidad femenina, o la subordinó absolutamente, cual infante o persona no capaz, a la voluntad de cualquier varón de la familia o directamente le prohibió la entrada a diversas profesiones⁸. Sin embargo, los datos demuestran como, en realidad, las mujeres nunca dejamos el tajo. Es más, Borderías afirma que “numerosos estudios coinciden en que durante el XIX solo algunos de los estratos más cualificados de las clases obreras tenían salarios que podían servir a la subsistencia familiar. La mayoría de la clase obrera necesitaba la acumulación de otras rentas que eran provistas por las esposas o por los hijos en edad de trabajar”.⁹

El advenimiento de la sociedad salarial no modificó esta división; al contrario, la sociedad salarial estuvo diseñada sobre ejes de exclusión de las mujeres o, en todo caso, sobre un modelo de reconocimiento de derechos basado en la “igualación al contrario”.¹⁰ Así, el derecho del trabajo democrático —en España aquel edificado durante la II República (1931), y sobre todo, a partir de 1978— se construyó sobre una base material clara: el trabajo realizado por un

⁶ Federici, Silvia, *El patriarcado del salario. Críticas feministas al marxismo*, Madrid, Traficantes de Sueños, 2018.

⁷ Borderías Mondejar, Cristina, “Suponiendo que ese trabajo lo hace la mujer. Organización y valoración de los tiempos de trabajo en la Barcelona de mediados del siglo XIX”, en Carrasco, Cristina (ed.), *Tiempos, trabajos y género*, Barcelona, Publicacions Universitat de Barcelona, 2001; Borderías Mondejar, Cristina, Carrasco Bengoa, Cristina y Alemany, Carme (comp.), *Las mujeres y el trabajo: rupturas conceptuales*, Icaria, 1994; Carrasco, Cristina et al., *El trabajo de cuidados: historia, teoría y políticas*, Madrid, Los Libros de la Catarata, 2011.

⁸ Escribano, Juan, *La mujer trabajadora en el derecho histórico del trabajo en España*, España, Comares, 2019.

⁹ Borderías, Cristina, “Salarios y subsistencia de las trabajadoras y trabajadores de “La España Industrial, 1849-1868”, *Barcelona Quaderns d'Història*, 12 de enero de 2004, pp. 223-37.

¹⁰ Fraser, Nancy, *Los talleres ocultos del capital. Un mapa para la izquierda*, Madrid, Traficantes de sueños, 2020.

varón que, no sólo no requería tiempo para las obligaciones de cuidados, que no entendía como propias, sino que acumulaba sobre su persona el trabajo de cuidado de las mujeres que lo rodeaba; un tiempo de cuidados que era invisibilizado, no reconocido, no regulado y no pagado, ni directa ni indirectamente —ni salario, ni cotización, ni pensiones— y que se entendía subsumido en el salario familiar.

Este modelo de trabajador asalariado, sobre el que se fundamentó la construcción de los derechos laborales, presupuso que el trabajador masculino llegaba vestido —y alimentado y cuidado— a la empresa porque otra persona, una mujer, quien cubría sus necesidades vitales sin recibir una remuneración, aun formando parte imprescindible de la fuerza de trabajo que se intercambia por el salario.¹¹ Así, el derecho democrático del trabajo de corte clásico, respondía a las exigencias del capitalismo patriarcal que ha asentado una parte de su tasa de ganancia sobre el mantenimiento de la invisibilización social y normativa del trabajo de los cuidados y ajeno a cualquier otra realidad, como las condiciones de seguridad y salud en el trabajo, que no fuera propia de los varones.

Aceptar esta situación de partida, de la que deriva el mantenimiento de las brechas y las discriminaciones estructurales actuales, supone aceptar que en el derecho del trabajo habita una tremenda paradoja. Por un lado, el iuslaboralismo es, por propia genética, no solo un instrumento sino un *lugar* históricamente legitimado desde donde disputar y construir contrahegemonías en el eje capital-trabajo. Sin embargo, por otro lado, la perspectiva feminista nos revela la tremenda paradoja de cómo esta rama del ordenamiento no ha sabido apreciar convenientemente el otro eje de discriminación que, junto con el de clase, ha vertebrado y estructurado las relaciones laborales: el género. Pero lo cierto es que, aún hoy en día, y a pesar de los avances, es inapelable que las relaciones de poder o subordinación por razón de género son un elemento *estructural* en las relaciones de trabajo asalariado.

No se trata de una transformación ni pacífica ni sencilla. Al contrario, la introducción de la perspectiva de género es siempre incómoda, dado que impugna aparentes consensos en torno a la pretendida neutralidad del derecho (laboral) y de sus instrumentos. A efectos de situar esta impugnación, y realizar una propuesta *iuslaboral* con perspectiva feminista —y por tanto transformadora

¹¹ Pérez Orozco, Amaía, *Subversión feminista: apuntes para un debate sobre el conflicto capital-vida*, Madrid, Traficantes de Sueños, 2014.

de la división sexual del trabajo— el lugar de enunciación teórico fundamental es el “feminismo jurídico”,¹² expresión ni unívoca ni sencilla, pero cuya importancia para el *iuslaboralismo* es indiscutible.

A modo de aproximación inicial, es posible afirmar que, el feminismo jurídico, ha evidenciado que la neutralidad y objetividad del derecho son principios cuestionables, que no se verifican desde un prisma de análisis no patriarcal. Esta no neutralidad, predicada por la crítica jurídica desde el lugar de enunciación de clase, se enuncia con rotundidad desde las feministas que, como Tamar Pitch, señalaba que “el derecho y los derechos están contruidos por y para los varones”.¹³ Esta afirmación, que será discutida y complejizada en las siguientes páginas, ofrece una foto fija de la importancia que para una jurista supone adoptar este prisma de análisis, desde donde es posible cuestionarse la totalidad del Derecho. En este sentido, nos recordaba Bodelón, que el feminismo ha transformado la forma en que entendemos el Derecho en nuestras sociedades, empujándole, con la ciencia crítica, a volver el foco hacia lo “social”, alejándose de lo formal, para ser capaz de aceptar su propio carácter androcéntrico y patriarcal, plenamente vigente en la actualidad y que se plasma tanto en el plano formal, como en la aplicación de las normas y, por supuesto, en las consecuencias de esta aplicación.¹⁴

Abundando en estos conceptos generales, Malena Costa indica cómo, desde el feminismo jurídico, se han problematizado, necesariamente, diversas nociones y categorías, al aceptar como uno de los puntos de partida que, la estructura jurídica construida desde la modernidad, aceptó al varón como universal de lo humano —el “Hombre” como humanidad— y marginalizó y minimizó al sujeto mujer, y a otras identificaciones disidentes, cuyo reconocimiento como sujeto de derechos fue construido de manera tardía y siempre tras largas luchas, pero

¹² Diversas autoras, como Malena Costa, prefieren el término de “feminismos jurídicos” para dar cuenta de la inexistencia de una univocidad en la construcción teórica en torno al feminismo. Sin dejar de compartir la postura, en el presente trabajo se opta por el término en singular, ensayándose una definición operativa para concretar el marco de análisis. Costa, Malena, “El pensamiento jurídico feminista en los confines del Siglo XX”, *Asparkia*, núm. 26, 2015, p. 36.

¹³ Pitch, Tamar, “Sexo y género de y en el derecho: el feminismo jurídico”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, vol. 44, 2010, p. 435.

¹⁴ Bodelón González, Encarna, “Leyes de igualdad en Europa y transformaciones de la ciudadanía”, en Heim, Daniela y Bodelón González, Encarna (eds.), *Derecho, género e igualdad: cambios en las estructuras jurídicas androcéntricas*, Bellaterra, Grup Antígona-UAB, 2010, p. 11.

insertándose en el universal de “el otro”. Aun es más específica Costa, cuando afirma que “el androcentrismo jurídico implica la funcionalidad y complicidad del derecho para consolidar el privilegio y predominio de los varones, adultos, blancos, propietarios y sin discapacidades por sobre cualquier otro grupo”.¹⁵

Evidentemente, la denuncia señalada complejiza el papel del derecho en nuestras sociedades y, más aún, los objetivos de los movimientos de reivindicación de derechos que han sido protagonizados, mucho antes de la configuración teórica del feminismo jurídico, por mujeres. El feminismo jurídico ha evolucionado el calor de esta complejidad, siendo posible plasmar la evolución de esta construcción doctrinal en tres grandes etapas identificadas por Carol Smart, que esbozaba una triple categoría en su célebre obra “La mujer del discurso jurídico, en torno a la crítica feminista al derecho”,¹⁶ con las siguientes tres afirmaciones: “el derecho es sexista”; “el derecho es masculino” y el “derecho tiene género”. De manera compatible, Osten esbozó tres grandes categorías del feminismo jurídico: el reformismo legal; el derecho como orden patriarcal y la teoría jurídica crítica feminista.¹⁷ Por su parte, Malena Costa señala cuatro etapas fundamentales, vinculadas a otros tantos conceptos básicos: la igualdad; la disyuntiva igualdad/diferencia; la relación entre derecho y dominación; y la vinculación de los feminismos con otras áreas, entrando en juego elementos de análisis como el poder o la subjetividad.

Así, las primeras elaboraciones del pensamiento jurídico feminista partían de la aceptación de la posibilidad de que el derecho sea racional, objetivo y universal, denunciando que su carácter sexista anula esa realidad. Nos encontramos en la fase del denominado por Olsen “reformismo legal” que incluyó un amplio número de técnicas y argumentos para impulsar reformas legales que transitaban entre la aspiración de que hacer irrelevante el sexo como criterio legal

¹⁵ Malena Costa, Malena, “Feminismos jurídicos en Argentina”, en Bergallo, Paola y Moreno, Alumíné (eds.), *Hacia políticas judiciales de género*, Buenos Aires, Editorial Jusbaire, 2007, p. 238.

¹⁶ Smart, Carol, “La teoría feminista y el discurso jurídico”, en Birgin, Haydee (ed.), *El derecho en el género y el género en el derecho*, Colección Identidad, mujer y derecho, Buenos Aires, Centro de Apoyo al Desarrollo Local-Editorial Biblos, 2000, p. 34.

¹⁷ Osten, Frances, “El sexo del Derecho”, en Ávila, Ramiro, Salgado, Judith y Valladares, Lola (eds.), *El género en el Derecho. Ensayos críticos*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009, p. 146.

hasta la aplicación de técnicas para rectificar la desigualdad de las mujeres.¹⁸ La afirmación de que el derecho es “sexista” conllevaba también la asunción de que un cambio hacia lenguaje neutro, capaz de eliminar la apariencia de sexista, podría acabar con la diferencia sexual. En esta primera fase, el rótulo sexista, que sirvió efectivamente para desafiar el orden establecido, implicó a su vez un obstáculo para la evolución. Smart explica esto afirmando que, cuando se califica al derecho como sexista se afirma que tiene una visión prejuiciosa de un sujeto dado —la mujer— que es posible corregir, a fin de que todo sujeto sea tratado de manera igualitaria. De esta manera, podría acabar confiándose en que los retoques de superficie, como la utilización de un lenguaje neutro, tendrían la posibilidad de solucionar el problema.

Esta aproximación supone ignorar, siguiendo de nuevo a Carol Smart, que esta diferencia está enraizada en las relaciones sociales sobre las cuales actúa el derecho.¹⁹ Así, incorporar, sin mayores cambios, terminología neutra implica un problema mucho más profundo y, además, como ciertamente nos recuerda la autora, nadie ha dicho que la androginia era la solución a los problemas de la discriminación por razones sexogenéricas. En palabras de Malena Costa, este modelo confía en la asimilación, aceptando “entrar en el juego después de que éste haya comenzado, después de que las reglas y estándares hayan sido establecidos, y tener que probarse una misma de acuerdo con esas reglas y estándares”.²⁰

Ante esta situación, las juristas feministas comenzaron a cuestionarse si existe esa objetividad en una construcción elaborada lejos o de espaldas de las condiciones de vida reales de las mujeres.²¹ Con este cuestionamiento, se abrió una segunda fase, más contundente y radical, que partió, siguiendo la terminología de Smart, de la afirmación de que “el derecho es masculino”, o en la terminología de Osten, de la consideración del derecho como orden patriarcal.²² Como señala esta autora, las feministas encuadradas en esta etapa identifican el derecho como parte de la estructura de dominación masculina y acusan al derecho

¹⁸ Osten, p. 147.

¹⁹ Smart, “La teoría feminista y el discurso jurídico”, p. 34.

²⁰ Costa, Malena, “El pensamiento jurídico feminista en los confines del Siglo XX / Feminist Legal thought at the Turn of the 20th Century”, *Asparkia. Investigación feminista*, núm. 26, 2015, p. 39.

²¹ Pitch, “Sexo y género de y en el derecho: el feminismo jurídico”, p. 437.

²² Osten, “El sexo del derecho”, p. 154.

de ser ideológicamente opresivo hacia las mujeres. Dentro de esta corriente, se ubica la expresión “el derecho masculinista”²³ bajo la cual se considera al derecho como un instrumento de articulación del sistema patriarcal, donde se modelan las identidades de género de forma tal que respondan a las funciones ideológicamente asignadas a hombres y mujeres. Indican las autoras que el derecho se imbrica con otros sistemas (social y moral); pero que, el ordenamiento jurídico, tiene una mayor fortaleza —la coercitividad— y permite la auto legitimación, mediante la actuación de “los sujetos creadores del derecho” que son, evidentemente, hombres. Entre las autoras que más ha influenciado en esta fase de evolución del feminismo jurídico, es imprescindible citar a Catherine A. MacKinnon. Una de sus afirmaciones más citadas, en su clásica obra publicada en 1983 “Feminism, marxism, method, and the state: toward feminist jurisprudence” es la siguiente: “Yo sugiero que el Estado es masculino desde una perspectiva feminista. El derecho ve y trata a las mujeres de la misma forma que los hombres ven y tratan a las mujeres”.²⁴

La crítica a MacKinnon ha sido fundamental para abrir una nueva etapa, la tercera en esta tipología, en el pensamiento jurídico feminista. Para tratar la misma es imprescindible citar a Carol Smart. Esta autora a efectos de cuestionar diversos puntos del pensamiento de MacKinnon, parte de un reconocimiento del intenso impacto de su obra²⁵ bajo una crítica principal: “el trabajo de MacKinnon conduce a un camino sin salida, da demasiada autoridad al derecho, que se transforma en el punto central de su análisis y estrategia política, incluso contra sus propios deseos”.²⁶ Además, continúa de nuevo Smart, su error es petrificar el dualismo y reducir la sexualidad femenina a aquello que el hombre le permite ser, identificando la totalidad femenina en el mundo real con el mundo real tal y como el hombre lo ve y entiende.²⁷

Con este cuestionamiento, comienza un tercer momento, coronado por la expresión de “el derecho tiene género” y enmarcado en la “teoría jurídica crítica

²³ Facio, Alda y Fries, Lorena, “Feminismo, género y patriarcado”, *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho en Buenos Aires*, núm. 6, 2005, p. 291.

²⁴ MacKinnon, Catharine A., “Feminism, Marxism, Method, and the State: Toward Feminist Jurisprudence”, *Signs*, vol. 8, núm. 4, 1983, p. 644.

²⁵ Smart, Carol, “La búsqueda de una teoría feminista del derecho”, *Delito y Sociedad*, vol. 1, núm. 11/12, 2016, p. 110.

²⁶ Smart, p. 113.

²⁷ Smart, “La teoría feminista y el discurso jurídico”, p. 68.

feminista”.²⁸ En esta ocasión, sin despreciar las dos aproximaciones anteriores, se cuestiona la inmutabilidad del derecho, afirmando que este es una actividad humana más “al servicio de quien detenta el poder, de intereses políticos y morales”. Esta aproximación permite pensar el derecho en términos de procesos, comprendiendo que no todo acto o decisión jurídica afecta negativamente a la mujer y de manera positiva al varón, sino que tiene un impacto distinto según el género del sujeto porque, además, y aquí la autora da otro giro fundamental: el derecho “crea género”. El derecho, y aquí se acuerda con Smart, no contiene la llave para resolver el patriarcado, pero nos proporciona un escenario para articular visiones y explicaciones alternativas.²⁹ En otras palabras, el derecho se constituye como una permanente arena de disputa interseccional de especial importancia para la teoría feminista.³⁰

El marco analítico del feminismo jurídico tiene una especial utilidad para el análisis del ámbito *iuslaboral*, que nos permite develar la eterna paradoja de la disciplina, sensible a la clase, pero no —al menos no hasta un momento relativamente reciente— al género.

Más allá del plano teórico, los análisis sociológicos revelan con claridad la necesidad de abordar una profunda transformación en los modelos laborales para hacer efectiva la eliminación de las subdiscriminaciones sexogenéricas. Como muestra, cabe citar el Informe General de 2023 sobre igualdad de género en el trabajo de la OIT,³¹ donde se señala que: “los avances logrados en la eliminación de las desigualdades de género en el mundo laboral se han estancado en los últimos decenios, como lo revela la evolución frustrantemente lenta de los indicadores, que deberían reflejar progresos mucho mayores, y la persistencia de las brechas de género, que llevan más de veinte años sin contraerse de forma

²⁸ Osten, “El sexo del Derecho”, p. 151.

²⁹ Smart, “La búsqueda de una teoría feminista del derecho”, p. 122.

³⁰ Smart, “La teoría feminista y el discurso jurídico”, p. 32.

³¹ OIT, “Estudio General sobre el Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (núm. 111), el Convenio sobre los trabajadores con responsabilidades familiares, 1981 (núm. 156), el Convenio sobre la protección de la maternidad, 2000 (núm. 183), la Recomendación sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (núm. 111), la Recomendación sobre los trabajadores con responsabilidades familiares, 1981 (núm. 165) y la Recomendación sobre la protección de la maternidad, 2000 (núm. 191). Tercer punto del orden del día: Informaciones y memorias sobre la aplicación de convenios y recomendaciones. Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (artículos 19, 22, 23 y 35 de la Constitución). Informe III (Parte B)”, 2023.

significativa”. En el Informe, se recoge la estimación de que, la brecha de género en términos de tiempo dedicado al trabajo no remunerado de prestación de cuidados, no se cerrará hasta el año 2228. Asimismo, se recogen datos como los siguientes: la brecha de género en la tasa de actividad global es de 24.9 puntos porcentuales, que aumenta en personas de más de 25 años; la brecha de género en el empleo se redujo en menos de dos puntos porcentuales en los veintisiete últimos años; las mujeres aún tienen más probabilidades que los hombres de trabajar en formas atípicas de empleo —tiempo parcial, contratos temporales— o en sectores u ocupaciones tradicionalmente considerados “de mujeres”, y caracterizados por un trabajo poco calificado, salarios más bajos y malas condiciones laborales, tales como el trabajo a domicilio o el trabajo doméstico; las mujeres se hallan más expuestas que los hombres al empleo informal. Todo lo anterior, se refleja en una situación de menor acceso a las prestaciones de seguridad social y en muchos países a la sanidad. Como corolario, la discriminación socava la igualdad de oportunidades de las mujeres para progresar en su carrera profesional, y dificulta su acceso a los cargos directivos o de liderazgo. Techos de cristal, suelos pegajosos³² y segregación laboral son situaciones habituales, sin que existan modelos laborales libres por completo de estas situaciones.

Los diversos ejes de *subordiscriminación*, presentes en el trabajo doméstico: la necesidad de un planteamiento interseccional.

Las anteriores condiciones tienen como expresión paradigmática el trabajo doméstico asalariado, en el que confluyen los diversos ejes de *subordiscriminación*, que exigen un análisis interseccional, como única vía para acertar en los instrumentos jurídicos necesarios para poner fin a las graves situaciones vitales en las que viven y desempeñan su trabajo un amplísimo porcentaje de las mujeres que lo realizan.

El ámbito subjetivo del trabajo doméstico asalariado se caracteriza, de manera generalizada, por tres vectores, que deben leerse de manera conjunta. En primer lugar, la evidente feminización de la mano de obra que realiza el trabajo doméstico remunerado, lo que subraya la acuciante necesidad de analizar y proponer regulaciones desde la perspectiva enunciada en el epígrafe anterior. El segundo vector es la informalidad, es decir, el abundante número de perso-

³² Carrasquer Oto, Pilar y Zawadsky Martínez-Portillo, José Eduardo, “El suelo pegajoso y la movilidad ocupacional de las mujeres y los hombres en España”, *Revista Internacional de Sociología*, vol. 81, núm. 4, 2023, e237.

nas que desempeñan este trabajo, sin estar amparadas por la normativa laboral; bien por voluntad de la persona empleadora de ocultar la relación laboral; bien porque el propio marco normativo sitúa, aún hoy en día, a esta prestación fuera del ámbito subjetivo de las normas laborales. Ambas causas requieren un tratamiento evidentemente distinto y se trata, probablemente, del mayor desafío en el ámbito regulatorio, con abundantes nuevas amenazas como la aparición de “plataformas de servicios domésticos”, que tratan de *uberizar* esta relación laboral. El tercer eje característico, es la elevada presencia entre las trabajadoras domésticas de personas de nacionalidad distinta a la de la persona empleadora o, en otras palabras, protagonismo de las personas en situación de migración y subordinación norte-sur.

Los datos avalan este análisis: desde una perspectiva global, la OIT, en su informe de 2023 titulado “La vía hacia el trabajo decente para las trabajadoras y los trabajadores domésticos”, resume datos estadísticos levantados por la organización. Según sus cifras,³³ a nivel global en el año 2019, existían al menos 75.6 millones de hombres y mujeres mayores de 14 años empleados en el servicio doméstico.³⁴ Europa y Asia Central dan empleo a la menor proporción de trabajadores domésticos (4.7%). En estas regiones, el porcentaje de trabajo doméstico respecto del total asalariado es del 2.2%, siendo el 1.9% mujeres.³⁵

Las mujeres representan el 76.2% del empleo doméstico a nivel mundial (una de cada 12 trabajadoras asalariadas está empleada en el servicio doméstico), el 80% en las Américas, Europa y Asia Central. Es cierto que, en algunas

³³ Se trata fundamentalmente de los datos publicados en: OIT, “Making Decent Work a Reality for Domestic Workers. Progress and Prospects Ten Years after the Adoption of the Domestic Workers Convention OIT (núm. 89/2011)”, 2021.

³⁴ La estimación estadística, según detalla el mismo informe, considera persona trabajadora doméstica a: a) las y los empleados domésticos, entendidos como todas las personas contratadas directamente por los hogares para la provisión de servicios destinados principalmente al consumo por sus miembros, con independencia de la naturaleza de los servicios que se les presten; b) las y los trabajadores domésticos empleados por proveedores de servicios; y c) los proveedores de servicios domésticos ocupados por beneficios.

³⁵ En concreto, el análisis de la OIT señala que en 2019 y en la UE existían en 2.36 millones de personas empleadas en el trabajo doméstico asalariado, un 89.2% mujeres, siendo Italia y España, con 763,000 y 615,000 personas empleadas, respectivamente, los países con mayor empleo en el sector, seguidos de Francia con 370,000 y Alemania con 218,000. Alonso Gallo, Nuria, Trillo del Pozo, David y Vicent Valverde, Lucía, “Análisis del sector de trabajo doméstico de las mujeres en la Unión Europea: enfoque conceptual y limitaciones estadísticas”, *Revista de Economía Mundial*, núm. 60, 2022, p. 158.

regiones, los hombres tienen una participación significativa (63.4% en los Estados Árabes, 53% en África Septentrional y 42.6% en Asia Meridional), pero en lo global, la participación masculina en este sector es del 1.7%. Además, en el trabajo doméstico realizado por mujeres y por hombres existe una segregación clara, como indica el mencionado informe: “las trabajadoras domésticas se ocupan de la limpieza, las tareas auxiliares y los cuidados directos, mientras que los hombres tienden a ocuparse como cocineros, conductores, agentes de mantenimiento de edificios y guardias de seguridad”.

En cuanto a los datos globales de informalidad, el análisis de la OIT demuestra, con cifras del año 2019 que el 81% de las trabajadoras y los trabajadores domésticos estaban empleados de manera informal, debido a lagunas en la cobertura legal o en su aplicación. Además, el 36% se ubican en países donde este trabajo está excluido de la legislación laboral.

En lo relativo a las condiciones laborales, a nivel global, las personas que se ocupan del trabajo doméstico de manera asalariada ganan el 56.4% del salario del resto de las personas trabajadoras. En concreto, las mujeres solo ganan la mitad, y si realizan el trabajo de manera no formalizada, el salario desciende al 35.1% del promedio.

Además, el trabajo doméstico fue duramente golpeado por la crisis económica de 2008 y por la pandemia de la COVID-19. En ambos casos, se acentuó la precariedad y la vulnerabilidad de las trabajadoras domésticas en general y de las migrantes en particular. Siguiendo de nuevo los datos de la OIT, sabemos que, el 70.4% de estas personas, fueron afectadas por las medidas de cuarentena, la limitación de la actividad económica, el desempleo, la reducción de las horas trabajadas, la pérdida de salarios, los incrementos de jornadas con los cambios a modalidad de “internas”, o la mayor exposición al virus. Ante esta situación, diversos gobiernos aprobaron medidas específicas, destacando el subsidio extraordinario para empleadas del hogar, que el Gobierno de España aprobó en el Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19. El problema fundamental es que, este subsidio, protegió a las trabajadoras que habían formalizado su relación laboral y afiliación a la seguridad social.

La pandemia de la COVID-19 también puso en evidencia el grado de invisibilización, precariedad y discriminación de este colectivo, respecto del resto del trabajo asalariado, así como su carácter indispensable y central para la vida. En efecto, dentro del amplio conjunto de lo que se denomina “trabajo de cuida-

dos”, el trabajo doméstico asalariado ha cobrado una importancia creciente en las últimas décadas, por las razones ya comentadas, vinculadas específicamente al acceso de la mujer al mundo del trabajo en el mercado de bienes y servicios. Este aumento de la demanda de cuidados asalariados ha implicado, como también se desarrolló *supra*, una creciente importación de mano de obra en dirección Sur-Norte, de manera que el sector se ha convertido en “un segmento laboral etnificado y sexualmente diferenciado y presentan una dependencia muy elevada de las trabajadoras migrantes”.³⁶

En el panorama español, se evidencian con claridad estos tres vectores. Tomando como referencia el mes de marzo del año 2023, se observan unos datos de afiliación a la seguridad social que evidencian que el sistema especial para las personas empleadas en el hogar contaba con 363,309 mujeres afiliadas y 17,296 hombres. El porcentaje de mujeres ha oscilado habitualmente en el 95 % de personas que se dedican a este trabajo. Los datos de afiliación también nos indican que nos encontramos ante una población asalariada, que representa un porcentaje de empleo asalariado formal ínfimo, el 1.9 % del global, que oscila entre el 1.1 % en Extremadura y el 2.9 % en la Comunidad de Madrid. Según el estudio de FUNCAS,³⁷ con estos datos, tendríamos 20 personas afiliadas por cada 1000 hogares en España.

La informalidad en el empleo asalariado al servicio del hogar se agrava con las crisis económicas; pero también acusa de manera intensa los cambios normativos. De las 296,564 personas afiliadas en enero de 2012, el pico de afiliación se alcanzó en mayo de 2015, con 433,362.41 personas, momento a partir del cual se estancó, comenzando un descenso paulatino y continuado desde finales del 2016. En febrero del 2020, justo antes de la pandemia, la afiliación se situó en 394.171 personas (376,847.55 mujeres y 17,320.75 hombres) y desde ahí comenzó un descenso que se ha mantenido, con ligeros repuntes, hasta el momento actual. Además, hay que tener en cuenta que, históricamente, las personas han accedido al trabajo doméstico por medio del empleo directo de los hogares, sin embargo, la tendencia general global está siendo la reducción de esta contratación directa para abrirse a organizaciones privadas con fines de

³⁶ Montero, Miguel, “Las trabajadoras domésticas y cuidadoras migrantes en los sistemas de cuidados. Aproximación a un debate necesario”, *Actas de Coordinación Sociosanitaria*, núm. 32, 2023 p. 6.

³⁷ Véase <https://www.funcas.es/prensa/el-trabajo-domestico-representa-menos-del-2-del-empleo-regular-en-espana/>

lucro o a plataformas digitales, con el consiguiente aumento de la precarización de sus trabajos y vidas.³⁸

La tercera característica esencial de este tipo de empleo es el nivel de participación de mujeres nacidas fuera de España. En el año 2005, se alcanzó un nivel máximo, con el 70% de trabajadoras con nacionalidad extranjera. El porcentaje descendió, en gran medida, por la regularización del año 2005 hasta que, con los datos de afiliación media en enero de 2023, observamos cómo en el Sistema Especial de empleados del hogar trabajan 168,763.71 personas no nacidas en España, un 44.96% (94% mujeres y 6% hombres). El 42.28% del total de personas afiliadas a este sistema son mujeres migrantes, sin contar el trabajo no formalizado.³⁹

Pese a la indispensabilidad y a la importancia creciente del trabajo doméstico asalariado, el trabajo doméstico sigue careciendo de la adecuada regulación y las mujeres que lo desempeñan de manera siguen sufriendo una grave discriminación interseccional, cruzándose habitualmente las variables sexogenéricas con otras como la situación de formalidad laboral o no y la condición de persona migrante. Como relata Federici,⁴⁰ la legitimación de esta explotación, en pleno siglo XXI y en sociedades que se auto asimilan como Estados del bienestar, es la devaluación histórica que se mantiene respecto del trabajo de cuidados, al que se sigue considerando como “no productivo”. En el marco de este debate y con las cifras anteriores, las siguientes páginas se centran en un análisis introductorio del Convenio 189 y una visión con mayor profundidad del marco normativo español y sus reformas.

III. El Convenio 189 de la OIT. Breve referencia a un texto histórico

El título del Convenio 189, y los primeros párrafos de su Preámbulo, ya anunciaban que el texto era un punto de inflexión. Por un lado, el Convenio cris-

³⁸ Lenzi, Olga, “Plataformas digitales y empleo doméstico en España: ¿una oportunidad para el trabajo decente?”, *Lex Social: Revista de Derechos Sociales*, vol. 13, núm. 2, 2023, pp. 1-26.

³⁹ Ríos Pérez, Alejandra, “La importancia del enfoque interseccional en el Derecho: el caso de la seguridad social de las trabajadoras del hogar”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 11, núm. 2, 2023, p. 265.

⁴⁰ “Revolución en punto cero: trabajo doméstico, reproducción y luchas feministas”, Madrid, Traficantes de Sueños, 2013.

talizó las luchas históricas por el reconocimiento de la laboralidad del trabajo doméstico;⁴¹ por otro lado, se explicitó en el lenguaje la perspectiva de género y, por primera vez, se incluyó la expresión “trabajadoras y trabajadores” en la rúbrica de una norma internacional de la OIT (el lenguaje inclusivo no se incluyó en su articulado, aunque se explica el uso del masculino-neutro en su artículo 1.2). En tercer lugar, el Convenio sitúa el trabajo decente en el centro, señalando en el segundo párrafo de su Preámbulo que la Conferencia es “consciente del compromiso de la Organización Internacional del Trabajo de promover el trabajo decente para todos mediante el logro de las metas establecidas en la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y en la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa”.

Sin ánimo de entrar aquí en el tratamiento pormenorizado del término “trabajo decente”, cabe apuntar que se trata de una categoría sencilla, tan alabada como criticada por sus lábiles contornos, que se ha conseguido asentar completamente en la última década, en buena parte por su inclusión en el presente Convenio 189, en el Convenio 190 y en los Objetivos de Desarrollo Sostenible de Naciones Unidas.

El origen de la idea —y de la expresión— se atribuye a Juan Somavía, que en su discurso de toma de posesión, el 22 de marzo de 1999, y como primer Director proveniente de un país en vías de desarrollo, afirmó que “la finalidad principal de la OIT hoy consiste en contribuir a que todas las personas tengan la posibilidad de ocuparse en un trabajo decente” y que se planteaba cuatro objetivos para la Organización: “promover y cumplir los principios y derechos fundamentales en el trabajo; crear mayores oportunidades para las mujeres y los hombres, con objeto de que dispongan de unos ingresos y de un empleo decentes; realzar el alcance y la eficacia de la protección social para todos; y, finalmente, fortalecer el tripartismo y el diálogo social”.

⁴¹ Sobre la historia de la evolución del reconocimiento del trabajo doméstico en la OIT se remite a: Cabeza Pereiro, “El trabajo doméstico en la normativa de la OIT”; Pineda, Grau, “De sirvientas a trabajadoras”; Díaz, Vela, “La promoción internacional de un trabajo decente para las personas empleadas de hogar”, y en extenso a la interesante y documentada tesis doctoral de Olga Lenzi, defendida en el departamento de Derecho del Trabajo y de la seguridad social de la Universitat de València en el año 2023, con el título: “El trabajo doméstico: un análisis jurídico a la luz del paradigma internacional del trabajo decente”.

Somavía situó el trabajo decente en el marco de, la recién aprobada, Declaración de 1998 sobre los principios y derechos fundamentales en el trabajo, que reafirmaba las obligaciones y los compromisos, que son inherentes a la pertenencia a la OIT: la libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva; la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio; la abolición efectiva del trabajo infantil; la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación; y un entorno de trabajo seguro y saludable.

Posteriormente, el concepto fue situándose y definiéndose. La Comisión Mundial sobre la Dimensión Social de la Globalización, en su informe titulado “Por una globalización justa. Crear oportunidades para todos”, publicado en febrero del 2020,⁴² situó entre sus aspiraciones la consecución del trabajo decente a escala global dentro del objetivo de alcanzar una globalización más justa dotada de una fuerte dimensión social. La piedra angular del trabajo decente debía ser “la satisfacción de las demandas de todas las personas en lo que atañe al respeto de sus derechos, su identidad cultural y autonomía; al trabajo decente, y a la plena implicación de las comunidades locales en las que viven. La igualdad de género es indispensable”.

Posteriormente, vinieron otros textos fundamentales, como la Declaración sobre la justicia social para una globalización equitativa (2008), donde se reconoció el amplio apoyo, expresado reiteradamente en los planos mundial y regional, en favor del concepto del trabajo decente, formulado por la OIT, y de los cuatro objetivos del Programa de trabajo decente: empleo, protección social, diálogo social y respeto, promoción y aplicación de los principios y derechos fundamentales en el trabajo. En el año 2009, la 98ª reunión Conferencia Internacional del Trabajo, aprobó el Informe VI titulado “La igualdad de género como eje del trabajo decente”. Posteriormente, durante la Asamblea General de las Naciones Unidas, de septiembre de 2015, se aprobó la Agenda 2030 de Desarrollo Sostenible. En esta Agenda, tiene un papel central el trabajo decente, no solo en el Objetivo 8 el cual insta a promover un crecimiento económico sostenido, inclusivo y sostenible, el pleno empleo productivo y el trabajo decente, sino de manera transversal al resto de ODS. La sucesión de Somavía por

⁴² El informe está disponible en: <https://www.ilo.org/public/spanish/wcsdg/docs/report.pdf>

Ryder al frente de la OIT⁴³, en el año 2015, no varió la voluntad de promover el trabajo decente, que se integró la Declaración del Centenario de la OIT para el Futuro del Trabajo, adoptada por la CIT en su reunión 108^a.

La definición del trabajo decente no está exenta de debate. Como recuerda Baylos, se trata de un concepto en evolución que se ha ido cargando de definiciones más precisas.⁴⁴ En 1999, en la memoria del director general, se definía como el “trabajo productivo en condiciones de libertad, equidad, seguridad y dignidad, en el cual los derechos son protegidos, y que cuenta con remuneración adecuada y protección social”, vinculado a los cuatro objetivos estratégicos de la OIT que son: a) la promoción de los derechos laborales; b) la promoción del empleo; c) la protección social contra las situaciones de vulnerabilidad, y d) el fomento del diálogo social. Poco a poco el concepto se fue situando en el plano internacional y sobre todo en el nacional, como un “evaluador cualitativo y cuantitativo”.

En la actualidad, la propia OIT en su página *on line* dedicada al tema, lo define de manera sencilla, afirmando que el trabajo decente

significa la oportunidad de acceder a un empleo productivo que genere un ingreso justo, la seguridad en el lugar de trabajo y la protección social para todos, mejores perspectivas de desarrollo personal e integración social, libertad para que los individuos expresen sus opiniones, se organicen y participen en las decisiones que afectan sus vidas, y la igualdad de oportunidades y trato para todos, mujeres y hombres.⁴⁵

El concepto de trabajo decente se encuentra incluido en las normas de la OIT más recientes, como el Protocolo de 2014 relativo al Convenio sobre el trabajo forzoso (núm. 29 de 1930) afirma que, el trabajo forzoso u obligatorio, es un obstáculo para la consecución del trabajo decente para todos; o el Convenio 190, donde la categoría “trabajo decente” aparece en el Preámbulo, reconociendo que la violencia y el acoso son una amenaza para la igualdad de oportunidades, y son inaceptables e incompatibles con el trabajo decente.

⁴³ Para una recopilación de los discursos de Somavía, tratando ampliamente la cuestión, *vid.* Somavía, Juan, *El trabajo decente: una lucha por la dignidad humana*, Santiago, Organización Internacional del Trabajo, 2014.

⁴⁴ Baylos Grau, Antonio Pedro, “Sobre el trabajo decente: la formación del concepto”, *Derecho & Sociedad*, núm. 46, 2016, p. 21.

⁴⁵ *Vid.* <https://www.ilo.org/global/topics/decent-work/lang-es/index.htm>

El Convenio 189 de 2011, sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos y su homónima Recomendación núm. 201, recogen igualmente la vinculación con el trabajo decente. De hecho, aunque en su título no se incluye, el último párrafo de su “Preámbulo” indica con claridad que, la Conferencia General de la OIT, adoptó el Convenio “después de haber decidido adoptar diversas proposiciones relativas al trabajo decente para los trabajadores domésticos [...] y después de haber decidido que dichas proposiciones revistan la forma de un convenio internacional”.

Es llamativo que, el Convenio 189, obligue a los Estados a adoptar medidas para dos objetivos que plantea por separado. En el artículo 3, afirma que “todo Miembro deberá adoptar medidas para asegurar la promoción y la protección efectivas de los derechos humanos de todos los trabajadores domésticos”; y en el artículo 6 indica que “Todo Miembro deberá adoptar medidas a fin de asegurar que los trabajadores domésticos, como los demás trabajadores en general, disfruten de condiciones de empleo equitativas y condiciones de trabajo decente”.

Como indica Cabeza, esto demuestra que “la efectiva promoción y protección de los derechos humanos de las personas que trabajan en el servicio doméstico se ha erigido en el principal objetivo del Convenio 189. O dicho en otros términos, el trabajo decente en el empleo doméstico debe considerarse como un tópico de derechos humanos”.⁴⁶

Ya respecto del articulado, cabe repasar brevemente los contenidos principales del Convenio 189.⁴⁷ La norma comienza delimitando el concepto de

⁴⁶ Cabeza Pereiro, “El trabajo doméstico en la normativa de la OIT”, p. 3.

⁴⁷ Dentro de la importante bibliografía que ha generado esta norma, se quieren destacar las siguientes contribuciones: Quesada, “La dignificación del trabajo doméstico: el Convenio no 189 de la Organización Internacional del Trabajo, 2011”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 27, 2011, p. 1; Cabeza, “El trabajo doméstico en la normativa de la OIT”; Grau Pineda, María del Carmen, “El trabajo doméstico y de cuidados: la incidencia del Convenio 189 OIT sobre trabajo decente para las trabajadoras y los trabajadores domésticos”, *Documentación Laboral*, núm. 116, 2019, pp. 57-70; “De sirvientas a trabajadoras”; Vela, “La promoción internacional de un trabajo decente para las personas empleadas de hogar”; Desdentado, “El proceso de dignificación del trabajo doméstico diez años después de sus comienzos: la ratificación del Convenio 189 OIT y la reforma introducida por el Real Decreto-ley 16/2022”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*, núm. 155, 2023, pp. 181-208; Benavente, “La ratificación del Convenio OIT núm. 189 sobre el trabajo decente para las trabajadoras y trabajadores domésticos”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*, núm. 151, 2021, pp. 163-93; Olarte, “Los principios fundamentales del convenio 190 OIT: un análisis desde la

“trabajo doméstico” de manera amplia, considerando que es aquel realizado en un hogar u hogares o para los mismos. Consecuentemente, “trabajador doméstico” será “toda persona, de género femenino o género masculino, que realiza un trabajo doméstico en el marco de una relación de trabajo”. Se expresan aquí varias cuestiones. Por un lado, la justificación del universal masculino, por otro, la delimitación al trabajo doméstico asalariado (formalizado o no), que se realiza dentro del hogar, sin delimitación expresa de las funciones que puede realizar y excluyendo (apartado c) las prestaciones esporádicas. Además, en el artículo 4 se trata la importante cuestión de la edad, derivando el límite mínimo a la regulación general sita en las legislaciones estatales, compatible con las normas internacionales.⁴⁸

La exclusión histórica de este tipo de trabajos de las normas laborales, que aún pervive (el Convenio solo ha sido ratificado, a fecha de octubre de 2023 por 35 países, y no lo han ratificado, por ejemplo, países como Brasil, China, Rusia o Estados Unidos), se refleja en su artículo 2. Este artículo permite establecer exclusiones totales o parciales para determinadas categorías de personas trabajadoras. Estas excepciones pueden abarcar categorías ya protegidas de manera equivalente, o categorías que presentan problemas. En todo caso, y para limitar este amplísimo margen de apreciación, el uso de estas excepciones requiere, por un lado, una previa “celebración de consultas con las organizaciones más representativas de los empleadores y de los trabajadores, así como con organizaciones representativas de los trabajadores domésticos y organizaciones representativas de los empleadores de los trabajadores domésticos”; por otro, la explícita justificación por parte de los Estados en la memoria periódica del Convenio.

Delimitado el ámbito de aplicación, los siguientes artículos disponen las medidas que deben adoptar los Estados miembros, con el frontispicio del, ya men-

perspectiva de género. La novedosa inclusión del trabajo de servicio doméstico”, en *Violencia y acoso en el trabajo: significado y alcance del Convenio no 190 OIT en el marco del trabajo decente*, Dykinson, 2021, pp. 61-90; Quintero, “La desprecariación de un colectivo discriminado: una norma de urgencia para la mejora de las condiciones de trabajo y de Seguridad Social de las personas trabajadoras al servicio del hogar familiar. ¿Oportunidades perdidas?”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, núm. 473, 2023, pp. 87-124; Lenzi, *El trabajo doméstico: un análisis jurídico a la luz del paradigma internacional del trabajo decente*, Valencia, Universitat de València, 2023.

⁴⁸ Para ahondar sobre la necesaria protección de los menores en el ámbito del trabajo doméstico vid: Benavente Torres, “La ratificación del Convenio OIT núm. 189 sobre el trabajo decente para las trabajadoras y trabajadores domésticos”, pp. 168 y ss.

cionado, artículo 3o., que vincula estas medidas con los derechos humanos y con los cuatro bloques de los principios y derechos fundamentales en el trabajo. También debe remarcarse la impronta relevante del tripartismo, que establece, con carácter transversal, la promoción de los derechos vinculados a la libertad sindical, y en particular, la negociación colectiva de quienes emplean y quienes prestan su trabajo,⁴⁹ con la consabida complejidad de la realización efectiva de estos derechos en el espacio del trabajo doméstico asalariado.

Los siguientes artículos —del 5 al 14— recogen las medidas de protección específicas: frente al abuso, acoso y violencia⁵⁰ (artículo 5); información sobre las condiciones de trabajo (artículo 7); especificidades respecto de las personas trabajadoras migrantes (artículo 8); protección especial de las personas que desarrollan este trabajo de manera “interna” (artículo 9); la igualdad de trato en materia de tiempo de trabajo (10); el respeto del salario mínimo (artículo 11); las modalidades de pago (artículo 12); la prevención de riesgos laborales y el derecho a un entorno de trabajo seguro y saludable (artículo 13); una cláusula general sobre disfrute de condiciones no menos favorables que las condiciones aplicables a los trabajadores en general (artículo 14); una previsión específica respecto del deber de los Estados miembros de proteger efectivamente contra las prácticas abusivas de las agencias de empleo privadas (artículo 15); acceso efectivo a los tribunales o a otros mecanismos de resolución de conflictos (artículo 16); acceso a mecanismos de queja y medios eficaces y accesibles para

⁴⁹ Benavente Torres, “La ratificación del Convenio OIT núm. 189 sobre el trabajo decente para las trabajadoras y trabajadores domésticos”. Se incluye esta mención a la participación de los agentes sociales en el art. 2.2 sobre las exclusiones; 3.2, relativo a la aplicación progresiva de las medidas de seguridad y salud laboral; 14.2 respecto de las medidas para hacer efectivas las previsiones del 14.1; 15.2, para el desarrollo de las medidas de control respecto de las agencias privadas de empleo o con carácter general el art. 18 que señala que: “Todo Miembro, en consulta con las organizaciones más representativas de los empleadores y de los trabajadores, deberá poner en práctica las disposiciones del presente Convenio por medio de la legislación y de convenios colectivos o de otras medidas adicionales acordadas con la práctica nacional, extendiendo o adaptando medidas existentes a fin de aplicarlas también a los trabajadores domésticos o elaborando medidas específicas para este sector, según proceda”.

⁵⁰ Sobre este tema se recomienda la interesante contribución de Pilar Fernández Artiach y Elena García Testal, “Prevención de riesgos, violencia y acoso en el trabajo doméstico, a la luz de los Convenios 189 y 190 de la OIT”, *Lex Social: Revista de los Derechos Sociales* 13, núm. 2, 2023, pp. 1-21.

asegurar el cumplimiento de la legislación nacional relativa a la protección del trabajo doméstico y acceso a la inspección del trabajo(artículo 17).⁵¹

Por último, además de la cláusula general sobre los derechos de consulta, del artículo 18, ya señalada, el artículo 19 establece con claridad, como no podía ser de otra manera, el carácter de norma mínima, respecto del resto del Derecho Internacional, del Convenio 189, afirmando que “el presente Convenio no afecta a las disposiciones más favorables que sean aplicables a los trabajadores domésticos en virtud de otros convenios internacionales del trabajo”.

A trece años de la aprobación del Convenio, y a pesar de su ratificación, todavía no puede afirmarse que su contenido se ha trasladado al ordenamiento jurídico español. Es cierto que, como se verá en las páginas siguientes, el Real Decreto-ley 16/2022 ha dado pasos importantes; pero quedan cuestiones por regular. De entre las tres fundamentales que apuntaba Rodríguez Copé⁵² —desempleo, salarios y entrada en la relación laboral— solo se ha mejorado la primera. Además, otros temas como la prevención de riesgos laborales, en particular la violencia y el acoso por razones sexogenéricas, la actuación de la inspección de trabajo o, evidentemente, la protección de la estabilidad en el empleo, siguen esperando una regulación acorde con el principio de igualdad y no discrimina-

⁵¹ La OIT ya había señalado que, los trabajadores domésticos, tienen derecho a la protección de la ley y a la aplicación del principio de libre acceso de los inspectores a los lugares de trabajo (artículo 12 del Convenio núm. 81, ampliado a los lugares de trabajo no industriales y comerciales por el Protocolo de 1995 del Convenio). Evidentemente, esto debe desarrollarse teniendo en cuenta los derechos, ya mencionados, de intimidad e inviolabilidad de los hogares. Como señala Olarte (2021), la inspección tiene otros medios que se pueden desarrollar respetando los derechos fundamentales señalados (como entrevistas con las trabajadoras, requerimiento de comparecencia al empleador, sensibilización a ambas partes de la relación laboral, incentivos, etcétera). De hecho, en su texto “Formalizing domestic work” de 2016 la OIT propone tres tipos de estrategias: 1) la difusión de información y concienciación acerca de la importancia de las normas y su cumplimiento, 2) la reducción de costes (de seguridad social por ejemplo mediante bonificaciones) con el fin de fomentar la contratación formal y, 3) la simplificación de los procedimientos y disminución de burocracia. Debe tenerse en cuenta que, los medios de la Inspección, son limitados. En materia de empleo en el hogar (CNAE 97 y 98), se llevaron a cabo 47.379 actuaciones, detectando 162 infracciones por un importe total de 492.558,85 euros. Puede parecer una cantidad elevada. Sin embargo, de dichas actuaciones, 45.019 corresponden a las comunicaciones del Plan Integral de Actuación en el Servicio del Hogar (Inspección de trabajo, 2021).

⁵² “Empleo digno y de calidad: ¿utopía en el trabajo doméstico?”, *Lex Social: Revista de los Derechos Sociales*, vol. 11, núm. 2, 2021, pp. 594-627.

ción. A continuación, van a tratarse algunas de estas cuestiones al hilo del análisis del RDL 16/2022.

IV. El Real Decreto-ley 16/2022, de 6 de septiembre, para la mejora de las condiciones de trabajo y de Seguridad Social de las personas trabajadoras al servicio del hogar

Como se señalaba en las páginas iniciales, la consideración del trabajo doméstico como relación laboral asalariada, ha sido un histórico objeto de discusión. Su inclusión en el elenco de relaciones de trabajo siempre fue problemática, separada, o concretada con muchos matices, en las normas que han regulado el trabajo en España.⁵³

Recuerda Espuny⁵⁴ que, el Código de Trabajo de 23 de agosto de 1926, incluyó la siguiente definición en su artículo 147: “se entenderá por servicio doméstico el que se preste mediante jornal, sueldo, salario o remuneración de otro género o sin ella y que sea contratado, no por un patrono, sino por un dueño de casa que no persiga fin de lucro, para trabajar en una casa o morada particular, al servicio exclusivo del contratante, de su familia, de sus dependientes, bien se albergue en el domicilio del dueño o fuera de él”.

Las mujeres trabajadoras del hogar, en su mayoría jóvenes que habían llegado de zonas rurales, quedaron excluidas del seguro de maternidad aprobado con el Real Decreto de 22 de marzo de 1929. Posteriormente, la Ley de contrato de trabajo de la Segunda República de 1931 incluyó en su ámbito de aplicación (artículo 6) a los trabajadores ocupados en servicios domésticos, aunque la Ley de creación y organización de los jurados mixtos profesionales de 1931 los exceptuó de su ámbito. En cambio, por mor del Decreto de 28 de octubre de 1937 se les comprendió en la protección frente accidentes del trabajo, pero no del fondo de garantía. Allí se incluyó la siguiente definición de trabajo doméstico: “el que se preste mediante cualquier remuneración o sin ella, y que sea contratado, no por un patrono, sino por un dueño de casa que no persiga fin de lucro, para

⁵³ En el recorrido histórico de este epígrafe se va a utilizar el género masculino, dado que así se estableció en las normas que se recogen.

⁵⁴ “El servicio doméstico: la historia jurídica de una exclusión continuada”, en *Relaciones laborales y empleados del hogar: reflexiones jurídicas*, Madrid, Dykinson, 2014, pp. 27-60.

trabajar en una morada particular al servicio exclusivo del contratante, de su familia y de sus dependientes, bien se albergue en el domicilio del dueño o fuera de él, siempre que este servicio no se preste de un modo aislado o eventual, sino con carácter continuado y permanente.” Se mantuvo, como puede observarse, la expresión “con remuneración o sin ella”.

El trabajo doméstico perdió su condición laboral con la Ley de Contrato de Trabajo de 1944. Además, como sigue relatando Espuny: “el servicio doméstico no gozaba de descanso dominical según disponía el artículo 4o. del Decreto de 13 de julio de 1940. Se hallaba también al margen de los beneficios del subsidio de vejez en virtud de la Orden de 2 de febrero de 1940. Asimismo, estaban excluidos de los beneficios del subsidio familiar según lo establecido en el apartado b) del artículo 3o. del Reglamento de 30 de octubre de 1938”.⁵⁵

La inclusión de los servidores domésticos en todos los beneficios del seguro social se produjo con la Ley de 19 de julio de 1944, y con el Decreto de 25 de septiembre de 1969 se acabó conformando un régimen especial de los servidores domésticos. Posteriormente, la Ley de Relaciones Laborales de 1976 lo incluyó como relación laboral especial.

Centrándonos únicamente en la regulación dentro de la fase democrática del derecho del trabajo, cabe subrayar su inclusión como relación laboral de carácter especial, por el Estatuto de 1980, y su posterior regulación en el RD 1424/1985, del 1o. de agosto, con las sucesivas modificaciones hasta el RD 1620/2011. Esta norma mantuvo una serie de elementos discriminatorios, situando a las trabajadoras del hogar en una situación de desventaja no justificada, constitutiva de una discriminación por razón de sexo.⁵⁶ Sobre esta regulación impactó el RDL 16/2022 que se analiza a continuación.

V. La finalidad del Real Decreto-ley 16/2022

La eliminación de la histórica discriminación vino claramente reflejada como uno de los *leitmotiv* del Real Decreto-ley 16/2022, de 6 de septiembre, para la mejora de las condiciones de trabajo y de Seguridad Social de las personas tra-

⁵⁵ Espuny i Tomás, p. 49.

⁵⁶ García Testal, Elena, “La necesidad de una protección por desempleo para los trabajadores domésticos en España”, *Revista de Derecho Social*, núm. 79, 2017, pp. 93-112.

bajadoras al servicio del hogar. El RDL se marcó como objetivo la equiparación de las condiciones de trabajo y de Seguridad Social, de las personas trabajadoras del hogar familiar, a las del resto de personas trabajadoras por cuenta ajena, sosteniendo la existencia de un elemento histórico de desvaloración del trabajo doméstico, que ha impregnado la regulación anterior, infravalorando “un trabajo desempeñado histórica y mayoritariamente por mujeres, contribuyendo a la perpetuación de estereotipos y al agravamiento de la brecha de género”. Además, la norma afirma la existencia de una discriminación interseccional extendida, reconociendo que “un alto porcentaje de las personas que desarrollan en España actividades en servicio del hogar no son españolas”.

Partiendo de estas afirmaciones, y de la necesidad de eliminar las diferencias que no responden a causas justificadas y que sitúan a las personas trabajadoras en una situación de desventaja y discriminación, el RDL 16/2022 también deja claro, en su inicio, que existen diversas peculiaridades a tener cuenta a la hora de regular la relación laboral, a saber: que la persona empleadora no tiene entidad empresarial; que la prestación de servicios se produce en un ámbito privado; y la alta variabilidad en las jornadas y circunstancias en cada caso concreto. La existencia de estos elementos diferenciadores es innegable y estos han sido la justificación (*ex lege*) de la histórica regulación diferenciada de esta relación laboral especial. Sin embargo, las posibilidades de mantener las diferencias con las relaciones laborales ordinarias son estrechas porque, como ya se ha visto, el Convenio 189 admite únicamente las especificidades si no son discriminatorias y con la línea roja del respeto a las condiciones necesarias para que el trabajo sea considerado como decente.

La ratificación del Convenio 189 fue sin duda un acicate que se unió al mandato de reforma por inadecuación con el ordenamiento de la Unión Europea derivado de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 24 de febrero de 2022, asunto C 389/20. Según los propios términos del RDL 16/2022, esta sentencia estableció con rotundidad que no son compatibles con el ordenamiento de la Unión Europea, las normas de Seguridad Social que sitúan a las trabajadoras en desventaja particular, con respecto a los trabajadores y que no estén justificada por factores objetivos y ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo. Más allá de la importancia de esta sentencia, lo cierto es que, la adecuación del ordenamiento interno a las disposiciones del Convenio 189 de la OIT, exige reformas que van mucho más allá de las cuestiones de seguridad social.

En este escenario, la aprobación del RDL 16/2022 fue, sin duda, un paso importante y necesario hacia la equiparación de las condiciones de trabajo y de seguridad social de las personas trabajadoras del hogar familiar a las del resto de personas trabajadoras por cuenta ajena. El RDL es un texto ordenado y claro, sin defectos de técnica jurídica. No obstante, siendo un avance claro, podría haber llegado más lejos.

Así, la valoración positiva de la norma no puede ocultar que perviven en nuestro ordenamiento determinadas diferencias no justificadas en la especificidad de la relación. Hay afirmaciones más contundentes, como la de Fernández y García,⁵⁷ que señala cómo la reforma no garantiza condiciones de trabajo plenamente decentes y desaprovecha “la oportunidad para extender otras protecciones, por ejemplo, frente a posibles impactos del trabajo doméstico gestionado a través de plataformas digitales”. En un sentido menos incisivo se ha alabado el intento de “equilibrio” que existe en esta norma, que se mueve entre el acicate del TJUE, del Convenio 189 y la voluntad de limitar el impacto sobre las personas empleadoras.⁵⁸

Para dar cuenta del contenido actual de la relación laboral especial y de estas posibilidades de futuras mejoras, van a detallarse las reformas derivadas de la aprobación del RDL; apuntándose también algunas ideas sobre las reformas que todavía es necesario acometer, para efectos de conseguir eliminar los elementos discriminatorios que todavía existen en la relación laboral especial, de las personas trabajadoras al servicio del hogar.

El RDL 16/2022 ha realizado una reforma extensa, que va mucho más allá de las modificaciones incluidas en el RD 1620/2011 (se modifican los arts. 3.b); 5 y 11). La norma de 2022 procedió, además, a una modificación de:

- La Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales: se incluye la Disposición Adicional 18 y se elimina el artículo 3.4.
- El Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores: se modifica el artículo 33.2.

⁵⁷ “Prevención de riesgos, violencia y acoso en el trabajo doméstico, a la luz de los Convenios 189 y 190 de la OIT”, p. 8.

⁵⁸ Quintero Lima, María Gema, “Las modificaciones introducidas por el Real Decreto-ley 16/2022 de 6 de septiembre para la mejora de las condiciones de trabajo y de Seguridad Social de las personas trabajadoras al servicio del hogar, y su impacto en las personas empleadoras”, *Iuslabor*, núm. 3, 2022, p. 192.

- El Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social: se modifica la DT 16; se incluye el artículo 267.1.a) 8o. y se eliminan los arts. 251.d) y la DA 24.
- El RD 505/1985, de 6 de marzo, sobre organización y funcionamiento del Fondo de Garantía Salarial: se añaden los arts. 11.1.d) y el 19.6, y
- El RD 84/1996, de 24 de enero que establece el Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de personas trabajadoras en la Seguridad Social: se modifica el artículo 43.2.

Además, el propio texto incluye una serie de previsiones de futuras reformas en el marco de la formación profesional y de la prevención de riesgos.

En concreto, las reformas anteriores atienden a cuatro ejes fundamentales: las condiciones laborales; la seguridad social; la salud y seguridad en el trabajo y la formación profesional.

VI. La mejora, sin equiparación, de las condiciones laborales de las trabajadoras domésticas

El avance hacia la equiparación de las condiciones laborales, en los distintos marcos normativos, que desde los años 80 han regulado la relación laboral especial de hogar, ha sido notable. El artículo 5 del RD 1620/2011 se modificó para incluir, al igual que se establece en la relación laboral ordinaria, la presunción del carácter indefinido de la relación laboral, cuando el contrato no se realice por escrito, cualquiera que sea la duración de este. Se trata de una reforma importante, para efectos de dotar de seguridad jurídica a las trabajadoras que tendrán, necesariamente, una copia del contrato donde deben constar las condiciones de trabajo. Todas las personas trabajadoras tendrán los derechos a la información recogidos en el artículo 5.4 del RD 1620/2011.

Respecto del tiempo de trabajo, la reforma del año 2022 se limitó a incluir un nuevo artículo 9.3 bis, en relación con el control horario en el tiempo parcial, manteniendo el resto del artículo. Ciertamente, el artículo 9 del RD 1620/2011 ya había incluido una serie de limitaciones del tiempo de trabajo, al establecer el límite de 40 horas semanales para la jornada máxima semanal de carácter ordinario “sin perjuicio de los tiempos de presencia, a disposición del emplea-

dor, que pudieran acordarse entre las partes”. La distinción entre el tiempo de trabajo efectivo y el tiempo de presencia no queda aclarada en la norma.⁵⁹ La jurisprudencia ha procedido a realizar la distinción, señalando que, el tiempo de presencia es “el tiempo durante el cual el trabajador está obligado a permanecer en el ámbito del hogar familiar para realizar las tareas que pudieran surgir eventualmente a lo largo del mismo, no la mera estancia en dicho ámbito por la simple circunstancias de tener el trabajador su residencia en ese hogar familiar”,⁶⁰ y son las que “se hayan pactado al efecto y se refieren a las que con tal condición se pacten dentro del arco temporal posterior o anterior a la jornada laboral diaria”.⁶¹ Evidentemente, aun con los límites del artículo 9, la suma de la jornada ordinaria, del tiempo de presencia —20 horas semanales en promedio mensual— y la posibilidad de horas extraordinarias, sitúan a este colectivo ante la perspectiva de jornadas larguísimas, solo limitadas por las 12 horas obligatorias de descanso entre jornada y jornada que pueden reducirse a 10, en el caso de las personas que tienen carácter de “internas”. Por añadidura, el consabido desequilibrio de poder en el seno de la relación, las dificultades para el control horario, la ausencia de acción colectiva y la reducción de las posibles actuaciones de la inspección, sitúan a las personas trabajadoras del hogar en una posición muy vulnerable en cuanto al respeto de los límites de jornada.⁶²

También es de especial importancia la modificación del artículo 3.b del RD 1620/2011, el artículo 33 del ET y el RD 505/1985, sobre la organización y funcionamiento del FOGASA para incluir a las trabajadoras del hogar en la cobertura del Fondo, en los casos de insolvencia o concurso de las empleadoras. Esta reforma era imprescindible para evitar una diferencia de trato no justifica-

⁵⁹ Benlloch Sanz, Pablo, “La regulación del tiempo de trabajo en la relación laboral especial del servicio del hogar familiar”, en *La reordenación del tiempo de trabajo*, vol. 2, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2022, pp. 935-956.

⁶⁰ STSJ de Madrid núm. 292/2017, de 27 de marzo de 2017.

⁶¹ STSJ de País Vasco núm. 637/2019, de 26 marzo 2019.

⁶² No se trata aquí el importante, y todavía poco estudiado, tema de la conciliación de las empleadas de hogar. Sin duda, la nueva regulación ha contribuido a mejorarla, pero perviven obstáculos, fundamentalmente respecto de las trabajadoras informales. Véase Cristina Ayala del Pino, Cristina, “La conciliación de la empleada del hogar: inexistente e invisible”, *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, núm. 56, 2023, pp. 73-94; Rodríguez Copé, María Luisa, “Conciliación y trabajo doméstico: un reto para las políticas socio-laborales del siglo XXI. El decisivo papel de los tribunales de justicia”, *Lex Social: Revista de los Derechos Sociales*, vol. 9, núm. 2, 2019, pp. 212-49.

da y por tanto discriminatoria que, además, y como ha señalado Quesada, con-
tradicía la Recomendación núm. 201 OIT, que compromete a los Estados “a
asegurar que los trabajadores domésticos disfruten de condiciones que no sean
menos favorables que las que se apliquen a los demás trabajadores en general
en lo relativo a la protección de los créditos laborales en caso de insolvencia o
de fallecimiento del empleador”.⁶³ Cabe recordar además que, desde la adop-
ción del Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero, del mecanismo de segunda
oportunidad, de la reducción de carga financiera y de otras medidas de orden
social, es posible la declaración de insolvencia de las unidades familiares, por lo
que ya no existe ningún obstáculo para el reconocimiento de esta protección
específica, respecto de las deudas salariales e indemnizatorias en el caso de in-
solvencia o desaparición de la persona empleadora.

Para descartar esta regulación discriminatoria, se eliminó del artículo 3.b del
RD 1620/2011 la exclusión expresa del FOGASA y se incluyó a este colectivo
en el ámbito subjetivo de la protección, modificando para ello el 33 del ET y el
11.1.b del RD 505/1985. Como resume Quintero, con este cambio el FOGA-
SA queda obligado a abonar las indemnizaciones reconocidas como consecuen-
cia de sentencia, auto, acto de conciliación judicial o resolución administrativa a
favor de las personas trabajadoras a causa de despido o extinción de contratos
al amparo del artículo 11.2 del RD 1620/2011.⁶⁴

Es cierto que, como señala la misma autora, se mantiene una diferencia en
el alcance de la cobertura, en el artículo 19.6 del RD 505/1985. Según este ar-
tículo, si el contrato se extingue por las causas específicas que se regulan en el
nuevo artículo 11.2 del RD 1611/2011, la cuantía se calculará a razón de doce
días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de
tiempo inferiores a un año, con el límite máximo de seis mensualidades, sin que
el salario diario, base del cálculo, pueda exceder del doble del salario mínimo in-
terprofesional, incluyendo la parte proporcional de las pagas extraordinarias. La
regla general, establecida en el artículo 19.1 del RD de 1985, para la extinción
de los contratos de trabajo por causas económicas, tecnológicas o de fuerza
mayor, es calcular la indemnización a razón de veinte días de salario por año de

⁶³ Quesada Segura, Rosa, “Sobre los derechos que mejoran las condiciones de trabajo
y de Seguridad Social de las trabajadoras del hogar familiar. Análisis del Real Decreto-Ley
16/2022, de 6 de septiembre”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm.
63, 2022, p. 7.

⁶⁴ Quintero Lima, “La desprecuarización de un colectivo discriminado”.

servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año, con el límite máximo de una anualidad. Se trata de una de las situaciones cuya justificación es sumamente compleja de sostener.

Una de las grandes reformas reclamadas por la doctrina con reiteración, se centraba en la terminación de la relación de trabajo por voluntad de la persona empleadora.⁶⁵ Como había venido denunciando García Testal,⁶⁶ permitir el desistimiento libre, sin necesidad de alegar causa, era la principal peculiaridad de la extinción del contrato del trabajo de hogar y la diferencia fundamental con la relación laboral ordinaria, actuando como una de las causas más importantes del desequilibrio entre las partes del contrato.

El RDL 16/2022 se fijó como uno de los pilares de la reforma la extinción del desistimiento, que se consideró inadecuado por tres razones fundamentales. La claridad de la Exposición de Motivos de la norma amerita su reproducción integral:

En primer lugar, la existencia de la figura del desistimiento provoca que se desvanecan los límites garantistas del despido objetivo para tales situaciones al existir una vía intermedia de convalidación de la extinción ad nutum. Precisamente por ello la persona empleadora se verá atraída por este mecanismo extintivo —salvo en aquellos casos en que resulte irrefutable la causa del despido disciplinario—, dada la falta de necesidad de alegar causa y la cuantía menor de la indemnización que la fijada para la improcedencia del despido.

En segundo lugar, la eliminación de la figura del desistimiento resulta necesaria en el caso de esta relación laboral especial desde el momento en que constituye una diferencia de trato no justificada en perjuicio de las trabajadoras que además tiene como efectos una mayor desprotección, un déficit de tutela en los casos de discriminación y un incremento de la precariedad y vulnerabilidad de este colectivo. Esto es, la condición de la parte empleadora no puede desplazar y vaciar de contenido el objeto tuitivo del Derecho del Trabajo.

En tercer lugar, se pone de manifiesto en reiteradas sentencias de nuestros Tribunales internos que las personas al servicio del hogar familiar disfrutaban de una tutela

⁶⁵ Villalba Sánchez, Alicia, “La discriminación por razón de sexo padecida por las empleadas del hogar familiar en la extinción de su contrato”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, 2022, pp. 47-76, disponible en: <https://doi.org/10.51302/rtss.2022.3269>.

⁶⁶ “La extinción del contrato de trabajo de los trabajadores doméstico en España: un régimen jurídico injustificadamente diferenciado”, *Lex Social: Revista de Derechos Sociales* vol. 9, núm. 2, 2019, pp. 275-98, disponible en: <https://doi.org/10.46661/lexsocial.4216>.

de derechos fundamentales muy inferior a la que se prevé en la relación laboral común. La inaplicación en el caso de desistimiento del principio de nulidad objetiva del despido de la trabajadora embarazada, cuya finalidad es la de proporcionar una tutela más enérgica que la ordinaria frente a la discriminación, es prueba palpable de ello.

Con la eliminación del desistimiento, la extinción de la relación pasó a regularse por el artículo 49.1 ET, pero se añadieron una serie de nuevas causas de despido, cuya inclusión se argumenta en atención a las particularidades de la prestación laboral en el hogar. Estas causas, que siempre deben justificarse por la persona empleadora, son tres: la disminución de los ingresos de la unidad familiar o incremento de sus gastos por circunstancia sobrevenida; la modificación sustancial de las necesidades de la unidad familiar y cuando el comportamiento de la persona trabajadora fundamente de manera razonable y proporcionada la pérdida de confianza de la persona empleadora.

En el artículo 11 se regula el procedimiento para el despido por estas causas, estableciéndose una serie de particularidades respecto del que existe, con carácter general, para el despido objetivo. Cabe acordar con Quintero en que se mantiene la estructura prevista para el desistimiento, exigiendo la comunicación, la puesta a disposición de una indemnización equivalente a 12 días de salario por año de servicio, con el límite de seis mensualidades y un preaviso.⁶⁷ La norma también incluye la presunción de que, a falta de comunicación, se ha optado por el despido.⁶⁸ El análisis del artículo demuestra que, en realidad, el marco especí-

⁶⁷ Quintero Lima, “Las modificaciones introducidas por el Real Decreto-ley 16/2022 de 6 de septiembre para la mejora de las condiciones de trabajo y de Seguridad Social de las personas trabajadoras al servicio del hogar, y su impacto en las personas empleadoras”; “La desprecarización de un colectivo discriminado”.

⁶⁸ La decisión de extinguir el contrato deberá comunicarse por escrito a la persona empleada del hogar, debiendo constar de modo claro e inequívoco la voluntad de la persona empleadora de dar por finalizada la relación laboral y la causa por la que se adopta dicha decisión. Simultáneamente a la comunicación de la extinción, la persona empleadora deberá poner, a disposición de la persona trabajadora, una indemnización, en cuantía equivalente al salario correspondiente a doce días por año de servicio con el límite de seis mensualidades. En el caso de que la prestación de servicios hubiera superado la duración de un año, la persona empleadora deberá conceder un plazo de preaviso cuya duración, computada desde que se comunique a la persona trabajadora la decisión de extinción, habrá de ser, como mínimo, de veinte días. En los demás supuestos el preaviso será de siete días y, durante el período de preaviso, la persona que preste servicios a jornada completa tendrá derecho, sin pérdida de su retribución, a una licencia de seis horas semanales con el fin de buscar nuevo empleo, teniendo en cuenta que la

fico establecido para este colectivo mantiene una diferencia de trato importante, respecto del régimen laboral común. La norma mantiene, en un ejercicio de *gatopardismo*, un régimen extintivo más flexible y menos costoso, una diferencia (discriminación) que no está justificada y que requiere una corrección.⁶⁹

Una de las cuestiones más complejas que se plantean a la hora de regular la finalización del contrato de trabajo, en esta relación laboral especial, es la readmisión de la persona trabajadora. La readmisión presenta problemas innegables, tanto en lo relativo a las consecuencias de la improcedencia, como en lo tocante al despido nulo.⁷⁰ Del texto actual del artículo 11 del RD 1620/2011 pueden derivarse dos interpretaciones: por un lado, y dado que el legislador ha eliminado cualquier especificidad respecto de la regulación del despido, es posible aceptar la readmisión como una posibilidad también aplicable a este contrato; por otro lado, y también según la dicción de la norma, también cabe la posibilidad de establecer una excepción y aceptar que la readmisión es incompatible con las peculiaridades derivadas del carácter especial de la relación.

Esta segunda interpretación ha sido sostenida por la jurisprudencia y la doctrina, habitualmente ante supuestos de despido nulo, afirmándose la incompatibilidad de la readmisión con los derechos fundamentales de la persona empleadora (inviolabilidad del domicilio e intimidad personal y familiar).⁷¹ La doctrina especializada ha remarcado también que, la readmisión, podría causar una lesión a los derechos de las personas trabajadoras que deberían aceptar el

persona empleadora podrá sustituir el preaviso por una indemnización equivalente a los salarios de dicho período. Si los requisitos relativos a la forma escrita o a la puesta a disposición de la indemnización se incumplen, se presumirá que la persona empleadora ha optado por la aplicación del régimen extintivo del despido regulado en el Estatuto de los Trabajadores, es decir, deberá abonar una indemnización. El texto señala no obstante que, esta presunción no resultará aplicable por la no concesión del preaviso o el error excusable en el cálculo de la indemnización, sin perjuicio de la obligación de la persona empleadora, de abonar los salarios correspondientes a dicho período o al pago de la indemnización en la cuantía correcta.

⁶⁹ Villalba Sánchez, “La discriminación por razón de sexo padecida por las empleadas del hogar familiar en la extinción de su contrato”; Quintero Lima, “La despreciaización de un colectivo discriminado”; Fernández Artiach y García Testal, “Prevención de riesgos, violencia y acoso en el trabajo doméstico, a la luz de los Convenios 189 y 190 de la OIT”.

⁷⁰ García González, Guillermo, “Derechos sociales y empleados del hogar: reformas jurídicas inaplazables para la dignificación del trabajo doméstico en España”, *Revista de Derecho Social*, núm. 77, 2017, pp. 83-104.

⁷¹ Villalba Sánchez, “La discriminación por razón de sexo padecida por las empleadas del hogar familiar en la extinción de su contrato”, pp. 63 y ss.

reingreso en un lugar de trabajo que, en ocasiones, es su residencia (en el caso de las personas en régimen interno), o incluso que esta readmisión podría ser una vía para forzar una dimisión y eludir la indemnización. Esta última situación, potencialmente común a toda relación laboral, se exagera en el caso de las trabajadoras del hogar.

El problema se plantea, evidentemente, ante el despido calificado como nulo. La cuestión de la nulidad del despido cobra una especial incidencia en la relación laboral de empleo del hogar, en particular por la abundancia de casos de discriminación por motivos sexogénicos vinculada a la feminización de esta actividad laboral. La jurisprudencia ya había aceptado, sin atisbo de dudas, la operatividad de la nulidad del despido aplicando de manera supletoria el régimen común (algo que permitía el antiguo artículo 3.b) del RD 1620/2011). En concreto, es remarcable la STS de 11 de enero de 2022 (rec. 2099/2019) que, en el caso de una trabajadora embarazada, afirmó que, desde la perspectiva de las normas reguladoras del despido de una empleada de hogar, la protección objetiva del embarazo también ha de aplicarse al despido de la trabajadora al servicio del hogar familiar embarazada.⁷²

De hecho, tras la modificación del año 2022 queda explícita la necesaria aplicación del artículo 55 del Estatuto de los Trabajadores, pero sigue en el aire cuales pueden ser las consecuencias de la declaración de nulidad y si es o no aplicable la obligatoriedad de la readmisión. En este caso, podrían entrar en colisión dos derechos fundamentales: el derecho de la empleada a no ser discriminada por razón de sexo, y de la persona empleadora a la intimidad personal y familiar, y a la inviolabilidad de domicilio. Así, para una gran parte de la doctrina, las especialidades que se derivan del lugar de prestación de servicios y del carácter de particular relación de confianza entre las partes, impiden que se aplique la regulación general. No obstante, tampoco es asumible que la sanción por despido nulo se equipare a aquella vinculada al despido improcedente, perdiendo así su especial protección, derivada de la particularidad de los bienes jurídicos protegidos.

La solución, que ha subrayado la jurisprudencia y la doctrina, es aplicar la respuesta establecida para los casos de nulidad, en los que no cabe la readmisión (artículo 286 de la LRJS); es decir, establecer una indemnización calculada hasta la fecha de la sentencia, sumándole los salarios de tramitación también

⁷² Sobre esta sentencia véase Villalba Sánchez, pp. 61 y 62.

hasta dicha fecha y, si hay vulneración de derechos fundamentales, incorporando además la correspondiente indemnización por daños morales y perjuicios adicionales de los arts. 182 y 183 LRJS.⁷³

El otro tema vinculado con la finalización de la relación laboral, es la cuestión de la indemnización que, como se ha señalado, es evidentemente inferior a la prevista para el despido objetivo, regulado en el Estatuto de los Trabajadores. De nuevo cabe acordar con Quintero y afirmar que, con la norma, se ha perdido la oportunidad de homogeneizar las indemnizaciones derivadas de extinciones contractuales, sin que quepa una modulación de estas; sin que quepa justificar tal diferenciación en la especial confianza en la relación, en el lugar de prestación o en el carácter de las partes contratantes. Ninguna de estas circunstancias justifica un abaratamiento del despido.

VII. Los derechos colectivos de las trabajadoras domésticas

Históricamente, el ejercicio de la libertad sindical y sus derechos asociados ha vivido de espaldas a la realidad del trabajo doméstico en España. No cabe duda de que, estas trabajadoras, gozan de los derechos constitucionales a la libertad sindical, la huelga o la negociación colectiva (artículos 28 y 31 de la Constitución Española). En cumplimiento del mandato constitucional, el RD 1620/2011 reconoce a los convenios colectivos como fuente de Derecho para la regulación de esta relación laboral especial (artículo 3.c), así como el papel de los convenios en la regulación del periodo de prueba (artículo 6.2) y en la referencia a los incrementos salariales (artículo. 8.3). Sin embargo, la realidad nos demuestra cómo el ejercicio de los derechos de sindicalización, negociación colectiva y huelga es casi totalmente ajeno a las personas empleadas el hogar.

Una parte de la responsabilidad de esta situación se vincula con la ausencia de una regulación específica de estos derechos, en las normas que regulan la relación laboral especial. El RD de 2011 mantiene, tras la modificación de 2022, la falta de un tratamiento mínimamente adaptativo de la representación unitaria,

⁷³ Véase Quintero Lima, “La desprecariación de un colectivo discriminado”; Benavente Torres, Inmaculada, “La extinción de la relación laboral especial del trabajo del hogar familiar”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 51, 2018, pp. 84-124.

de la actividad sindical en la empresa o de los derechos de huelga, negociación colectiva y conflicto.⁷⁴

La ausencia de una regulación específica, aún hoy en día, imposibilita la superación de los obstáculos existentes como son: por el lado de la persona trabajadora, el aislamiento y la histórica falta de sindicación, teniendo en cuenta que esta característica se está superando con la emergencia de figuras asociativas y sindicatos de rama potentes, y que los sindicatos más representativos están acogiendo de manera creciente la afiliación y la representación de los intereses de este colectivo; y por el lado de la persona empleadora, su carácter de persona física, que chirría con las reglas vigentes relativas pensadas para organizaciones empresariales y no, evidentemente, para personas físicas titulares de un hogar familiar. Todo ello, en conexión con los ya mencionados derechos a la intimidad y a la inviolabilidad del domicilio, inherentes al lugar de la prestación. Además, es necesario remarcar que, como advierte Benavente (2021), el trabajo al servicio del hogar familiar se caracteriza por la imposibilidad de representación unitaria y por la necesidad de definir sus propios intereses en el seno del espectro sindical.

Con estas condiciones, como han señalado numerosas expertas,⁷⁵ la realidad evidencia obstáculos para la afiliación, la constitución de los sujetos colectivos, la negociación colectiva o el ejercicio de los derechos de conflicto colectivo. En concreto, se han resaltado las dificultades fundamentales en relación con el control de la representatividad y la selección y concreción de los sujetos de la negociación.⁷⁶ La doctrina también ha señalado, como cuestiones a resolver, la delimitación de las funciones incluidas —o no— en un potencial convenio, así como la necesidad de establecer un sistema de clasificación profesional y la delimitación de funciones y tablas salariales; incluso, la posibilidad de acudir a

⁷⁴ Benavente Torres, Inmaculada, “Dificultades para la negociación colectiva en el ámbito de la relación laboral especial del trabajo al servicio del hogar familiar”, *Lex Social: Revista de los Derechos Sociales*, vol. 11, núm. 1, 2021, pp. 534-57.

⁷⁵ Nieto Rojas, Patricia, “Trabajo doméstico y derechos colectivos. Algunas reflexiones al hilo del RD 1620/2011 y del Convenio 189 OIT”, *Lex Social: Revista de Derechos Sociales*, vol. 9, núm. 2, 2021, pp. 397-410.

⁷⁶ Menéndez Calvo, María Remedios, “Regulación convencional del servicio doméstico, imprescindible para conocer sus derechos”, en *Reflexiones sobre el empleo doméstico: de dónde venimos, dónde nos encontramos y hacia dónde vamos*, Servicio Central de Publicaciones-Argitalpen Zerbitzu Nagusia, 2020, pp. 33-41

las figuras de la adhesión o extensión convencional, previstas en el Estatuto de los Trabajadores.

Más allá de los convenios, cabe destacar que, si bien no cabe duda de que las personas trabajadoras del hogar tienen derecho de huelga, la propia configuración de este, como un derecho de titularidad individual y de ejercicio colectivo, requiere una actuación conjunta para su eficacia y reconocimiento, lo cual, ante la débil constitución actual de los sujetos colectivos de trabajadoras del hogar, es sumamente complicado e imposibilita, de facto, el ejercicio efectivo de este derecho. Por añadidura, debe tenerse en cuenta, como señala Olarte,⁷⁷ que hay instrumentos fundamentales que se incardinan en la negociación colectiva, como son los Planes de Igualdad, de cuya aplicación están ausentes estas trabajadoras y que son fundamentales para, entre otras cuestiones, la prevención y protección de la violencia y el acoso en el trabajo.

La ausencia de normas colectivas y de la posibilidad de organización y adopción de medidas de conflicto, mantiene la individualización de esta relación laboral, y evita la mejora de los derechos laborales mínimos, todo lo cual es incompatible con el mandato del artículo 3 del Convenio 189; más aún, con las recomendaciones de la R.201, por lo que es necesaria la adopción de una serie de disposiciones para eliminar los obstáculos para la afiliación y el ejercicio de los derechos sindicales, y en particular, la negociación colectiva y la huelga.

En este cometido, es fundamental el compromiso de los sindicatos y de las organizaciones patronales clásicas, que podrían incluir la cuestión de la promoción del ejercicio de los derechos colectivos en los acuerdos *interconfederales* para la negociación colectiva. No en vano, el prólogo del V Acuerdo por el Empleo y la Negociación Colectiva (adoptado en mayo de 2023) señala que, todos los AENC, han buscado, desde la negociación colectiva, “la mejora de la situación de las empresas y el mantenimiento del empleo y de las condiciones laborales, y también enriquecer los contenidos de la negociación colectiva y adaptarlos a los cambios y realidades que se van produciendo en la sociedad, en la economía y en el mercado de trabajo, así como a abordar contenidos que contribuyan a atajar problemas estructurales como la desigualdad entre mujeres y hombres o preservar la seguridad y salud de las personas trabajadoras”. Este objetivo debe

⁷⁷ Olarte Encabo, Sofía, “Ratificación del Convenio 190 OIT sobre violencia y acoso en el trabajo: impacto en el ordenamiento español y propuestas para su cumplimiento”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*, núm. 154, 2022, pp. 47-68.

incluir las mejoras necesarias para la dignificación de la relación laboral especial de servicio del hogar, la cual requiere una “adaptación” de las reglas de representatividad y negociación a sus particularidades.⁷⁸

VIII. La reforma de la cobertura de la seguridad social: el cumplimiento del mandato del TJUE

La eliminación del Régimen Especial de Hogar Familiar, que se realizó en el año 2011 a través de la Disposición Adicional 39ª de la Ley 27/2011, de 1 de agosto sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, para convertirlo en un Sistema Especial dentro del Régimen General, fue un paso importante, pero insuficiente. La transformación no eliminó una de las diferenciaciones no justificadas, y por tanto discriminatoria, respecto de las prestaciones reconocidas a este colectivo, como era la ausencia de protección por desempleo. El reconocimiento de esta prestación había sido exigido por la doctrina en múltiples contribuciones y, finalmente, la ya mencionada Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE) de 24 febrero 2022 (C-389/20) vino a forzar la reforma.⁷⁹

En esta sentencia, siguiendo su línea jurisprudencial anterior, el TJUE recordó que, cualquier trato diferenciado en el ámbito de la Seguridad Social que, aun siendo aparentemente neutro, afecte mayoritariamente a mujeres, se opone

⁷⁸ Menéndez Calvo, María Remedios, “Regulación convencional del servicio doméstico, imprescindible para conocer sus derechos”, en *Reflexiones sobre el empleo doméstico: de dónde venimos, dónde nos encontramos y hacia dónde vamos*, Servicio Central de Publicaciones-Argitalpen Zerbitzu Nagusia, 2020.

⁷⁹ El caso llegó ante el TJUE a través de una cuestión prejudicial elevada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Vigo, el 2 de marzo de 2020, contra una resolución de la Tesorería General de la Seguridad Social que denegó la solicitud de una empleada de hogar de cotizar por la contingencia de desempleo, con el consentimiento de su empleadora. Al analizar el caso, el Tribunal afirmó que, de los datos estadísticos se desprende con claridad que existe una manifiesta, incontrovertida y absoluta feminización del Sistema Especial de empleo en el hogar familiar. Para hacer esta afirmación el TJUE se apoyó en datos estadísticos de 31 de mayo de 2021. Atendiendo a estos datos se evidenció cómo el Sistema Especial para Empleados de Hogar contaba con 384,175 trabajadores, de los cuales 366,991 eran mujeres (el 95.53%, esto es, el 4.72% de las trabajadoras por cuenta ajena del conjunto del Régimen General) y 17,171 hombres (el 4.47% de los trabajadores incluidos en dicho sistema especial y el 0.21% de los trabajadores por cuenta ajena del Régimen General).

a la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social, siendo constitutivo de discriminación indirecta por razón de sexo. Analizando la ausencia de reconocimiento del derecho al desempleo para las personas empleadas al servicio del hogar familiar, el Tribunal advirtió que esta exclusión entraña una discriminación indirecta por razón de sexo contraria al artículo 4.1, de la Directiva 79/7, dado que no parece justificarse en factores objetivos y ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo. Para alcanzar esta decisión, el TJUE señala, además, que otros colectivos de trabajadores, cuya relación laboral se desarrolla a domicilio para empleadores no profesionales (como los jardineros y conductores particulares o los trabajadores agrícolas y los trabajadores contratados por empresas de limpieza), están cubiertos frente a la contingencia de desempleo, pese a que sus cotizaciones son en algunos casos inferiores a las aplicables al empleo del hogar.

Más allá de la importancia de esta decisión y de coincidir en el sentido del fallo, la sentencia llama la atención porque, a largo de su pronunciamiento, el Tribunal parece afirmar que una discriminación indirecta puede ser jurídicamente válida si se justifica en objetivos legítimos de política social. En concreto, afirma lo siguiente: “procede considerar que los objetivos perseguidos por el artículo 251, letra d), de la LGSS son, en principio, objetivos legítimos de política social que pueden justificar la discriminación indirecta por razón de sexo que supone esta disposición nacional”. Sobre el particular debe recordarse que las discriminaciones por razón de sexo (directas o indirectas) están totalmente prohibidas por nuestra Constitución y no cabe aceptar justificaciones a las mismas. Las diferencias de trato justificadas, en cambio, se permiten (por ejemplo, las acciones positivas) pero si existe esa justificación no la podemos calificar como “discriminatoria” (Barrère, 2018).

Para efectos de reconocer la prestación por desempleo a las trabajadoras del Sistema Especial del hogar familiar, el RDL 16/2022 introduce varios cambios en la Ley General de Seguridad Social: se deroga el artículo 251.d) LGSS, que las excluía expresamente y se considera situación legal de desempleo la extinción por causa justificada (incluyendo un nuevo artículo 11.1 RD 1620/2011 y nuevo apartado al artículo 267.1 LGSS). Para tener acceso a esta prestación, las trabajadoras deben cumplir los requisitos del artículo 266 de la LGSS. Por añadidura, el RDL 16/2022 modifica el artículo 267 de la LGSS para incluir como situación legal de desempleo la extinción por causa justificada contemplada en

el nuevo artículo 11.2 del Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre, incorporándose en la LGSS un nuevo apartado 8o. al artículo 267.1.a).

Otra de las modificaciones importantes atañe a la cuestión de la afiliación. Con el RDL 16/2022, la persona empleadora se convierte, por fin, en la única responsable de las obligaciones relativas al encuadramiento y cotización de las trabajadoras del sistema especial de hogar.⁸⁰

En lo que respecta a la cotización, el RDL 16/2022 modificó la Disposición transitoria decimosexta de la LGSS que regula las bases y tipos de cotización y acción protectora en el Sistema Especial para Empleados de Hogar, entre otras cuestiones, para limitar que la cotización pueda ser inferior a la base mínima que se establezca legalmente. Por su parte, la Disposición adicional primera recoge beneficios en la cotización, aplicables en el Sistema Especial para Empleados de Hogar importantes, para conseguir la eficacia del modelo y la formalización del trabajo doméstico asalariado.⁸¹

VII. La prevención de riesgos laborales y el camino que falta por recorrer

⁸⁰ Así, y desde el 1 de enero de 2023, se eliminó la posibilidad de que las trabajadoras del hogar con contratos de menos de 60 horas al mes, se hicieran cargo personal y directamente de su propia, altas, bajas y variaciones de datos. Para ello, se modificó el apartado 2 del artículo 43 del Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de personas trabajadoras en la Seguridad Social. Por su parte, la disposición adicional segunda del RDL 16/2022 establece las previsiones necesarias para la asunción, por las personas empleadoras, de las obligaciones en materia de cotización, con relación a las personas empleadas del hogar que presten sus servicios durante menos de sesenta horas mensuales.

⁸¹ Esta disposición incluye una reducción del 20 por ciento en la aportación empresarial a la cotización a la Seguridad Social por contingencias comunes, y una bonificación del 80 por ciento en las aportaciones empresariales a la cotización por desempleo y al Fondo de Garantía Salarial. Además, y de manera alternativa a esta reducción, las personas empleadoras que cumplan unos determinados requisitos de patrimonio o renta de la unidad familiar o de convivencia, que se fijarán reglamentariamente, tendrán derecho a una bonificación del 45 por ciento o del 30 por ciento en la aportación empresarial a la cotización a la Seguridad Social por contingencias comunes. Debe remarcar, que estas bonificaciones solo serán aplicables respecto de una única persona empleada de hogar en alta en el Régimen General de la Seguridad Social por cada persona empleadora.

Respecto de la salud y seguridad en el trabajo, el Real Decreto-ley 16/2022 suprimió el apartado 4 del artículo 3 de la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales, que excluía la aplicación de la norma de prevención a la relación laboral, de carácter especial, del servicio del hogar familiar. Además, añadió una importante disposición adicional décimo octava, que establece lo siguiente: “En el ámbito de la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar, las personas trabajadoras tienen derecho a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo, especialmente en el ámbito de la prevención de la violencia contra las mujeres, teniendo en cuenta las características específicas del trabajo doméstico, en los términos y con las garantías que se prevean reglamentariamente a fin de asegurar su salud y seguridad”. Decae por fin el argumento de la imposibilidad de establecer unas obligaciones efectivas a la persona empleadora por no tener forma empresarial, aunque es evidente que la cuestión integra importantes dificultades prácticas.⁸²

El desarrollo reglamentario de esta previsión es urgente y preceptivo, no sólo por la reforma que comentamos, sino porque debe darse cumplimiento al artículo 13 del Convenio 189 que establece que, todo trabajador doméstico tiene derecho a un entorno de trabajo seguro y saludable y que los Estados deberán, en conformidad con la legislación y la práctica nacionales, adoptar medidas eficaces, teniendo debidamente en cuenta las características específicas del trabajo doméstico, a fin de asegurar la seguridad y la salud en el trabajo de los trabajadores domésticos.

La inclusión de la perspectiva de género, en la prevención de riesgos en el trabajo, es un elemento fundamental para la consecución de la igualdad y no discriminación en este colectivo. La OIT ha señalado que, dado que la mayoría de los trabajadores domésticos son mujeres, la protección de la maternidad es un ámbito de preocupación que debería ser un aspecto clave al evaluar los riesgos. La exposición a sustancias peligrosas, la manipulación de cargas pesadas u otras tareas de este tipo pueden suponer una amenaza para la madre o el feto (OIT, 2016). Además, la doctrina ha remarcado la elevada exposición a riesgos psicosociales y la necesidad de contemplar la específica realidad de las mujeres migrantes.

⁸² Fernández Artíach y García Testal, “Prevención de riesgos, violencia y acoso en el trabajo doméstico, a la luz de los Convenios 189 y 190 de la OIT”, *cit.*

Recogiendo el análisis de Fernández y García Testal, es importante remarcar que

los estudios que se han realizado sobre los riesgos a que se encuentra expuesto el sector confirman, además de la presencia de riesgos físicos, químicos o biológicos, la concurrencia de riesgos psicosociales, entre los que se encuentran el estrés laboral y la violencia en el trabajo y, dentro de esta última, tanto la violencia física como la psicológica. Las trabajadoras domésticas, debido a su precariedad y vulnerabilidad, y en mayor medida en los supuestos de cuidado de personas mayores, están sometidas a mayor riesgo de situaciones de violencia y trato injusto y discriminatorio, agravadas por las situaciones de aislamiento.⁸³

De hecho, la Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo (2023-2027), se ha comprometido a la realización de políticas públicas con perspectiva de género, que deberían tener incidencia en el marco regulador de esta relación laboral especial, considerándolas como un colectivo en situación de especial vulnerabilidad ante la violencia en el trabajo.⁸⁴

En todo caso, no pueden pasarse por alto las limitaciones que las personas empleadoras, titulares del hogar familiar, tienen para organizar sistemas efectivos de prevención, tanto por la ausencia de formación como por las dificultades económicas que entrañaría una posible obligación de acudir a un sistema de prevención profesional ajeno.

⁸³ *Idem.*

⁸⁴ Atendiendo a esta serie de lineamientos y al cumplimiento de la DA 18, el Ministerio de Trabajo y Economía Social publicó, el 17 de mayo, una consulta pública previa a la tramitación del Proyecto de Real Decreto por el que se desarrolla la Disposición Adicional Decimoctava de la ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales, sobre la protección de la seguridad y la salud en el ámbito del empleo en el hogar y para la incorporación de la perspectiva de género en el ámbito de la seguridad y salud en el trabajo. Al mismo tiempo, constituyó una comisión para el diálogo social respecto de este desarrollo. Según las declaraciones de la Ministra de Trabajo, Yolanda Díaz, el control de riesgos, incluyendo específicamente los psicosociales, “se va a llevar a cabo a través de autoevaluaciones que tendrán que los hogares que contraten los servicios”. La inspección podrá solicitar estos documentos para controlar la situación de las personas trabajadoras, sin acceder a los domicilios a no ser que medie consentimiento del titular del hogar, para respetar la inviolabilidad de estos y el derecho a la intimidad. La reivindicación de las asociaciones de empleadas del hogar, en concreto la expresada por la portavoz del colectivo Territorio Doméstico, se centra también en el reconocimiento de las enfermedades profesionales de las trabajadoras del hogar.

VIII. La formación profesional

En cuanto a la formación profesional, la norma recoge una larga reivindicación de los colectivos de trabajadoras domésticas⁸⁵ y, en su Disposición Adicional 6a., compromete al Gobierno a desarrollar políticas de formación y acreditación para las personas empleadas del hogar dedicadas al cuidado o atención de las personas miembros de la familia o de las personas que formen parte del ámbito doméstico y familiar, que tendrán en cuenta las particulares condiciones de trabajo de este sector y el perfil de las personas trabajadoras empleadas en el mismo.

Con esto, sigue la línea de la Recomendación 201 de la OIT, la cual aconseja a los Miembros formular políticas y programas a fin de fomentar el desarrollo continuo de las competencias y calificaciones de las personas trabajadoras domésticas. Sin embargo, como señala Quintero,⁸⁶ en este punto la norma tiene un contenido vago, ni fija plazos, ni lleva a cabo mayores concreciones sobre el tipo de formación ni la tipología de las acreditaciones (carné profesional, título habilitante...), o las competencias.

IX. Personas empleadoras en situación de vulnerabilidad

Como último apunte, es importante señalar la necesidad perentoria de atender a la situación de las personas empleadoras en situación de especial vulnerabilidad, cuya situación se puede ver agravada con obligaciones adicionales que se establezcan en la relación laboral especial que aquí se analiza. De hecho, es importante tener en cuenta, como indica Iniesta,⁸⁷ que la precarización salarial generalizada es poco compatible con la voluntad de dignificar y formalizar esta

⁸⁵ Grau Pineda, María del Carmen, “La formación profesional en el empleo doméstico: análisis del estado de la cuestión”, *Lan Harremanak: Revista de Relaciones Laborales*, núm. 44, 2020, pp. 358-78.

⁸⁶ Quintero Lima, “Las modificaciones introducidas por el Real Decreto-ley 16/2022 de 6 de septiembre para la mejora de las condiciones de trabajo y de Seguridad Social de las personas trabajadoras al servicio del hogar, y su impacto en las personas empleadoras”; Quintero Lima, “La desprecuarización de un colectivo discriminado”.

⁸⁷ Iniesta Valera, Asunción, “Una mirada crítica de género al nuevo régimen de empleadas de hogar.”, *Revista Justicia y Trabajo*, núm. 2, 2023, pp. 127-38.

relación laboral, que depende en buena medida de que las personas trabajadoras puedan pagar los cuidados.

Así, la evidente insuficiencia del sistema público de cuidados aboca a numerosas personas en situación de especial vulnerabilidad, a contratar a través de esta relación laboral especial a personas que realizan tareas domésticas y de cuidados. El aumento de las exigencias, necesarias para la adecuada dignificación del trabajo del hogar, puede no ser soportable y provocar un empeoramiento de las condiciones de vulnerabilidad de un sector de la población respecto del cual el Estado ha de asumir la responsabilidad de cuidados mediante sistemas públicos de atención extensos y eficaces. La dignificación de los cuidados —los asalariados en régimen común o en relación especial y los no asalariados— es fundamental como telón de fondo imprescindible para que la no discriminación de las personas empleadas al servicio del hogar sea un hecho. En esta dignificación, no cabe actuar únicamente desde los instrumentos clásicos del derecho laboral, orientados fundamentalmente hacia las personas asalariadas, sino que deben integrarse otro tipo de medidas de amplio calado, en el ámbito educativo, social, económico y laboral.

X. Bibliografía

Alonso Gallo, Nuria, Trillo del Pozo, David y Vicent Valverde, Lucía, “Análisis del sector de trabajo doméstico de las mujeres en la Unión Europea: enfoque conceptual y limitaciones estadísticas”, *Revista de Economía Mundial*, núm. 60, 2022.

Ayala del Pino, Cristina, “La conciliación de la empleada del hogar: inexistente e invisible”, *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, núm. 56, 2023.

Barrère Unzueta, Maggie, “Vulnerabilidad vs. Subordiscriminación? Una mirada crítica a la expansión de la vulnerabilidad en detrimento de la perspectiva sistémica”, en A., Martha, *Fineman and legal equality: Vulnerability vs. Subordiscrimination?*, 2016.

Barrère Unzueta, María Angeles y Morondo Taramundi, Dolores, “Subordiscriminación y discriminación interseccional: elementos para una teoría del derecho antidiscriminatorio”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 45, 2011, pp. 15-42.

- Baylos Grau, Antonio Pedro, “Sobre el trabajo decente: la formación del concepto”, *Derecho & Sociedad*, núm. 46, 2016.
- Benavente Torres, “La ratificación del Convenio OIT núm. 189 sobre el trabajo decente para las trabajadoras y trabajadores domésticos”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*, núm. 151, 2021.
- Benavente Torres, Inmaculada, “Dificultades para la negociación colectiva en el ámbito de la relación laboral especial del trabajo al servicio del hogar familiar”, *Lex Social: Revista de los Derechos Sociales*, vol. 11, núm. 1, 2021.
- Benavente Torres, Inmaculada, “La extinción de la relación laboral especial del trabajo del hogar familiar”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 51, 2018.
- Benlloch Sanz, Pablo, “La regulación del tiempo de trabajo en la relación laboral especial del servicio del hogar familiar”, en Maldonado Montoya, Juan Pablo *et al.* (coords.) *La reordenación del tiempo de trabajo*, vol. 2, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2022.
- Bodelón González, Encarna, “Leyes de igualdad en Europa y transformaciones de la ciudadanía”, en Heim, Daniela y Bodelón González, Encarna (eds.), *Derecho, género e igualdad: cambios en las estructuras jurídicas androcéntricas*, Bellaterra, Grup Antígona-UAB, 2010.
- Borderías, Cristina, “Salarios y subsistencia de las trabajadoras y trabajadores de «La España Industrial», 1849-1868”, *Barcelona Quaderns d'Història*, 12 de enero de 2004, pp. 223-37.
- Borderías Mondejar, Cristina, “Suponiendo que ese trabajo lo hace la mujer. Organización y valoración de los tiempos de trabajo en la Barcelona de mediados del siglo XIX”, en Carrasco, Cristina (ed.), *Tiempos, trabajos y género*, Barcelona, Publicacions Universitat de Barcelona, 2001
- Borderías Mondejar, Cristina, Carrasco Bengoa, Cristina y Alemany, Carme, *Las mujeres y el trabajo: rupturas conceptuales*, Icaria, 1994
- Cabeza Pereiro, Jaime, “El trabajo doméstico en la normativa de la OIT”, *Trabajo y Derecho: Nueva Revista de Actualidad y Relaciones Laborales*, núm. 9, 2019.
- Carrasco, Cristina *et al.*, “El trabajo de cuidados: historia, teoría y políticas”, Madrid, Los Libros de la Catarata, 2011.
- Carrasco, Cristina (ed.), *Tiempos, trabajos y género*, Barcelona, Publicacions Universitat de Barcelona, 2001.

- Carrasquer Oto, Pilar y Zawadsky Martínez-Portillo, José Eduardo, “El suelo pegajoso y la movilidad ocupacional de las mujeres y los hombres en España”, *Revista Internacional de Sociología*, vol. 81, núm. 4, 2023. <https://doi.org/10.3989/ris.2023.81.4.M22b-4>
- Collin, Francis *et al.*, *Le droit capitaliste du travail*, Collection Critique du droit 5, Grenoble, Presses universitaires de Grenoble, 1980, p. 259.
- Costa, Malena, “El pensamiento jurídico feminista en los confines del Siglo XX”, *Asparkía*, núm. 26, 2015.
- Costa, Malena, “Feminismos jurídicos en Argentina”, en Bergallo, Paola y Moreno, Aluminé (eds.), *Hacia políticas judiciales de género*, Buenos Aires, Editorial Jusbares, 2007.
- Desdentado, “El proceso de dignificación del trabajo doméstico diez años después de sus comienzos: la ratificación del Convenio 189 OIT y la reforma introducida por el Real Decreto-ley 16/2022”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*, núm. 155, 2023.
- Escribano, Juan, *La mujer trabajadora en el derecho histórico del trabajo en España*, España, Comares, 2019.
- Espuny i Tomás, María Jesús, “El servicio doméstico: la historia jurídica de una exclusión continuada”, en *Relaciones laborales y empleados del hogar: reflexiones jurídicas*, Madrid, Dykinson, 2014.
- Facio, Alda y Fries, Lorena, “Feminismo, género y patriarcado”, *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho en Buenos Aires*, núm. 6, 2005.
- Federici, Silvia, *Calibán y la bruja: Mujeres, cuerpo y acumulación primitiva*, Madrid, Traficantes de Sueños, 2010.
- Fernández Artiach, Pilar y García Testal, Elena, “Prevención de riesgos, violencia y acoso en el trabajo doméstico, a la luz de los Convenios 189 y 190 de la OIT”, *Lex Social: Revista de los Derechos Sociales* 13, núm. 2, 2023.
- Fraser, Nancy, *Los talleres ocultos del capital. Un mapa para la izquierda*, Madrid, Traficantes de sueños, 2020.
- García Testal, Elena, “La extinción del contrato de trabajo de los trabajadores doméstico en España: un régimen jurídico injustificadamente diferenciado”, *Lex Social: Revista de Derechos Sociales* vol. 9, núm. 2, 2019. <https://doi.org/10.46661/lexsocial.4216>

- García González, Guillermo, “Derechos sociales y empleados del hogar: reformas jurídicas inaplazables para la dignificación del trabajo doméstico en España”, *Revista de Derecho Social*, núm. 77, 2017.
- García Testal, Elena, “La necesidad de una protección por desempleo para los trabajadores domésticos en España”, *Revista de Derecho Social*, núm. 79, 2017.
- Grau Pineda, María del Carmen, “La formación profesional en el empleo doméstico: análisis del estado de la cuestión”, *Lan Harremanak: Revista de Relaciones Laborales*, núm. 44, 2020.
- Grau Pineda, María del Carmen, “El trabajo doméstico y de cuidados: la incidencia del Convenio 189 OIT sobre trabajo decente para las trabajadoras y los trabajadores domésticos”, *Documentación Laboral*, núm. 116, 2019.
- Grau Pineda, María del Carmen, “De sirvientas a trabajadoras: la necesaria ratificación del Convenio 189 OIT sobre trabajo decente para las trabajadoras y los trabajadores domésticos”, *Lex Social: Revista de los Derechos Sociales*, vol. 9, núm. 2, 2019, pp. 47-90. <https://www.funcas.es/prensa/el-trabajo-domestico-representa-menos-del-2-del-empleo-regular-en-espana/>
- Iniesta Valera, Asunción, “Una mirada crítica de género al nuevo régimen de empleadas de hogar”, *Revista Justicia & Trabajo*, núm. 2, 2023.
- Lenzi, *El trabajo doméstico: un análisis jurídico a la luz del paradigma internacional del trabajo decente*, Valencia, Universitat de València, 2023.
- Lenzi, Olga, “Plataformas digitales y empleo doméstico en España: ¿una oportunidad para el trabajo decente?”, *Lex Social: Revista de Derechos Sociales*, vol. 13, núm. 2, 2023, pp. 1-26. <https://doi.org/10.46661/lexsocial.8485>
- MacKinnon, Catharine A., “Feminism, marxism, method, and the state: toward feminist jurisprudence”, *Signs*, vol. 8, núm. 4, 1983, p. 644.
- Menéndez Calvo, María Remedios, “Regulación convencional del servicio doméstico, imprescindible para conocer sus derechos”, en *Reflexiones sobre el empleo doméstico: de dónde venimos, dónde nos encontramos y hacia dónde vamos*, Servicio Central de Publicaciones-Argitalpen Zerbitzu Nagusia, 2020.
- Montero, Miguel, “Las trabajadoras domésticas y cuidadoras migrantes en los sistemas de cuidados. Aproximación a un debate necesario”, *Actas de Coordinación Sociosanitaria*, núm. 32, 2023.
- Nieto Rojas, Patricia, “Trabajo doméstico y derechos colectivos. Algunas reflexiones al hilo del RD 1620/2011 y del Convenio 189 OIT”, *Lex Social:*

Revista de Derechos Sociales, vol. 9, núm. 2, 2021, <https://doi.org/10.46661/lexsocial.5586>

- OIT, “Making Decent Work a Reality for Domestic Workers. Progress and Prospects Ten Years after the Adoption of the Domestic Workers Convention OIT (N°89/2011)”, 2021. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/--dgreports/--dcomm/--publ/documents/publication/wcms_802551.pdf
- Olarte Encabo, Sofía “Los principios fundamentales del convenio 190 OIT: un análisis desde la perspectiva de género. La novedosa inclusión del trabajo de servicio doméstico”, en *Violencia y acoso en el trabajo: significado y alcance del Convenio no 190 OIT en el marco del trabajo decente*, Dykinson, 2021.
- Olarte Encabo, Sofía, “Ratificación del Convenio 190 OIT sobre violencia y acoso en el trabajo: impacto en el ordenamiento español y propuestas para su cumplimiento”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*, núm. 154, 2022.
- Osten, Frances, “El sexo del derecho”, en Ávila, Ramiro, Salgado, Judith y Valladares, Lola (eds.), *El género en el Derecho. Ensayos críticos*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.
- Pérez Orozco, Amaia, *Subversión feminista: apuntes para un debate sobre el conflicto capital-vida*, Madrid, Traficantes de Sueños, 2014.
- Pitch, Tamar, “Sexo y género de y en el derecho: el feminismo jurídico”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, vol. 44, 2010, p. 435.
- Quesada Segura, Rosa, “Sobre los derechos que mejoran las condiciones de trabajo y de Seguridad Social de las trabajadoras del hogar familiar. Análisis del Real Decreto-Ley 16/2022, de 6 de septiembre”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 63, 2022.
- Quesada, “La dignificación del trabajo doméstico: el Convenio no 189 de la Organización Internacional del Trabajo, 2011”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 27, 2011.
- Quintero Lima, María Gema, “La desprecuarización de un colectivo discriminado: una norma de urgencia para la mejora de las condiciones de trabajo y de Seguridad Social de las personas trabajadoras al servicio del hogar familiar. ¿Oportunidades perdidas?”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 473, 2023.

- Quintero Lima, María Gema, “Las modificaciones introducidas por el Real Decreto-ley 16/2022 de 6 de septiembre para la mejora de las condiciones de trabajo y de Seguridad Social de las personas trabajadoras al servicio del hogar, y su impacto en las personas empleadoras”, *Inslabor*, núm. 3, 2022.
- Ríos Pérez, Alejandra, “La importancia del enfoque interseccional en el Derecho: el caso de la seguridad social de las trabajadoras del hogar”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 11, núm. 2, 2023.
- Rodríguez Copé, María Luisa, “Empleo digno y de calidad: ¿utopía en el trabajo doméstico?”, *Lex social: revista de los derechos sociales*, vol. 11, núm. 2, 2021.
- Rodríguez Copé, María Luisa, “Conciliación y trabajo doméstico: un reto para las políticas socio-laborales del siglo XXI. El decisivo papel de los tribunales de justicia”, *Lex social: revista de los derechos sociales*, vol. 9, núm. 2, 2019.
- Sala Franco, Tomás, “El realismo jurídico en la investigación del Derecho del Trabajo”, en *El Derecho del Trabajo ante el cambio social y político. Coloquio sobre Relaciones Laborales Jaca 1976*, Zaragoza, Universidad de Zaragoza, 1977, p. 67.
- Smart, Carol, “La búsqueda de una teoría feminista del derecho”, *Delito y Sociedad*, vol. 1, núm. 11/12, 2016. <https://doi.org/10.14409/dys.v1i11/12.5810>
- Smart, Carol, “La teoría feminista y el discurso jurídico”, en Birgin, Haydee (ed.), *El derecho en el género y el género en el derecho*, Colección Identidad, mujer y derecho, Buenos Aires, Centro de Apoyo al Desarrollo Local-Editorial Biblos, 2000.
- Somavía, Juan, *El trabajo decente: una lucha por la dignidad humana*, Santiago, Organización Internacional del Trabajo, 2014.
- STSJ de Madrid núm. 292/2017, de 27 de marzo de 2017.
- STSJ de País Vasco núm. 637/2019, de 26 marzo 2019.
- Vela Díaz, Raquel, “La promoción internacional de un trabajo decente para las personas empleadas de hogar: el Convenio 189 de la OIT sobre los trabajadores domésticos”, *Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, núm. 127, 2017, pp. 277-302.
- Villalba Sánchez, Alicia, “La discriminación por razón de sexo padecida por las empleadas del hogar familiar en la extinción de su contrato”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 2022. <https://doi.org/10.51302/rtss.2022.3269>

Informe

Informe: seguridad social en México, 2023

Report: social security in Mexico, 2023

Rapport: sécurité sociale du Mexique, 2023

Gabriela Mendizábal Bermúdez

 <https://orcid.org/0000-0003-3681-4025>

Universidad Autónoma del Estado de Morelos. México

Correo electrónico: mgabriela@uaem.mx

Recepción: 18 de marzo de 2024

Aceptación: 13 de mayo de 2024

DOI: <https://doi.org/10.22201/ijj.24487899e.2024.39.19497>

RESUMEN: El informe sobre seguridad social en México destaca una serie de avances y retrocesos significativos. Económicamente, se observa un aumento en los ingresos, impulsado por remesas y un crecimiento en la población económicamente activa. La reducción de la pobreza se atribuye, entre otros factores, al aumento del ingreso y del salario promedio, así como cambios demográficos. La SCJN reafirma el derecho a la pensión por jubilación y emite criterios sobre seguridad social, abriendo la puerta para la ampliación de la cobertura médica. Las reformas normativas nacionales e internacionales, como la norma sobre teletrabajo y la ratificación de convenios de la OIT, destacan mejoras en la protección de los derechos laborales y familiares. Sobresalen las reformas nacionales —con perspectiva de género y beneficio de las familias— propias de la visión del derecho social familiar. Sin embargo, la reducción de la cobertura sanitaria representa un retroceso en la calidad de vida. Estos cambios reflejan avances integrales, aunque lamentablemente el derecho a la salud sufre un detrimento.

Palabras clave: seguridad social, derecho social familiar, derecho internacional de la seguridad social.

ABSTRACT: The report on social security in Mexico highlights a series of significant advancements and setbacks. Economically, there is an increase in income, driven by remittances and a growth in the economically active population. The reduction in poverty is attributed, among other factors, to the rise in income and average salary, as well as demographic changes. The SCJN reaffirms the right to retirement pension and issues criteria on social security, paving the way for the expansion of medical coverage. National and international regulatory reforms, such as the telecommuting standard and the ratification of ILO conventions, emphasize improvements in labor and family rights protection. Noteworthy are the national reforms—with a gender perspective and benefiting families—reflecting the vision of family social law. However, the reduction in healthcare coverage represents a setback in quality of life. These changes reflect comprehensive progress, although unfortunately, the right to health experiences a setback.
Keywords: social Security, family social law, international social security law.

RÉSUMÉ: Le rapport sur la sécurité sociale au Mexique met en évidence une série d'avancées et de revers significatifs. Sur le plan économique, on observe une augmentation des revenus, stimulée par les envois de fonds et une croissance de la population économiquement active. La réduction de la pauvreté est attribuée, entre autres facteurs, à la hausse des revenus et du salaire moyen, ainsi qu'à des changements démographiques. La SCJN réaffirme le droit à la pension de retraite et émet des critères sur la sécurité sociale, ouvrant la voie à l'expansion de la couverture médicale. Les réformes réglementaires nationales et internationales, telles que la norme sur le télétravail et la ratification des conventions de l'OIT, mettent l'accent sur les améliorations de la protection des droits du travail et de la famille. Les réformes nationales, avec une perspective de genre et bénéfiques aux familles, reflètent la vision du droit social familial. Cependant, la réduction de la couverture médicale représente un revers dans la qualité de vie. Ces changements reflètent des progrès globaux, bien que malheureusement, le droit à la santé connaisse un revers.

Mots clés: sécurité sociale, droit social de la famille, droit international de la sécurité sociale.

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Contexto socioeconómico.* III. *Cambios en programas sociales.* IV. *Principales resoluciones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.* V. *Reformas legislativas.* VI. *Derecho internacional del trabajo y de la seguridad social.* VII. *Reflexiones a manera de conclusión.* VIII. *Bibliografía.*

I. Introducción

El año 2023 representa un período crucial en la recuperación post pandemia para todas las sociedades del mundo, en la que los esquemas de seguridad social son relevantes en ese contexto, y en México no son la excepción. Este informe examina, de manera integral, los progresos realizados en las iniciativas de seguridad social, y reporta los temas destacados en áreas clave como las prestaciones para la tercera edad, beneficios para sobrevivientes, cobertura médica y las colaboraciones internacionales. Particularmente, sobresale el avance legislativo y judicial que, durante este periodo, tuvieron los temas de la inclusión de género y las prestaciones que tienen incidencia positiva en las familias, así como la disminución de la pobreza, que también impacta positivamente a muchas familias mexicanas. Desde la mejora de programas existentes, hasta la introducción de nuevas regulaciones, las siguientes secciones exploran los desarrollos matizados que han dado forma al panorama de la seguridad social en México ese año.

Con el propósito de examinar los avances y retrocesos en seguridad social en México, se emplearon métodos de investigación descriptivo y deductivo. Los resultados se detallan en siete apartados: la introducción; el contexto socioeconómico del país; cambios en los programas sociales asistenciales; resoluciones clave de la Suprema Corte de Justicia de la Nación; reformas legislativas; el escenario internacional del derecho laboral y seguridad social. Finalmente se incluyen las conclusiones y se citan las diversas fuentes de consulta utilizadas.

II. Contexto socioeconómico

Conforme al informe publicado por el Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI) de México, el producto interno bruto (PIB) tuvo un crecimiento anual de 3.1 %;¹ esta cifra se acerca al pronóstico de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) que proyectaba, para México —y el Caribe—, un crecimiento económico del 3.5%.²

¹ Instituto Nacional de Estadística y Geografía, *Producto interno bruto (PIB) Cuarto trimestre de 2023*, INEGI, México, 2023, p. 1. https://www.inegi.org.mx/contenidos/saladeprensa/boletines/2024/pib_eo/pib_eo2024_01.pdf (fecha de consulta: 23 de febrero de 2024).

² Comisión Económica para América Latina y el Caribe, *Balance preliminar de las economías de América Latina y el Caribe*, CEPAL, 2023, p. 65. <https://repositorio.cepal.org/server/api/>

Los principales ingresos de dólares para México —en 2023— lo constituyeron: las remesas,³ con 63,313 millones de dólares (63.31 billion USD); las exportaciones de productos agroalimentarios,⁴ con 51,874 millones de dólares (51.87 billion USD); la inversión extranjera directa⁵ (IED) con 36,058 millones de dólares (36.05 billion USD); las exportaciones de petróleo,⁶ con 33,218 millones de dólares (33.21 billion USD), y el turismo extranjero,⁷ con 30,809 millones de dólares (30.80 billion USD).

El valor total de los ingresos por remesas —para 2023— fue de 63,313 millones de dólares, superando el monto de 58,868 millones de dólares que se reportó, como definitivo, en 2022 (representando un avance anual de 7.6%).⁸ La mayoría de estas remesas provinieron de Canadá y Estados Unidos de América.⁹ Para el 2023, México se sitúa como el segundo país que recibe mayores

[core/bitstreams/ed6ce06e-f8ae-40d7-8b60-a390cf32cd07/content](https://www.banxico.org.mx/bitstreams/ed6ce06e-f8ae-40d7-8b60-a390cf32cd07/content) (fecha de consulta: 22 de febrero de 2024).

³ Banco de México, *Reporte analítico*, México, 1 de febrero de 2024, p. 1. <https://www.banxico.org.mx/publicaciones-y-prensa/remesas/%7BFE4559B7-66D0-0A28-8175-D2A7E24AA1E5%7D.pdf> (fecha de consulta: 24 de febrero de 2024).

⁴ Gobierno de México, *Rompen récord exportaciones agroalimentarias en 2023, superan los 51 mil mdd: Agricultura*, México, 11 de febrero de 2024. <https://www.gob.mx/agricultura/prensa/rompen-record-exportaciones-agroalimentarias-en-2023-superan-los-51-mil-mdd-agricultura?idiom=es#:~:text=A1%20cierre%20de%202023%2C%20las,de%20Agricultura%20y%20Desarrollo%20Rural> (fecha de consulta: 26 de febrero de 2024).

⁵ Gobierno de México, *México registra cifra histórica de inversión extranjera directa al cierre de 2023, con más de 36 mil millones de dólares*, México, 14 de febrero de 2024. https://www.gob.mx/se/prensa/mexico-registra-cifra-historica-de-inversion-extranjera-directa-al-cierre-de-2023-con-mas-de-36-mil-millones-de-dolares?idiom=eshttps://www.inegi.org.mx/contenidos/saladeprensa/boletines/2024/balcom_o/balcom_o2024_01.pdf (fecha de consulta: 26 de febrero de 2024).

⁶ Instituto Nacional de Estadística y Geografía, *Información oportuna sobre la balanza comercial de mercancías de México*, México, 26 de enero de 2024, https://www.inegi.org.mx/contenidos/saladeprensa/boletines/2024/balcom_o/balcom_o2024_01.pdf (fecha de consulta: 26 de febrero de 2024).

⁷ Secretaría de Turismo, *Resultados de la Actividad Turística: diciembre 2023*, México, 26 de febrero de 2024. [https://www.datatur.sectur.gob.mx/RAT/RAT-2023-12\(ES\).pdf](https://www.datatur.sectur.gob.mx/RAT/RAT-2023-12(ES).pdf) (fecha de consulta: 5 de marzo de 2024).

⁸ Banco de México, *ingresos y egresos por remesas*, México, diciembre de 2023. <https://www.banxico.org.mx/publicaciones-y-prensa/remesas/%7BFE4559B7-66D0-0A28-8175-D2A7E24AA1E5%7D.pdf> (fecha de consulta: 21 de febrero de 2024).

⁹ Banxico, *país de origen de los ingresos por remesas*, México. <https://www.banxico.org.mx/SieInternet/consultarDirectorioInternetAction.do?sector=1&accion=consultarCuadro&idCu>

ingresos por concepto de remesas a nivel mundial (con 67,000 millones de dólares), después del primer lugar, ocupado por la India (que recibió casi el doble, con 125,000 millones de dólares).¹⁰

Un dato económico destacado es el aumento en la recaudación de impuestos durante 2023. Según los datos preliminares proporcionados por el Servicio de Administración Tributaria (SAT) —de México— se contribuyó al erario con la suma de \$4 billones 517,730 millones de pesos¹¹ (77,343,537,600,000.00 USD),¹² experimentando un crecimiento del 12.3% (en comparación con los ingresos generados en 2022). Este incremento representa la tasa de crecimiento más elevada —en términos de impuestos— durante el actual periodo gubernamental, caracterizado por la ausencia de una reforma fiscal, lo que ha llevado a un aumento en la fiscalización de los contribuyentes.

Con respecto al trabajo, según la información suministrada por el INEGI en diciembre de 2023, la Población Económicamente Activa (PEA) en el país alcanzó los 60.7 millones de personas, representando un aumento de 1.1 millones, en comparación con diciembre de 2022. La población inactiva económicamente para 2023, fue de 40.7 millones de personas (472,000 personas más que en el último mes de 2022).¹³ La ocupación masculina se situó en 34.9 millones, reflejando un incremento de 568,000 respecto al último mes de 2022, mien-

adro=CE167&locale=es (fecha de consulta: 23 de febrero de 2024).

¹⁰ Banco Mundial, *Los flujos de remesas continúan creciendo en 2023, aunque a un ritmo más lento*, 18 de diciembre de 2023, México. [https://www.bancomundial.org/es/news/press-release/2023/12/18/remittance-flows-grow-2023-slower-pace-migration-development-brief#:~:text=Estados%20Unidos%20sigui%C3%B3%20siendo%20la,\(USD%2024%20000%20millones\)](https://www.bancomundial.org/es/news/press-release/2023/12/18/remittance-flows-grow-2023-slower-pace-migration-development-brief#:~:text=Estados%20Unidos%20sigui%C3%B3%20siendo%20la,(USD%2024%20000%20millones)) (fecha de consulta: 26 de febrero de 2024).

¹¹ Gobierno de México, *SAT logra reducción histórica en el costo de recaudación: 28 centavos por cada 100 pesos recaudados en 2023*, México. <https://www.gob.mx/sat/prensa/sat-logra-reduccion-historica-en-el-costo-de-recaudacion-28-centavos-por-cada-100-pesos-recaudados-en-2023-16-2024#:~:text=Lo%20anterior%20es%20el%20resultado,en%20el%20proceso%20de%20recaudación> (fecha de consulta: 28 de febrero de 2024).

¹² The exchange rate used for this report is \$17.12 Mexican pesos = 1 USD, data from the Bank of Mexico on 22 February 2024, available at: Banco de México, Tipo de cambio, México, Banco de México, 2024. <https://www.banxico.org.mx/tipocamb/main.do?page=tip&idioma=sp> (fecha de consulta: 22 de febrero de 2024).

¹³ Instituto Nacional de Estadística y Geografía, *Indicadores de ocupación y empleo*, México, 25 de enero de 2024, p. 2. https://www.inegi.org.mx/contenidos/saladeprensa/boletines/2024/ENOE/ENOE2024_01.pdf (fecha de consulta: 27 de febrero de 2024).

tras que la ocupación femenina alcanzó los 24.3 millones, con un aumento de 628,000 en el mismo periodo.¹⁴

Para diciembre de 2023, la población ocupada en México alcanzó la cifra de 59.1 millones de personas (equivalente al 97.4% de la población económicamente activa). Conforme al sector de actividad, la población ocupada se distribuyó así: servicios con 25.8 millones de personas (43.6%); comercio con 11.5 millones de personas (19.5%); industria manufacturera con 10.1 millones de personas (17.1%); actividades agropecuarias con 6.2 millones de personas (10.5%); construcción con 4.7 millones de personas (7.9%) y otras actividades económicas (minería, electricidad, agua y suministro de gas) con 412,000 personas (0.7%). 379 mil personas (0.6%) no especificaron su actividad.¹⁵

En relación con el salario mínimo, se puede informar que, a partir del 1o. de enero de 2023, comenzó a aplicarse en el país un aumento del 20% en el salario mínimo, lo que resulta en un pago diario de \$207.44 pesos; es decir, 12.11 USD. Esto implica un incremento mensual adicional de \$1,052 pesos (61.44USD) para los trabajadores.

La medida fue acordada —de manera unánime— por los sectores empresariales, de los trabajadores y gubernamental, representados en la Comisión Nacional de Salarios Mínimos (CONASAMI). Se considera que esta iniciativa benefició a, aproximadamente, 6.4 millones de trabajadores formales.¹⁶ También entró en vigor el incremento en la zona libre de la frontera norte (compuesta por 43 municipios de los estados de Baja California, Sonora, Chihuahua, Coahuila, Nuevo León y Tamaulipas), donde los trabajadores recibieron, como pago mínimo, \$312.41 pesos diarios, que representan \$1,584 pesos adicionales al mes¹⁷ (equivalente a 18.24 y 92.52 USD, respectivamente).

Cabe aclarar que, para poder firmar el USMCA (Tratado entre México, Estados Unidos y Canadá) en 2020, el gobierno mexicano tuvo que implementar una serie de medidas y compromisos en áreas como: comercio, medio ambien-

¹⁴ *Ibidem*, p. 4.

¹⁵ *Ibidem*, p. 5.

¹⁶ Secretaría del Trabajo y Previsión Social, *Entran en vigor salarios mínimos 2023 en todo el país*, México 2023, <https://www.gob.mx/stps/prensa/entran-en-vigor-salarios-minimos-2023-en-todo-el-pais?idiom=es#:~:text=BOLET%3%8DN%20N%C3%BAmero%20001%2F2023&text=A%20partir%20de%20este%20d%C3%ADa,poder%20adquisitivo%20de%20estos%20salarios> (fecha de consulta: 29 de junio de 2023).

¹⁷ *Idem*.

te, derechos laborales y propiedad intelectual —así como el aumento del salario mínimo—. Es por ello que, a partir del 2018 (anualidad en la que se centran las principales negociaciones relativas al USMCA), el país comenzó un camino de crecimiento para el salario mínimo, no visto en las décadas anteriores y como se puede apreciar en la tabla 1, que incluye el comparativo de aumento de los salarios mínimos en México del 2018 a 2023 (aunque, se aclara, se incorporan para el comparativo los 2 quinquenios anteriores). Este crecimiento obedece, entre otros factores, a la búsqueda —en México— de condiciones laborales dignas y con mayor equilibrio con los socios comerciales de Estados Unidos de América y Canadá.

Tabla 1.
Comparativo de aumento de los salarios mínimos
en México del 2010 a 2024 en pesos mexicanos

Año de vigencia	Salario mínimo correspondiente a la zona libre de la frontera norte (vigente a partir del 2019)	% de aumento con relación al año anterior	Salario mínimo general correspondiente al resto del país	% de aumento con relación al año anterior
2024	\$374.89	20%	\$248.93	20.00%
2023	\$312.41	20%	\$207.44	20.00%
2022	\$260.34	22%	\$172.87	22.00%
2021	\$213.39	15%	\$141.70	15.00%
2020	\$185.56	5%	\$123.22	20.00%
2019	\$176.72		\$102.68	16.17%
2018			\$88.36*	10.42%
2015			\$70.10*	3.87%
2010			\$57.46*	4.85%

Fuente: elaboración personal a partir de información contenida en las tablas de salarios mínimos generales y profesionales (por áreas geográficas), de la CONASAMI.¹⁸ *La legislación anterior contemplaba tres zonas geográficas para el resto del país; aquí solo se incluye el salario más alto, que correspondía a la zona geográfica “A”.

¹⁸ Comisión Nacional de Salarios Mínimos, *Tablas de Salarios mínimos generales y profesionales por áreas geográficas*, México, 2022. <https://www.gob.mx/conasami/documentos/tabla-de-salarios-minimos-generales-y-profesionales-por-areas-geograficas> (fecha de consulta: 7 de agosto de 2023).

Ahora bien, la CONASAMI acordó —para el 2024— un aumento significativo en los salarios mínimos generales y profesionales, pasando de \$207.44 pesos (\$12.11 USD) diarios en 2023 a \$ 248.933 pesos (\$14.54 USD) en 2024; para la zona libre de la frontera norte,¹⁹ de \$312.41 pesos (\$18.24 USD) en el 2023 a \$374.89 pesos (\$21.89 USD) —en el periodo reportado—. ²⁰

Finalmente, en relación con la pobreza, es oportuno destacar que, el Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social (CONEVAL), lleva a cabo la evaluación de la pobreza a nivel nacional, ofreciendo estos resultados cada dos años. Según la más reciente medición, en agosto de 2023,²¹ basada en datos del año 2022, se observa una reducción en la cantidad de personas en condición de pobreza, como se detalla en la siguiente tabla:

Tabla 2.
Población en situación de pobreza en México (medición bianual)

Año	Millones de personas	Porcentaje
2022	46.8	36.3%
2020	55.7	43.9%
2018	51.9	41.9%
2016	52.2	43.2%

Fuente: elaboración propia a partir de los datos consignados en el informe de medición de pobreza por parte del CONEVAL.²²

¹⁹ La zona libre de la frontera norte la conforman 43 municipios de los Estados de Baja California, Sonora, Chihuahua, Coahuila, Nuevo León y Tamaulipas.

²⁰ Comisión Nacional de los Salarios Mínimos, *Incremento a los salarios mínimos para 2024*, Comisión Nacional de los Salarios Mínimos, 2024, México. <https://www.gob.mx/conasami/articulos/incremento-a-los-salarios-minimos-para-2024?idiom=es> (fecha de consulta: 20 de febrero de 2024).

²¹ Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social, *Documento de análisis sobre la medición multidimensional de la pobreza 2022*, México, agosto de 2023. https://www.coneval.org.mx/Medicion/MP/Documents/MMP_2022/Documento_de_analisis_sobre_la_medicion_multidimensional_de_la_pobreza_2022.pdf (fecha de consulta: 23 de febrero de 2024).

²² Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social, *Medición de la pobreza en México*, México. <https://www.coneval.org.mx/Medicion/Paginas/PobrezaInicio.aspx> (fecha de consulta: 22 de febrero de 2023).

El 36.3% de la población en situación de pobreza en México se compone por el 29.3% de personas en situación de pobreza moderada y 7.1%, en situación de pobreza extrema. Adicionalmente, el CONEVAL registra que, la población vulnerable por ingresos, es actualmente de 9.3 millones de personas, y que disminuyó en el año 2022 a 7.2%, en comparación con el 8.9% registrado para el año 2020 (equivalente a 11.2 millones).²³

Se deben señalar diversos factores que contribuyeron a la notable variación en estos indicadores, entre el 2020 y el 2022. El primero, es la actualización en 2018 de los Lineamientos y criterios generales para la definición, identificación y medición de la pobreza de CONEVAL, así como los cambios conceptuales y metodológicos en la Encuesta Nacional de Ingresos y Gastos de los Hogares (ENIGH). Esta encuesta es uno de los principales insumos que utiliza CONEVAL para medir la pobreza. El segundo, es el aumento del 11.0% en el ingreso corriente total de los hogares promedio a nivel nacional, entre 2020 y 2022. Tercero, el periodo de recuperación posterior a la emergencia sanitaria por COVID-19. Cuarto, el aumento del ingreso laboral, ya que el salario promedio de los trabajadores experimentó un aumento del 13.4%, según la estadística mencionada, a lo que seguramente contribuyó el alza al salario mínimo anual sostenido. Quinto, el crecimiento en la población en edad productiva (con un 3.1%) y la disminución poblacional de los 0 a los 4 años (alrededor de 1.5 millones). Sexto, el aumento de hogares unipersonales y de la relación de perceptores promedio en el hogar.²⁴

El indicador de carencia por acceso a los servicios de salud ascendió, para el año 2022, al 39.1%, lo que significa que 50.4 millones de personas carecen de acceso a servicios de salud, en comparación con el 28.2% registrado en el año 2020. Este aumento es atribuible al desmantelamiento del seguro popular de salud, que se dio en este sexenio. De forma contraria, se aumentó el registro de personas con seguridad social, pues el indicador de carencia por acceso a la se-

²³ *Idem.*

²⁴ Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social, *Nota técnica sobre la información empleada para la estimación de la medición de pobreza en México 2022*, México, 10 de agosto de 2023. https://www.coneval.org.mx/Medicion/MP/Documents/MMP_2022/Nota_tecnica_sobre_la_informacion_empleada_para_la_estimacion_de_la_medicion_de_pobreza_en_Mexico_2022.pdf (fecha de consulta: 28 de febrero de 2024).

guridad social disminuyó: de 52% en 2020, al 50.2% para 2022. Esto significa que, 64.7 millones de personas, carecen de aseguramiento social.²⁵

En relación con la pobreza laboral, entre el tercer trimestre de 2022 y el tercer trimestre de 2023, el ingreso laboral real *per cápita* aumentó, de \$2,807.49 pesos (163.98 USD), a \$3,124.26 pesos (\$182.49 USD), representando un incremento anual de 11.3% en comparación al año anterior. La pobreza laboral disminuyó a nivel nacional, al pasar de 40.1% a 37.3%. Cabe señalar que el porcentaje de la población en pobreza laboral se acerca al presentado antes del inicio de la pandemia; es decir, en el primer trimestre de 2020, siendo este de 36.6%.²⁶

En promedio, el valor de la canasta básica²⁷ alimentaria —por persona— en 2023 fue de \$2,205.25 pesos (128.81 USD) para la zona urbana; es decir, aumentó un 8.49%, en relación con el valor promedio del año 2022: \$2,032.57 (118.72 USD). Mientras tanto, para la zona rural, el valor promedio pasó de \$1,552.35 pesos (90.67 USD) en 2022, a \$1,684.30 (98.38 USD) en 2023; es decir, tuvo un aumento del 8.51%.²⁸

En estas condiciones, se puede mencionar que, en 2023, el salario mínimo diario fue de 12.11 USD y 866.86 USD mensuales; mientras que el ingreso laboral real mensual *per cápita*, según CONEVAL, fue de \$3,124.26 pesos (\$182.49 USD),²⁹ y el costo promedio de la canasta básica en las zonas urbanas,

²⁵ *Idem.*

²⁶ Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social, *El CONEVAL presenta información referente a la pobreza laboral al tercer trimestre de 2023*, México. https://www.coneval.org.mx/Medicion/Paginas/TILP-IS_pobreza_laboral.aspx (fecha de consulta: 23 de enero de 2024).

²⁷ Canasta Alimentaria: es el conjunto de alimentos cuyo valor sirve para construir la línea de bienestar mínimo. Éstos se determinan de acuerdo con el patrón de consumo de un grupo de personas que satisfacen con ellos sus requerimientos de energía y nutrientes. CONEVAL, *Medición de la pobreza*, México. <https://www.coneval.org.mx/Medicion/paginas/glosario.aspx#:~:text=Canasta%20Alimentaria%3A%20Conjunto%20de%20alimentos,requerimientos%20de%20energ%C3%ADa%20y%20nutrientes> (fecha de consulta: 23 de enero de 2024).

²⁸ Cálculo propio con base en información de CONEVAL, tomando los valores mensuales de la canasta básica. Blog CONEVAL, México. <https://blog.coneval.org.mx/> (fecha de consulta: 23 de enero de 2024).

²⁹ EL CONEVAL, *El CONEVAL presenta información referente a la pobreza laboral al tercer trimestre de 2023*, *cit.*

de \$2,205.25 pesos (\$128.81 USD)³⁰. En este contexto, es importante señalar que, aunque el salario mínimo normativamente está destinado a ser suficiente para cubrir los gastos de una familia promedio, la canasta únicamente tiene en cuenta los costos relacionados con la alimentación por persona, excluyendo bienes y servicios esenciales como transporte, educación, recreación, vestimenta, cuidados personales, entre otros.

III. Cambios en programas sociales

En este tema sobresalen tres apartados: La firma de cada entidad federativa con la federación, a través del Instituto de Salud para el Bienestar (INSABI) para fortalecer el programa IMSS-Bienestar; posteriormente, el convenio para transferir recursos a las instituciones que tienen a su cargo la asistencia de la población infantil migrante; y finalmente, los hallazgos más importantes en los programas sociales de carácter federal.

1. Programa IMSS Bienestar

Con el objetivo de consolidar el programa IMSS-Bienestar, se celebró el convenio para la operación del programa S200: Fortalecimiento a la Atención Médica para el ejercicio fiscal 2023, entre el Instituto de Salud para el Bienestar (INSA-BI) y los 32 Estados de la República, incluyendo la Ciudad de México. Tiene como propósito la garantía de los servicios públicos de salud, para la población que no cuente con seguridad social (especialmente a aquellos que viven en regiones con alta o muy alta marginación), el acceso —gratuito— a la atención médica y hospitalaria, exámenes médicos y suministros de medicamentos. Lo anterior, conforme a lo establecido en el Plan Nacional de Desarrollo (PND) 2019-2024, publicado en el *Diario Oficial de la Federación (DOF)*, el 12 de julio del 2019. Tiene como objetivo prioritario la salud para toda la población.³¹

³⁰ Cálculo propio con base en información de CONEVAL, tomando los valores mensuales de la canasta básica. Blog CONEVAL, México, *cit.*

³¹ Nota: el listado de los convenios de colaboración suscritos se incluye al final del informe (en el apartado de fuentes consultadas).

2. Transferencias de recursos para asistencia social para migrantes

El 25 de septiembre de 2023 se publicó, en el *DOF*, el Convenio de coordinación para la transferencia de recursos federales con carácter de subsidios, para el fortalecimiento de las acciones institucionales en materia de infancia migrante, centros de asistencia social, establecimientos asistenciales y lugares habilitados, que operan los sistemas DIF estatales y municipales.³² Este Convenio representa un avance importante para la transferencia de recursos a estas instituciones “DIF Nacional”, que tienen, como objetivo principal, el interés superior de la niñez y, especialmente, la atención nacional de la niñez en el contexto de migración, garantizando, de manera plena, los Derechos Humanos, con fundamento en los artículos 1o, párrafos primero y tercero y, 4o., párrafo noveno, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM).

3. Incremento en el presupuesto asignado a programas sociales

Entre 2022-2023, el gobierno de México aumentó la asignación presupuestal de los programas de bienestar, que están destinados a la atención de grupos vulnerables; particularmente, y como se verá posteriormente, dicho incremento es notorio en tres de estos: a) el de Pensión para el Bienestar de las Personas Adultas Mayores; b) el de Pensión para el Bienestar de Personas con Discapacidad, y c) Sembrando Vida. Es importante considerar los aspectos que conducen a la priorización presupuestal de estos programas.

En primer lugar, la atención al Programa Pensión para el Bienestar de las Personas Adultas Mayores se torna fundamental, en la medida en que, a través de este, pretende combatirse las desventajas que se presentan en el ejercicio de los derechos de la población adulta mayor; en especial, cuando siguen existiendo diferencias en el trato y estereotipos (que se agravan en poblaciones afromexicanas, indígenas, de mujeres o en situación de discapacidad).³³ Todos estos aspectos amplían la brecha de desigualdad social y económica.

³² Secretaría de Gobernación, *Convenio de Coordinación para la transferencia de recursos federales con carácter de subsidios, para el fortalecimiento de las acciones institucionales en materia de infancia migrante, centros de asistencia social, establecimientos asistenciales y lugares habilitados, que operan los sistemas DIF estatales y municipales*, México, https://www.diariooficial.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5702784&fecha=25/09/2023#gsc.tab=0M (fecha de consulta: 28 de febrero de 2024).

³³ *Diario Oficial de la Federación, ACUERDO por el que se emiten las Reglas de Operación del*

Ahora bien, priorizar el Programa Pensión para el Bienestar de las Personas con Discapacidad Permanente, implica reconocer: a) las dificultades que este grupo poblacional tiene que enfrentar para ejercer sus derechos y hacerse partícipe en la sociedad; b) las barreras socioeconómicas y físicas a las que se ven expuestos, y c) que son una población que debe ser atendida por tener ingresos insuficientes, por su primitivo acceso a servicios de educación y salud, así como los límites que presentan al querer acceder al mercado laboral. En estas condiciones, mediante dicho programa se pretende, no sólo la mejoría en el ingreso monetario de los mismos, sino la eliminación de la discriminación, la marginación y el racismo.³⁴

Finalmente, atendiendo a la importancia de apoyar a la población rural que no cuenta con recursos para lograr la producción sostenible de alimentos (concretamente, las personas dedicadas a actividades agroforestales), y reconociendo que la producción de cultivos, a través de sistemas agrícolas que son sustentables, puede contribuir significativamente a la mejoría de la alimentación, la calidad de vida, el medio ambiente, la recuperación del suelo y hacer frente a la insuficiencia alimentaria,³⁵ se ha buscado el impulso del programa Sembrando Vida.

A través de este, se pretende atender a la población rural, ubicada en las regiones con mayor biodiversidad; pero que habita en municipios con niveles de rezago social —o en localidades marginadas—. Adicionalmente, busca promover la generación de autoempleos (para la mejoría de ingresos), la organización productiva y social —para regenerar el tejido social—, la participación de hombres y mujeres (cerrando brechas de género), reconociendo, en todo caso, el rol determinante de las mujeres campesinas en la producción, transformación, preparación, comercialización y conservación de alimentos. El programa

Programa Pensión para el Bienestar de las Personas Adultas Mayores, para el ejercicio fiscal 2023, https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5676228&fecha=30/12/2022#gsc.tab=0 (fecha de consulta: 8 de marzo de 2024).

³⁴ *Diario Oficial de la Federación*, ACUERDO por el que se emiten las Reglas de Operación del Programa Pensión para el Bienestar de las Personas con Discapacidad Permanente, para el ejercicio fiscal 2023, https://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5676229&fecha=30/12/2022#gsc.tab=0 (fecha de consulta: 08 de marzo de 2024).

³⁵ *Diario Oficial de la Federación*, ACUERDO por el que se emiten las Reglas de Operación del Programa Sembrando Vida, para el ejercicio fiscal 2023, https://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5676230&fecha=30/12/2022#gsc.tab=0 (fecha de consulta: 8 de marzo de 2024).

es considerado fundamental para el cumplimiento de los objetivos en el Plan Nacional de Desarrollo (eje “política social”), en la medida en que contempla la participación en el desarrollo rural integral, impulsando la sostenibilidad.³⁶

Enunciada la importancia de los programas en mención, se tiene que, los recursos asignados dentro del presupuesto federal —y para la atención de grupos vulnerables—, aumentaron entre 2022 y 2023, como se advierte de la lectura de la siguiente tabla:

Tabla 3.
Recursos para la atención a grupos vulnerables (valor en pesos mexicanos)

Programa social	2022	2023
Desarrollo integral de las personas con discapacidad	\$32,069,281.00	\$33,018,714.00
Pensión para el Bienestar de las Personas Adultas Mayores	\$226,545,749,445.00	\$329,161,115,130.00
Pensión para el Bienestar de las Personas con Discapacidad Permanente	\$18,970,363,767.00	\$25,514,708,767.00
Programa de Apoyo para el Bienestar de las Niñas y Niños, Hijos de Madres Trabajadoras	\$2,737,493,049.00	\$2,780,163,478.00
Sembrando vida	\$7,475,967,115.00	\$37,136,532,015.00

FUENTE: elaboración propia a partir de los datos consignados en el Presupuesto de Egresos de la Federación para el ejercicio fiscal de 2022 y 2023.³⁷

³⁶ *Idem.*

³⁷ Cámara de Diputados, Presupuesto de egresos de la federación para el ejercicio fiscal 2022, p. 48, <https://sc.inegi.org.mx/repositorioNormateca/PEF2022.pdf> (fecha de consulta: 7 de marzo de 2024). Cámara de Diputados, Presupuesto de egresos de la federación para el ejercicio fiscal 2023, p. 58. https://www.coneval.org.mx/EvaluacionDS/Normatividad/Documents/PEF_2023.pdf

IV. Principales resoluciones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación

La SCJN ha tenido un avance significativo en la protección y ampliación de cobertura, a través de sus diversas resoluciones. En este apartado, sólo se refieren algunas de las que se consideran más importantes:

1. Pensión por vejez y protección al mínimo vital

La Suprema Corte Justicia de la Nación (SCJN), a través de diversos criterios de jurisprudencia emitidos el 29 de septiembre de 2023, tuteló los derechos al mínimo vital, así como a gozar de una pensión por vejez.

La primera controversia³⁸ surgió cuando, un adulto mayor, demandó a una institución bancaria, para que restituyera los fondos de su cuenta de ahorro para el retiro, luego de que el banco dispusiera de estos recursos por una deuda crediticia. En primera instancia, el juez falló a favor del banco, argumentando que la actuación estuvo acorde con las cláusulas que se acordaron por las partes.

La segunda instancia confirmó la resolución. Sin embargo, el asunto llegó a la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), quien señaló que, la pensión de jubilación, es un derecho del trabajador y una medida de seguridad social; además, determinó que, la actuación de la institución bancaria, constituía una afectación ilegítima al derecho al salario y era contraria a los derechos de acceso a la justicia, debido proceso, propiedad y mínimo vital. Adicionalmente, se realizó haciendo uso de una cláusula abusiva, que ponía en desventaja a los usuarios en su negociación, y favorecía la vulneración de los derechos al debido proceso y propiedad.

En otra tesis jurisprudencial de la SCJN,³⁹ un trabajador reclamó, en distintos juicios, la devolución de aportes realizados al Fondo de Pensiones para los Trabajadores al Servicio del Estado de Nayarit (demandada) y al Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS).

³⁸ Tesis: 1a./J. 123/2023 (11a.). <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2027312> (fecha de consulta: 7 de marzo de 2024).

³⁹ Tesis: XXIV.1o. J/3 L (11a.). <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2026790> (fecha de consulta: 21 de febrero de 2024).

La SCJN determinó que, las aportaciones a la seguridad social le corresponden al trabajador, empleado o servidor público, según lo establecido en el derecho jurisprudencial interno y conforme al derecho jurisprudencial interamericano, que establece, como elementos del derecho a la seguridad social, los de: a) disponibilidad; b) riesgos e imprevistos sociales; c) nivel suficiente; d) accesibilidad, y e) relación con otros derechos.

Además, refirió que, para la Corte Interamericana de Derechos Humanos, una vez que el empleado cumple con sus aportes al fondo pensional, adquiere su derecho a la pensión conforme a la ley; este derecho tiene implicaciones patrimoniales que son protegidas por el artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH). El Estado debe proteger estas contribuciones. De hecho, la jurisprudencia de la SCJN ha declarado la inconstitucionalidad de cláusulas legislativas, que dificultan el acceso a los beneficios de seguridad social, como la recepción total de las aportaciones.

2. Ampliación de cobertura a sobrevivientes

En el marco del Amparo en Revisión 470/2023,⁴⁰ la SCJN emitió jurisprudencia en la que abordaron aspectos vinculados con la pensión de viudez, la igualdad jurídica, la no discriminación y la seguridad social. La disputa se originó cuando, una persona solicitó la pensión de viudez, tras el deceso de su cónyuge. La denegación de la prestación se fundamentó en la falta de cumplimiento del requisito, establecido en el artículo 132 de la Ley del Seguro Social (LSS), que requería que el matrimonio tuviera una duración mínima de seis meses antes del fallecimiento del trabajador o pensionado. El asunto fue llevado ante la SCJN, cuya Segunda Sala concluyó que, dicho requisito, era inconstitucional, al restringir los derechos a la no discriminación, la seguridad social y la igualdad jurídica. Además, subrayó que, el derecho a la seguridad social tiene como finalidad salvaguardar al trabajador y a su familia ante la eventualidad del fallecimiento; se pronunció sobre temas relacionados con la pensión de viudez, la igualdad jurídica, la no discriminación y la seguridad social.

⁴⁰ Tesis 2a./J. 63/2023 (11a.), <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2027744> (fecha de consulta: 28 de febrero de 2024).

3. Ampliación de cobertura médica y derecho a la salud

La SCJN se pronunció sobre temas relacionados con la salud y su vínculo con la seguridad social en dos resoluciones.

La primera, se refiere al amparo en revisión 393/2023,⁴¹ en el que se abordaron los derechos de la infancia, de las personas en situación de discapacidad y la seguridad social. La controversia surgió cuando los padres de un menor buscaban obtener un “implante coclear” para tratar la hipoacusia bilateral de su hijo. Sin embargo, IMSS negó el procedimiento, argumentando que el Reglamento de Prestaciones Médicas no lo contemplaba, por lo que se presentó un amparo indirecto atacando la decisión (así como la inconstitucionalidad del reglamento).

La Segunda Sala de la SCJN determinó que, conforme al principio del interés superior de la niñez, consagrado en la CPEUM —y en la Convención sobre los Derechos del Niño—, las autoridades deben garantizar el derecho a la salud y seguridad social de los niños y adolescentes con discapacidad, señalando que, el artículo 42, fracción II, del Reglamento de Prestaciones Médicas del IMSS vulnera este derecho, al excluir del seguro de enfermedades y maternidad los aparatos auditivos, implantes cocleares, prótesis y órtesis externas.

La segunda, se trata de una tesis de jurisprudencia⁴² en la que, la SCJN, garantizó el derecho humano a la salud. En este caso, una persona decidió adquirir, por cuenta propia, los medicamentos que le habían formulado para controlar una enfermedad —y no arriesgar su salud— ante la omisión en su entrega, por parte de un Hospital Regional del IMSS. Solicitó el reembolso de los gastos y, ante la negativa de devolución, promovió un amparo.

La SCJN señaló que, la interrupción del suministro de medicamentos —o su entrega tardía— vulnera el derecho al disfrute de la salud mental y física (en este caso, del quejoso). Es una obligación del Estado garantizar su entrega a los pacientes que los usen periódicamente; además, existe un deber de diligencia estatal —con carácter reforzado— del que dependen la vida, la integridad y la seguridad de las personas.

⁴¹ Tesis: 2a./J. 60/2023 (11a.), <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2027571> (fecha de consulta: 22 de febrero de 2024).

⁴² Tesis: 1a./J. 153/2023 (11a.), <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2027441> (fecha de consulta: 22 de febrero de 2024).

V. Reformas legislativas

Las principales reformas a la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado (LISSSTE), e IMSS, que se incluyen en este informe, enfatizan el vínculo existente entre las personas trabajadoras, desde su perspectiva de miembros de una familia, propio del Derecho Social Familiar, que se ocupa del otorgamiento de las prestaciones y beneficios de carácter laboral, de seguridad social y derecho familiar para las personas trabajadoras, a efecto de facilitar el cumplimiento de sus obligaciones como miembros de una familia.⁴³

1. Casas de día para adultos mayores

El 24 de marzo de 2023 se publicó, en el DOF, el Decreto que añade el inciso e) a la fracción III del artículo 4 de la LISSSTE. Este cambio establece prestaciones y servicios obligatorios, incluyendo el inciso “e”, que introduce una prestación social para adultos mayores jubilados y pensionados derechohabientes del Instituto, ofreciendo casas de día con el propósito de fomentar la recreación y elevar su calidad de vida.

La reforma permite al cónyuge del derechohabiente, sin que medie la existencia del requisito de diferencia de sexo, el acceso a la pensión por viudez.

2. Avance en la equidad en el otorgamiento de prestaciones de seguridad social a parejas de hecho y del mismo sexo

El 20 de enero de 2023 se publicó un Decreto que modifica y agrega diversas disposiciones en la LSS y la LISSSTE,⁴⁴ que regulan los derechos y obligaciones en materia de seguridad social para los trabajadores de la iniciativa privada afiliados al IMSS, así como de los burócratas afiliados al ISSSTE, respectivamente.

En esta reforma sobresalen los siguientes temas:

⁴³ Mendizábal Bermúdez, Gabriela y Tufiño Gómez, Brenda, *Derecho Social Familiar*, Porrúa, 2024, *en prensa*.

⁴⁴ Diario Oficial de la Federación, *Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Ley del Seguro Social, y de la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado*, México, 2023, p. 401-406, https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/lss/LSS_ref30_20ene23.pdf, consultado el 31 de julio de 2023.

A. Inclusión a parejas del mismo sexo

Desde su creación, las leyes que regulan al IMSS e ISSSTE y sus derechohabientes, sólo reconocían como beneficiarios a parejas conformadas por individuos de diferente sexo, lo cual constituía una forma de discriminación hacia la comunidad LGTTTIQ+.

Los legisladores, después de diversas resoluciones judiciales,⁴⁵ señalaron que esta redacción era restrictiva y constituía un obstáculo, ya que excluía a parejas del mismo sexo como beneficiarios de la seguridad social, y enfatizaron que, los derechos de todos los mexicanos no deben estar sujetos a ningún tipo de prejuicio o discriminación.

De ahí que, una de las modificaciones en las leyes, implica la eliminación del lenguaje sexista; así como la delimitación conceptual de los beneficiarios, siendo estos: la o el cónyuge del asegurado o asegurada o del pensionado o pensionada y a falta de éstos, a la concubina o el concubinario, para referirse a quienes tienen derecho a recibir los beneficios, sin importar su orientación sexual. Además, señala expresamente: *“a los matrimonios celebrados entre personas del mismo sexo, esta ley reconoce tales uniones con los mismos derechos y obligaciones que los celebrados entre hombre y mujer”*.⁴⁶ Esto constituye un avance en el reconocimiento pleno de la igualdad de género dentro de la seguridad social de los mexicanos.

B. Reconocimiento de beneficios a parejas en unión civil

Uno de los importantes cambios en la reforma de ambas leyes fue incluir la definición de “unión civil”; es decir, junto con los beneficiarios que ya se reconocían por unión convivencial: concubinatos y “unión marital”: matrimonio, ahora se agregan también los que se reconocen por la unión civil. La reforma incluyó la siguiente definición:

Unión civil: es el acto jurídico bilateral que se constituye cuando las personas físicas de diferente o del mismo sexo, mayores de edad y con capacidad jurídica plena, es-

⁴⁵ Tesis aislada XVII.2º.P.A.31 A (10ª), <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2017763> (fecha de consulta: 5 de marzo de 2024); Tesis 2ª. XXIV/2019 (10ª) https://bj.scjn.gob.mx/doc/tesis/WfZsMHyBN_4klb4HyN4b/%22Concubino%22 (fecha de consulta: 5 de marzo de 2024).

⁴⁶ Artículo 5 LSS.

tablecen un hogar común con voluntad de permanencia y ayuda mutua, por el que se deriven obligaciones alimentarias, de sucesión o semejantes y que esté reconocido en la legislación de los estados, cualquiera que sea la denominación que adquiera.⁴⁷

El reconocimiento legal de la unión civil representa un paso importante para la inclusión, pues protege a aquellas parejas que vivan en alguna de las 7 entidades federativas del país, en las que no está aprobado el matrimonio igualitario.

3. Ampliación de derechos para hombres

La citada reforma legal, del 20 de enero de 2023 a la LSS y a la LISSSTE, no sólo tuvo como objetivo reconocer derechos para las parejas del mismo sexo, sino que también incluyó disposiciones que reconocen derechos para los hombres, en su rol como miembros de una familia. Esto abarca aspectos como su participación como padres con hijos, que requieren cuidado en guarderías y como viudos de trabajadoras fallecidas, como se detallará a continuación:

A. Ampliación de cobertura del servicio de guardería

El IMSS ofrecía servicios de guardería para apoyar a las madres trabajadoras, que requerían cuidado infantil, para sus hijos mientras estaban en el trabajo. Estas guarderías están destinadas a proporcionar un entorno seguro y adecuado para el cuidado y desarrollo de los niños pequeños; sin embargo, pese a múltiples resoluciones judiciales,⁴⁸ esta prestación era limitativa y hacía una gran distinción entre hombres y mujeres, pues los requisitos para acceder a este servicio eran diferentes, dependiendo del sexo del trabajador. Anteriormente, al hombre sólo se le concedía el beneficio de las guarderías en determinados casos, ya que, para obtenerla, necesitaba comprobar ser viudo, divorciado o debía demostrar, mediante resolución judicial, que tenía la guarda y custodia del menor, requisito que no se solicitaba en el caso inverso, lo que resultaba discriminatorio para los hombres trabajadores que necesitaban del servicio.

⁴⁷ Artículo 5 A, fracción XX de la LSS y Artículo 6, fracción XXX de la LISSSTE.

⁴⁸ Tesis aislada 2a. CXXXIV/2016 (10a.), <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2013234> (fecha de consulta: 5 de marzo de 2024).

Con la reforma, se amplió la cobertura del servicio de guardería, quedando de la siguiente manera: “*Servicio de guardería: derecho de las madres y padres trabajadores asegurados, viudas y viudos o divorciados con la custodia de sus hijos, durante su jornada laboral*”.⁴⁹ Gracias a este cambio, ambos sexos permanecen en igualdad de condiciones para el acceso a este servicio.

B. Eliminación del requisito de dependencia económica para viudos

Uno de los requisitos discriminatorios y obsoletos que contenía la LSS (Art. 130), y que aún se encuentra en el contrato colectivo que rige a los trabajadores del propio IMSS —artículo 14, fracción I, del régimen de jubilaciones y pensiones— para obtener las pensiones por viudez para el esposo —o el hombre con quien la trabajadora hubiera vivido al menos 5 años o hubiera tenido hijos con él— consistía en que, el hombre, hubiera también dependido económicamente de ella. Requisito que no es solicitado a las viudas. Este tema ya había sido tratado en otras sentencias de la Corte.⁵⁰ Sin embargo, no resultaban aplicables a todos los derechohabientes. La reforma permite al cónyuge del derechohabiente, sin que medie la existencia del requisito de diferencia de sexo, el acceso a la pensión por viudez.

4. Flexibilización de trámites de incapacidad por maternidad

EL 24 de marzo del 2023 se publicó, en el DOF, el Decreto por el que se adicionan los artículos 101 y 102 Bis a la LSS.⁵¹ Este cambio implica una fle-

⁴⁹ Artículo 5o A, fracción XXI de la LSS.

⁵⁰ Tesis aislada 2a. VI/2009 (9a), <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/167886> (fecha de consulta: 28 de febrero de 2024).

Tesis 2a. VII/2009, https://bj.scjn.gob.mx/doc/tesis/mPVpMHYBN_4klb4HveYR/%20Garant%C3%ADas%20de%20igualdad%22 (fecha de consulta: 28 de febrero de 2024).

Jurisprudencia por contradicción 2a./J. 132/2009, <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/166338> (fecha de consulta: 28 de febrero de 2024); Tesis: I.13o.T.116 L (10a.), <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2008623> (fecha de consulta: 28 de febrero de 2024).

Tesis: 2a. IX/2017 (10a.), <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2013788> (fecha de consulta: 28 de febrero de 2024).

⁵¹ Secretaría de Gobernación, Decreto por el que se adicionan los artículos 101 y 102 Bis a la Ley del Seguro Social, México, https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5683780&fecha=24/03/2023#gsc.tab=0 (fecha de consulta: 28 de febrero de 2024).

xibilización del proceso para recibir el pago de la prestación económica por incapacidad por maternidad. Ahora, la madre asegurada puede solicitar expresamente el pago al instituto, después de obtener la certificación de su estado de embarazo, independientemente de si la atención médica fue institucional o externa (por ejemplo, en hospitales privados). Ahora, el pago se realiza mediante la emisión de un único certificado de incapacidad por 84 días, y se entregará en una sola exhibición, desde el inicio de la incapacidad. Este nuevo enfoque simplifica significativamente el proceso, que anteriormente era complicado y requería trámites semanales.

Además de lo mencionado anteriormente, se fortalece la posición de las madres trabajadoras, al otorgarles la posibilidad de solicitar —con la autorización escrita del médico del Instituto o, en su caso, del médico externo encargado del control y seguimiento prenatal— la transferencia de hasta cuatro de las seis semanas de descanso previas al parto, para después de este evento, teniendo en cuenta la opinión del empleador y la naturaleza de las responsabilidades laborales desempeñadas.

5. Creación de la Norma Oficial Mexicana Nom-037-STPS-2023

La Norma Oficial Mexicana (NOM) 037-STPS-2023⁵² fue publicada el 8 de junio y entró en vigor el 5 de noviembre del 2023. Esta norma tiene como objeto establecer las condiciones de seguridad y salud en el trabajo en los lugares de trabajo, donde las personas trabajadoras, bajo la modalidad de Teletrabajo, realicen sus actividades; lo anterior, con el propósito de prevenir accidentes y enfermedades, así como de promover un medioambiente seguro y saludable en su entorno laboral.

Algunos aspectos destacados de esta norma son: a) regula el teletrabajo en los centros de trabajo, donde los empleados trabajan más del 40% de su tiempo de forma remota; b) delimita las obligaciones del empleador, como: proporcionar las herramientas necesarias, cubrir los gastos conexos, establecer protecciones especiales para personas que experimentan violencia doméstica y para las mujeres en periodo de lactancia, e implementación de una política de teletraba-

⁵² Secretaría de Gobernación, *Norma Oficial Mexicana NOM-037-STPS-2023, Teletrabajo- Condiciones de seguridad y salud en el trabajo*, México, https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5691672&fecha=08/06/2023#gsc.tab=0 (fecha de consulta: 28 de febrero de 2024).

jo, entre otras, y c) reconocimiento del derecho de los trabajadores a la desconexión y la necesidad de contar con un lugar seguro para el teletrabajo, así como a la igualdad de derechos, incluyendo el derecho a la sindicalización.

VI. Derecho internacional del trabajo y de la seguridad social

Este año ha sido testigo de una notable actividad que ha dado lugar a la consolidación de varios dispositivos inherentes al Derecho Internacional de la Seguridad Social. A continuación, se detallan estos instrumentos:

1. Memorando de entendimiento entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno de los Estados Unidos de América, respecto a la movilidad laboral y la protección de los participantes en programas de trabajadores temporales extranjeros⁵³

El memorando de entendimiento entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno de los Estados Unidos de América, respecto de la movilidad laboral y la protección de los participantes en programas de trabajadores temporales extranjeros, se firmó el 17 de enero de 2023 en la Ciudad de México,⁵⁴ y tiene como objetivo el fortalecimiento de los derechos laborales de los trabajadores mexicanos en los Estados Unidos. Se busca que los gobiernos de México y EE. UU. aúnen esfuerzos para: a) asegurar la contratación ética de trabajadores no inmigrantes mexicanos con visas H2; b) contribuir a la protección de sus condiciones de trabajo y salarios, y c) facilitar la disponibilidad de mano de obra agrícola temporal mexicana conforme a las normas, leyes y reglamentos de ambos países.⁵⁵

⁵³ Gobierno de México, *Memorando de Entendimiento entre el Gobierno de los Estados Unidos de México y el Gobierno de los Estados Unidos de América*, México, 17 de enero de 2023, <https://www.gob.mx/sre/documentos/memorando-de-entendimiento-entre-el-gobierno-de-los-estados-unidos-de-mexico-y-el-gobierno-de-los-estados-unidos-de-america> (fecha de consulta: 23 de febrero de 2024).

⁵⁴ *Idem*.

⁵⁵ Gobierno de México, *México y EE. UU. firman memorandos de entendimiento sobre movilidad laboral y protección a menores de edad en situación de movilidad*, México, 17 de enero de 2023, <https://www.gob.mx/sre/prensa/mexico-y-ee-uu-firman-memorandos-de-entendimiento-sobre-movilidad-laboral-y-proteccion-a-menores-de-edad-en-situacion-de-movilidad>, consultado el 22

2. Reglamento sobre las Comunicaciones Públicas relacionadas con los Artículos 19.9 del capítulo laboral del Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico (TIPAT) y el Artículo 23.11 del capítulo laboral del Tratado entre los Estados Unidos Mexicanos, los Estados Unidos de América y Canadá (T-MEC)

El 7 de abril de 2023, la Secretaría del Trabajo y Previsión Social publicó el reglamento que establece las normas y procedimientos para las comunicaciones públicas (en materia laboral). Esta normatividad busca el fortalecimiento de las relaciones laborales y la garantía de cumplimiento de los compromisos laborales, establecidos en el Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico (TIPAT) y el Tratado entre los Estados Unidos Mexicanos, los Estados Unidos de América y Canadá (T-MEC), para promover condiciones laborales equitativas y justas en la región transpacífica.⁵⁶

La entidad pública encargada de atender estas comunicaciones es la Unidad de Política Laboral y Relaciones Institucionales (UPLRI), de la Secretaría del Trabajo y Previsión Social; esta emitirá, en un plazo razonable —y conforme a la complejidad y naturaleza de cada comunicación pública—, respuesta a través de un informe que contenga: a) la relación entre los asuntos presentados y las obligaciones que se establecen en el TIPAT o en el T-MEC; b) la afectación al comercio -o la inversión- entre las Partes del Tratado; c) una propuesta de plan de acción, o d) cualquier medida que ayude a conseguir los objetivos del TIPAT o del T-MEC.⁵⁷

de febrero de 2024.

⁵⁶ Secretaría de Gobierno, *Reglamento sobre las Comunicaciones Públicas a que se refieren los Artículos 19.9 del Capítulo Laboral del Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico (TIPAT) y el Artículo 23.11 del Capítulo Laboral del Tratado entre los Estados Unidos Mexicanos, los Estados Unidos de América y Canadá (T-MEC)*, México, www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5685091&echa=07/04/2023#gsc.tab=0 (fecha de consulta: 23 de febrero de 2024).

⁵⁷ *Idem*.

3. Decreto promulgatorio de la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, adoptada en Washington D.C., Estados Unidos de América del 15 de junio de 2015⁵⁸

El 13 de abril de 2023, se publicó el Decreto Promulgatorio de la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores (adoptada en Washington D.C., Estados Unidos de América del 15 de junio de 2015), en el que se reafirma el compromiso de los Estados parte en el desarrollo y respeto de los derechos a la igualdad, la no discriminación, la vida, la integridad personal, la salud, la seguridad social, la participación, la libertad, la dignidad y otros aspectos relevantes para asegurar el bienestar y la dignidad de las personas mayores.

4. Convenio 190 sobre la Eliminación de la Violencia y el Acoso en el Mundo del Trabajo

El 6 de julio de 2023⁵⁹ entró en vigor en México el Convenio 190 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre la Eliminación de la Violencia y el Acoso en el Mundo del Trabajo, adoptado en Ginebra el 21 de junio de 2019. Este instrumento internacional reconoce el derecho, de todas las personas, a un mundo del trabajo libre de violencia y acoso; aplica para todas las modalidades de trabajo y contempla que, las actividades laborales, no siempre se realizan en un espacio determinado y, por lo tanto, plantea una perspectiva amplia.

El Convenio C-190 protege a: los trabajadores con inclusión de los asalariados, según se definan en la legislación y la práctica de cada país; a las personas que trabajan, independientemente de su situación contractual; a las personas en formación, incluidos los pasantes y los aprendices; a los trabajadores despedi-

⁵⁸ Secretaría de Gobierno, *Decreto promulgatorio de la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, adoptada en Washington D.C., Estados Unidos de América el quince de junio de dos mil quince*, México, www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5686151&fecha=20/04/2023#gsc.tab=0 (fecha de consulta: 22 de febrero de 2024).

⁵⁹ Diario Oficial de la Federación, *Decreto por el que se aprueba el Convenio 190 sobre la Eliminación de la Violencia y el Acoso en el Mundo del Trabajo, adoptado en Ginebra, el veintiuno de junio de dos mil diecinueve*, Secretaría de Gobernación, México, 2022, en: https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5648165&fecha=06/04/2022#gsc.tab=0 (fecha de consulta: 13 de enero de 2023).

dos; a los voluntarios; a las personas en busca de empleo y los postulantes a un empleo; así como a los individuos que ejercen la autoridad, las funciones o las responsabilidades de un empleador.⁶⁰

La ratificación de este convenio es muy importante porque, si bien la legislación laboral mexicana ya incluye regulación sobre el acoso laboral desde el 2012, la realidad es que se requiere su actualización, primero para contemplar diversos tipos de este, como, por ejemplo: el acoso laboral ascendente de trabajadores subordinados hacia los jefes, y para que sea aplicable a todos los tipos de trabajadores, y no sólo a los subordinados.

5. Acuerdo de Cooperación Técnica entre la OPS y el IMSS

El 31 de agosto de 2023, se firmó un acuerdo entre el IMSS y la Organización Panamericana de la Salud (OPS), durante la Primera Cumbre Internacional del Comando Operativo Interinstitucional del Sector Salud. El evento se centró en “Lecciones aprendidas por la pandemia COVID-19 y un paso hacia la integración de los servicios de salud”. El acuerdo tiene, como objetivo principal, mejorar la protección de la salud de la población mexicana, a través de dos elementos clave: a) la ampliación de la implementación de HEARTS Américas, liderada por la OPS/OMS, para la prevención y gestión de enfermedades cardiovasculares, y b) el apoyo y fortalecimiento de la Atención Primaria de Salud Mental como componente esencial para el bienestar integral. La colaboración entre la OPS/OMS y el IMSS se enfocará en capacitar al personal de salud no especializado para la detección temprana, prevención, diagnóstico y manejo de trastornos mentales en el Primer Nivel de Atención, con el propósito de mejorar la salud mental y reducir las desigualdades en el tratamiento.⁶¹

⁶⁰ Gaceta del Senado, *Dictamen de las Comisiones Unidas de Trabajo y Previsión Social y de Relaciones Exteriores del Senado de la República, por el que se aprueba el Convenio 190 de la Organización Internacional del Trabajo* Sobre la eliminación de la violencia y el acoso en el mundo del trabajo, adoptado en Ginebra, el 21 de junio de 2019, México, 15 de marzo de 2022. https://www.senado.gob.mx/64/gaceta_del_senado/documento/124374 (fecha de consulta: 22 de diciembre de 2022).

⁶¹ *Idem*.

6. Ratificación del Protocolo de 2014 de la OIT relativo al Convenio C029 de 1930 sobre el trabajo forzoso

El 11 de junio de 2023, México ratificó el protocolo de 2014 de la OIT, relativo al Convenio C 029 de 1930 sobre el trabajo forzoso ratificado por México desde 1934. Este compromiso implica la adopción de planes de acción nacionales y políticas, en colaboración con empleadores y trabajadores para combatir esta práctica. El instrumento entrará en vigor el 11 de junio de 2024.⁶²

El Protocolo 2014 establece un marco renovado para abordar el trabajo forzoso, teniendo en cuenta la globalización, la migración y la integración económica, con un enfoque en el diálogo social y la cooperación internacional. Reconoce la trata de personas, el aumento de la población vulnerable al trabajo forzoso y la situación de las personas migrantes. Destaca la importancia de implementar medidas preventivas, de protección y de reparación, así como acciones jurídicas para erradicar el trabajo forzoso, las cuales deben ser incorporadas en la legislación nacional o establecidas por la autoridad competente.⁶³

7. Adenda al Memorándum de entendimiento entre la Secretaría del Trabajo y Previsión Social (STPS) y la Agencia Federal de Empleo de Alemania: amplían vinculación laboral a trabajadores de la construcción

El 26 de octubre de 2023, la Secretaría del Trabajo y Previsión Social, mediante acciones coordinadas entre el Servicio Nacional de Empleo (SNE) y la Agencia Federal de Empleo de Alemania, firmaron una adenda al Memorándum de entendimiento (que se suscribió el 18 de octubre del 2021), buscando fortalecer la colaboración entre los gobiernos de Alemania y México para la operación de modelos de migración regulares y seguros.⁶⁴

⁶² Organización Internacional del Trabajo, *Protocolo de 2014 relativo al Convenio sobre el trabajo forzoso*, www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:11300:0::NO:11300:P11300_INSTRUMENT_ID:3174672 (fecha de consulta: 23 de febrero de 2024).

⁶³ Organización Internacional del Trabajo, *El Estado mexicano realiza el depósito del Protocolo de 2014 relativo al Convenio sobre el trabajo forzoso*, 12 de junio de 2023, www.ilo.org/mexico/noticias/WCMS_888417/lang-es/index.htm (fecha de consulta: 21 de febrero de 2024).

⁶⁴ Gobierno de México, *STPS y Agencia Federal de Empleo de Alemania amplían vinculación laboral a trabajadores de la construcción*, <https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/>

Se amplía la vinculación laboral a trabajadores de la construcción, considerando que, desde 2019, 960 trabajadores mexicanos han sido colocados en empleos formales en Alemania, favoreciendo así la movilidad laboral en el extranjero (y respetando sus derechos). Esta medida, al facilitar la movilidad laboral entre México y Alemania, contribuye al intercambio de información, a la cooperación y a la generación de experiencias en materia de vinculación laboral.⁶⁵

VII. Reflexiones a manera de conclusión

En este orden de ideas, se destacan una serie de datos económicos, resoluciones de la SCJN y reformas legales que contribuyen a mejorar la calidad de vida de las familias mexicanas.

En cuanto a la economía, se observa un aumento en los ingresos en dólares, principalmente impulsados por remesas, que nuevamente son el primer ingreso del país. La PEA en el país alcanzó los 60.7 millones de personas, con un aumento de 1.1 millones en comparación con diciembre de 2022. El salario mínimo mantuvo su aumento del 20% en los últimos años. Se destaca una reducción en la cantidad de personas en condición de pobreza, pasando de 55.7 millones en 2020 a 46.8 en 2022, explicada por: a) el aumento del 11.0% en el ingreso corriente total de los hogares promedio a nivel nacional entre 2020 y 2022; b) se trata del periodo de recuperación posterior a la emergencia sanitaria por COVID-19; c) el aumento del ingreso laboral, con un aumento del 13.4% en el salario promedio de los trabajadores; d) se destaca el crecimiento en la población en edad productiva (3.1%) y la disminución poblacional de los 0 a los 4 años (alrededor de 1.5 millones); y e) el aumento en el número de perceptores promedio en el hogar.

En cuanto a los criterios emitidos por la SCJN, esta reafirma que la pensión de jubilación es un derecho del trabajador y una medida de seguridad social. La jurisprudencia emitida subraya que el derecho a la seguridad social busca sal-

file/866576/261023_SNE_Adendum_Alemania__1_.pdf (fecha de consulta: 26 de febrero de 2024).

⁶⁵ Arciniegas, Yareth, “Firma del Memorándum de Entendimiento pretende facilitar la movilidad laboral entre México y Alemania, 19 de octubre de 2021”, *Revista Fortuna*, revistafortuna.com.mx/2021/10/19/firma-del-memorandum-de-entendimiento-pretende-facilitar-la-movilidad-laboral-entre-mexico-y-alemania/ (fecha de consulta: 23 de febrero de 2024).

vaguardar al trabajador y a su familia, ante la eventualidad del fallecimiento. La SCJN también se pronunció sobre temas de pensión de viudez, igualdad jurídica, no discriminación y seguridad social, ampliando la cobertura por encima de los requisitos legales para obtener la prestación de viudez, lo que representa un avance en el reconocimiento del derecho humano a la seguridad social. Además, se dictaron dos resoluciones que amplían la cobertura médica, reconociendo la obligación del Estado de garantizar la entrega de medicamentos a los pacientes que los usen periódicamente, en las que se destaca el deber de diligencia estatal, con carácter reforzado, en el que se sustentan la vida, integridad y seguridad de las personas.

Si bien fueron muchas las novedades normativas nacionales como la expedición de la Norma Mexicana sobre el Teletrabajo e internacionales como la ratificación del Protocolo de 2014 de la OIT relativo al Convenio C029 de 1930 sobre el trabajo forzoso; la entrada en vigor del Convenio 190 sobre la Eliminación de la Violencia y el Acoso en el Mundo del Trabajo, y la expedición del Decreto promulgatorio de la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, adoptada en Washington D.C., Estados Unidos de América del 15 de junio de 2015, sobresalen algunas reformas entorno a las familias. Las principales fueron 3: la primera a la LISSSTE, que introdujo una prestación social para adultos mayores jubilados y pensionados, ofreciendo casas de día con el propósito de fomentar la recreación y elevar su calidad de vida; la segunda, a la LSS y LISSSTE, que evidencian un compromiso constante con la equidad y la progresión de los derechos en el ámbito de la seguridad social. En esa reforma, destaca la extensión de las prestaciones de seguridad social a parejas de hecho y del mismo sexo, reconociendo diversas formas de convivencia. Asimismo, se aborda la ampliación de derechos para los hombres; y la tercera, a la LSS, en la que se flexibilizan los trámites de incapacidad por maternidad, resaltando los esfuerzos por hacer más accesible y eficiente este proceso para las madres trabajadoras.

Por último, un aspecto negativo destacable es el retroceso de la calidad de vida de las familias debido a la falta de cobertura sanitaria, pues el CONEVAL reportó que, las personas con carencia por acceso a los servicios de salud pasaron del 28.2% registrado en el año 2020 al 39.1%; es decir que 50.4 millones de personas carecen de acceso a servicios de salud.

Finalmente, debe señalarse que, estos cambios, representan avances con un enfoque integral y adaptativo a las necesidades cambiantes de la sociedad; y des-

afortunadamente uno de los derechos humanos más valorados por cualquier persona: la salud sufre un detrimento.

VIII. Bibliografía

- Arciniegas, Yareth, “Firma del Memorándum de Entendimiento pretende facilitar la movilidad laboral entre México y Alemania, 19 de octubre de 2021” *Revista Fortuna*, revistafortuna.com.mx/2021/10/19/firma-del-memorandum-de-entendimiento-pretende-facilitar-la-movilidad-laboral-entre-mexico-y-alemania/
- Banco de México, *Ingresos y egresos por remesas*, México, diciembre de 2023, <https://www.banxico.org.mx/publicaciones-y-prensa/remesas/%7BFE4559B7-66D0-0A28-8175-D2A7E24AA1E5%7D.pdf>
- Banco de México, *Reporte analítico*, México, <https://www.banxico.org.mx/publicaciones-y-prensa/remesas/%7BFE4559B7-66D0-0A28-8175-D2A7E24AA1E5%7D.pdf>
- Banco Mundial, *Los flujos de remesas continúan creciendo en 2023, aunque a un ritmo más lento*, 18 de diciembre de 2023, [https://www.bancomundial.org/es/news/press-release/2023/12/18/remittance-flows-grow-2023-slower-pace-migration-development-brief#:~:text=Estados%20Unidos%20sigui%C3%B3%20siendo%20la,\(USD%2024%20000%20millones\)](https://www.bancomundial.org/es/news/press-release/2023/12/18/remittance-flows-grow-2023-slower-pace-migration-development-brief#:~:text=Estados%20Unidos%20sigui%C3%B3%20siendo%20la,(USD%2024%20000%20millones))
- Banxico, *País de origen de los ingresos por remesas*, México, <https://www.banxico.org.mx/SieInternet/consultarDirectorioInternetAction.do?sector=1&accion=consultarCuadro&idCuadro=CE167&locale=es>
- Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, *Presupuesto de Egresos de la Federación para el Ejercicio Fiscal 2024*, México, https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/PEF_2024.pdf
- Centro de Estudios de las Finanzas Públicas, *Programa Pensión para el Bienestar de las Personas Adultas Mayores 2019-2023*, 26 de julio del 2023, <https://www.cefp.gob.mx/publicaciones/nota/2023/notacefp0632023.pdf>
- Comisión Económica para América Latina y El Caribe, *Balance preliminar de las economías de América Latina y el Caribe*, CEPAL, 2023, <https://repositorio.cepal.org>

org/server/api/core/bitstreams/ed6ce06e-f8ae-40d7-8b60-a390cf32cd07/
content

Comisión Nacional de los Salarios Mínimos, *Incremento a los Salarios Mínimos para 2024*, Comisión Nacional de los Salarios Mínimos, 2024, México, <https://www.gob.mx/conasami/articulos/incremento-a-los-salarios-minimos-para-2024?idiom=es>

Comisión Nacional de los Salarios Mínimos, *Tablas de Salarios mínimos generales y profesionales por áreas geográficas*, México, 2022, : <https://www.gob.mx/conasami/documentos/tabla-de-salarios-minimos-generales-y-profesionales-por-areas-geograficas>

Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social, *Documento de análisis sobre la medición multidimensional de la pobreza 2022*, México, agosto de 2023, https://www.coneval.org.mx/Medicion/MP/Documents/MMP_2022/Documento_de_analisis_sobre_la_medicion_multidimensional_de_la_pobreza_2022.pdf

Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social, *El CONEVAL presenta información referente a la pobreza laboral al tercer trimestre de 2023*, México, https://www.coneval.org.mx/Medicion/Paginas/ITLP-IS_pobreza_laboral.aspx

Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social, *Medición de la pobreza en México*, México, <https://www.coneval.org.mx/Medicion/Paginas/PobrezaInicio.aspx>

Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social, *Nota técnica sobre la información empleada para la estimación de la medición de pobreza en México 2022*, 10 de agosto de 2023, https://www.coneval.org.mx/Medicion/MP/Documents/MMP_2022/Nota_tecnica_sobre_la_informacion_empleada_para_la_estimacion_de_la_medicion_de_pobreza_en_Mexico_2022.pdf

Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social, *Blog Coneval, México*, <https://blog.coneval.org.mx/>

Diario Oficial de la Federación, *Decreto por el que se aprueba el Convenio 190 sobre la Eliminación de la Violencia y el Acoso en el Mundo del Trabajo, adoptado en Ginebra, el veintiuno de junio de dos mil diecinueve*, Secretaría de Gobernación, México, 2022, https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5648165&fecha=06/04/2022#gsc.tab=0

- Diario Oficial de la Federación, *Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Ley del Seguro Social, y de la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado*, México, 2023, https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/lss/LSS_ref30_20ene23.pdf
- Gaceta del Senado, *Dictamen de las Comisiones Unidas de Trabajo y Previsión Social y de Relaciones Exteriores del Senado de la República, por el que se aprueba el Convenio 190 de la Organización Internacional del Trabajo sobre la eliminación de la violencia y el acoso en el mundo del trabajo, adoptado en Ginebra, el 21 de junio de 2019*, México, 15 de marzo de 2022, https://www.senado.gob.mx/64/gaceta_del_senado/documento/124374
- Gobierno de México, *Memorando de Entendimiento entre el Gobierno de los Estados Unidos de México y el Gobierno de los Estados Unidos de América*, México, 17 de enero de 2023, <https://www.gob.mx/sre/documentos/memorando-de-entendimiento-entre-el-gobierno-de-los-estados-unidos-de-mexico-y-el-gobierno-de-los-estados-unidos-de-america>
- Gobierno de México, *México registra cifra histórica de Inversión Extranjera Directa al cierre de 2023, con más de 36 mil millones de dólares*, México, 14 de febrero de 2024, https://www.gob.mx/se/prensa/mexico-registra-cifra-historica-de-inversion-extranjera-directa-al-cierre-de-2023-con-mas-de-36-mil-millones-de-dolares?idiom=eshttps://www.inegi.org.mx/contenidos/saladeprensa/boletines/2024/balcom_o/balcom_o2024_01.pdf
- Gobierno de México, *México y EE. UU. firman memorandos de entendimiento sobre movilidad laboral y protección a menores de edad en situación de movilidad*, México, 17 de enero de 2023, <https://www.gob.mx/sre/prensa/mexico-y-ee-uu-firman-memorandos-de-entendimiento-sobre-movilidad-laboral-y-proteccion-a-menores-de-edad-en-situacion-de-movilidad>
- Gobierno de México, *Rompen récord exportaciones agroalimentarias en 2023, superan los 51 mil mdd: Agricultura*, México, 11 de febrero de 2024, <https://www.gob.mx/agricultura/prensa/rompen-record-exportaciones-agroalimentarias-en-2023-superan-los-51-mil-mdd-agricultura?idiom=es#:~:text=Al%20cierre%20de%202023%2C%20las,de%20Agricultura%20y%20Desarrollo%20Rural>
- Gobierno de México, *Servicio de Administración Tributaria, SAT logra reducción histórica en el costo de recaudación: 28 centavos por cada 100 pesos recaudados en 2023*, México, <https://www.gob.mx/sat/prensa/sat-logra-reduccion-historica-en>

el-costo-de-recaudacion-28-centavos-por-cada-100-pesos-recaudados-en-2023-16-2024#:~:text=Lo%20anterior%20es%20el%20resultado,en%20el%20proceso%20de%20recaudaci3n

Gobierno de M3xico, *STPS y Agencia Federal de Empleo de Alemania amplian vinculaci3n laboral a trabajadores de la construcci3n*, M3xico, https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/866576/261023_SNE_Adendum_Alemania__1_.pdf

Instituto Nacional de Estadística y Geografía, *Indicadores de ocupaci3n y empleo*, 25 de enero de 2024, https://www.inegi.org.mx/contenidos/saladeprensa/boletines/2024/ENOE/ENOE2024_01.pdf

Instituto Nacional de Estadística y Geografía, *Informaci3n oportuna sobre la balanza comercial de mercancías de M3xico*, M3xico, 26 de enero de 2024, https://www.inegi.org.mx/contenidos/saladeprensa/boletines/2024/balcom_o/balcom_o2024_01.pdf

Instituto Nacional de Estadística y Geografía, *Producto Interno Bruto (PIB) Cuarto trimestre de 2023*, INEGI, M3xico, 2023, https://www.inegi.org.mx/contenidos/saladeprensa/boletines/2024/pib_eo/pib_eo2024_01.pdf

Mendizábal Bermúdez, Gabriela y Tufiño G3mez, Brenda, *Derecho Social Familiar*, Porrúa, 2024.

Organizaci3n Internacional del Trabajo, *El Estado mexicano realiza el dep3sito del Protocolo de 2014 relativo al Convenio sobre el trabajo forzoso*, 12 de junio de 2023, www.ilo.org/mexico/noticias/WCMS_888417/lang--es/index.htm

Organizaci3n Internacional del Trabajo, *Protocolo de 2014 relativo al Convenio sobre el trabajo forzoso*, www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:11300:0:NO:11300:P11300_INSTRUMENT_ID:3174672

Secretaría de Gobernaci3n, *Convenio de Coordinaci3n para la transferencia de recursos federales con car3cter de subsidios, para el fortalecimiento de las acciones institucionales en materia de infancia migrante, centros de asistencia social, establecimientos asistenciales y lugares habilitados, que operan los sistemas DIF estatales y municipales*, M3xico, https://www.diaariooficial.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5702784&fecha=25/09/2023#gsc.tab=0M

Secretaría de Gobernaci3n, *Decreto por el que se adicionan los art3culos 101 y 102 Bis a la Ley del Seguro Social*, M3xico, https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5683780&fecha=24/03/2023#gsc.tab=0

- Secretaría de Gobernación, *Norma Oficial Mexicana NOM-037-STPS-2023*, *Trabajo-Condición de seguridad y salud en el trabajo*, México, https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5691672&fecha=08/06/2023#gsc.tab=0
- Secretaría de Gobernación, *Presupuesto de Egresos de la Federación para el Ejercicio Fiscal 2023*, México, https://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5672637&fecha=28/11/2022#gsc.tab=0
- Secretaría de Gobierno, *Decreto promulgatorio de la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, adoptada en Washington D.C., Estados Unidos de América el quince de junio de dos mil quince*, México, www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5686151&fecha=20/04/2023#gsc.tab=0
- Secretaría de Gobierno, *Reglamento sobre las Comunicaciones Públicas a que se refieren los Artículos 19.9 del Capítulo Laboral del Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico (TIPAT) y el Artículo 23.11 del Capítulo Laboral del Tratado entre los Estados Unidos Mexicanos, los Estados Unidos de América y Canadá (T-MEC)*, México, www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5685091&fecha=07/04/2023#gsc.tab=0
- Secretaría de Turismo, *Resultados de la Actividad Turística: diciembre 2023*, México, en: [https://www.datatur.sectur.gob.mx/RAT/RAT-2023-12\(ES\).pdf](https://www.datatur.sectur.gob.mx/RAT/RAT-2023-12(ES).pdf)
- Secretaría del Trabajo y Previsión Social, *Entran en vigor salarios mínimos 2023 en todo el país*, México, 2023, <https://www.gob.mx/stps/prensa/entran-en-vigor-salarios-minimos-2023-en-todo-el-pais?idiom=es#:~:text=BOLET%C3%8DN%20N%C3%BAmero%20001%2F2023&text=A%20partir%20de%20este%20d%C3%ADa,poder%20adquisitivo%20de%20estos%20salarios>
- Secretaría de Gobernación, *Convenio de Colaboración para la operación del Programa S200 Fortalecimiento a la Atención Médica para el ejercicio fiscal 2023 que celebran el Instituto de Salud para el Bienestar y la Ciudad de México*, 11 de octubre de 2023, https://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5704688&fecha=11/10/2023#gsc.tab=0
- Secretaría de Gobernación, *Convenio de Colaboración para la operación del Programa S200 Fortalecimiento a la Atención Médica para el ejercicio fiscal 2023 que celebran el Instituto de Salud para el Bienestar y el Estado de Aguascalientes*, 19 de octubre de

2023, https://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5705882&fecha=19/10/2023#gsc.tab=0

Secretaría de Gobernación, *Convenio de Colaboración para la operación del Programa S200 Fortalecimiento a la Atención Médica para el ejercicio fiscal 2023 que celebran el Instituto de Salud para el Bienestar y el Estado de Baja California*, 11 de agosto de 2023, https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5698274&fecha=11/08/2023#gsc.tab=0, consultado el 4 de marzo de 2024.

Secretaría de Gobernación, *Convenio de Colaboración para la operación del Programa S200 Fortalecimiento a la Atención Médica para el ejercicio fiscal 2023 que celebran el Instituto de Salud para el Bienestar y el Estado de Baja California Sur*, 28 de septiembre de 2023, https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5703239&fecha=28/09/2023#gsc.tab=0

Secretaría de Gobernación, *Convenio de Colaboración para la operación del Programa S200 Fortalecimiento a la Atención Médica para el ejercicio fiscal 2023 que celebran el Instituto de Salud para el Bienestar y el Estado de Campeche*, 24 de agosto de 2023, https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5699656&fecha=24/08/2023#gsc.tab=0

Secretaría de Gobernación, *Convenio de Colaboración para la operación del Programa S200 Fortalecimiento a la Atención Médica para el ejercicio fiscal 2023 que celebran el Instituto de Salud para el Bienestar y el Estado de Chiapas*, 5 de septiembre de 2023, https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5700860&fecha=05/09/2023#gsc.tab=0

Secretaría de Gobernación, *Convenio de Colaboración para la operación del Programa S200 Fortalecimiento a la Atención Médica para el ejercicio fiscal 2023 que celebran el Instituto de Salud para el Bienestar y el Estado de Chihuahua*, 28 de agosto de 2023, https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5699940&fecha=28/08/2023#gsc.tab=0

Secretaría de Gobernación, *Convenio de Colaboración para la operación del Programa S200 Fortalecimiento a la Atención Médica, para el ejercicio fiscal 2023 que celebran el Instituto de Salud para el Bienestar y el Estado de Coahuila de Zaragoza*, 23 de junio de 2023, https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5693212&fecha=23/06/2023#gsc.tab=0, consultado el 4 de marzo de 2024.

Secretaría de Gobernación, *Convenio de Colaboración para la operación del Programa S200 Fortalecimiento a la Atención Médica para el ejercicio fiscal 2023 que celebran el*

Instituto de Salud para el Bienestar y el Estado de Colima, 20 de octubre de 2023, https://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5706089&fecha=20/10/2023#gsc.tab=0

Secretaría de Gobernación, *Convenio de Colaboración para la operación del Programa S200 Fortalecimiento a la Atención Médica para el ejercicio fiscal 2023 que celebran el Instituto de Salud para el Bienestar y el Estado de Durango*, 29 de septiembre de 2023, https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5703421&fecha=29/09/2023#gsc.tab=0

Secretaría de Gobernación, *Convenio de Colaboración para la operación del Programa S200 Fortalecimiento a la Atención Médica, para el ejercicio fiscal 2023 que celebran el Instituto de Salud para el Bienestar y el Estado de México*, 25 de agosto de 2023, https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5699838&fecha=25/08/2023#gsc.tab=0

Secretaría de Gobernación, *Convenio de Colaboración para la operación del Programa S200 Fortalecimiento a la Atención Médica para el ejercicio fiscal 2023 que celebran el Instituto de Salud para el Bienestar y el Estado de Guanajuato*, 14 de agosto del 2023, https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5698354&fecha=14/08/2023#gsc.tab=0

Secretaría de Gobernación, *Convenio de Colaboración para la operación del Programa S200 Fortalecimiento a la Atención Médica para el ejercicio fiscal 2023 que celebran el Instituto de Salud para el Bienestar y el Estado de Guerrero*, 15 de agosto de 2023, https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5698450&fecha=15/08/2023#gsc.tab=0

Secretaría de Gobernación, *Convenio de Colaboración para la operación del Programa S200 Fortalecimiento a la Atención Médica para el ejercicio fiscal 2023 que celebran el Instituto de Salud para el Bienestar y el Estado de Hidalgo*, 25 de septiembre de 2023, https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5702782&fecha=25/09/2023#gsc.tab=0

Secretaría de Gobernación, *Convenio de Colaboración para la operación del Programa S200 Fortalecimiento a la Atención Médica para el ejercicio fiscal 2023 que celebran el Instituto de Salud para el Bienestar y el Estado de Jalisco*, 12 de octubre de 2023, https://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5704785&fecha=12/10/2023#gsc.tab=0

- Secretaría de Gobernación, *Convenio de Colaboración para la operación del Programa S200 Fortalecimiento a la Atención Médica para el ejercicio fiscal 2023 que celebran el Instituto de Salud para el Bienestar y el Estado de Michoacán de Ocampo*, 13 de octubre de 2023, https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5705061&fecha=13/10/2023&print=true
- Secretaría de Gobernación, *Convenio de Colaboración para la operación del Programa S200 Fortalecimiento a la Atención Médica para el ejercicio fiscal 2023 que celebran el Instituto de Salud para el Bienestar y el Estado de Morelos*, 29 de agosto de 2023, https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5700038&fecha=29/08/2023#gsc.tab=0
- Secretaría de Gobernación, *Convenio de Colaboración para la operación del Programa S200 Fortalecimiento a la Atención Médica para el ejercicio fiscal 2023 que celebran el Instituto de Salud para el Bienestar y el Estado de Nayarit*, 17 de agosto de 2023, https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5698964&fecha=17/08/2023#gsc.tab=0
- Secretaría de Gobernación, *Convenio de Colaboración para la operación del Programa S200 Fortalecimiento a la Atención Médica para el ejercicio fiscal 2023 que celebran el Instituto de Salud para el Bienestar y el Estado de Nuevo León*, 4 de octubre de 2023, https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5703841&fecha=04/10/2023#gsc.tab=0
- Secretaría de Gobernación, *Convenio de Colaboración para la operación del Programa S200 Fortalecimiento a la Atención Médica para el ejercicio fiscal 2023 que celebran el Instituto de Salud para el Bienestar y el Estado de Oaxaca*, 13 de julio de 2023, https://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5695440&fecha=13/07/2023#gsc.tab=0
- Secretaría de Gobernación, *Convenio de Colaboración para la operación del Programa S200 Fortalecimiento a la Atención Médica para el ejercicio fiscal 2023 que celebran el Instituto de Salud para el Bienestar y el Estado de Puebla*, 30 de agosto de 2023, https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5700302&fecha=30/08/2023#gsc.tab=0
- Secretaría de Gobernación, *Convenio Colaboración para la operación del Programa S200 Fortalecimiento a la Atención Médica para el ejercicio fiscal 2023 que celebran el Instituto de Salud para el Bienestar y el Estado de Querétaro*, 5 de octubre de 2023, https://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5703962&fecha=05/10/2023#gsc.tab=0

Secretaría de Gobernación, *Convenio de Colaboración para la operación del Programa S200 Fortalecimiento a la Atención Médica para el ejercicio fiscal 2023 que celebran el Instituto de Salud para el Bienestar y el Estado de Quintana Roo*, 3 de julio de 2023, https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5694120&fecha=03/07/2023#gsc.tab=0

Secretaría de Gobernación, *Convenio de Colaboración para la operación del Programa S200 Fortalecimiento a la Atención Médica, para el ejercicio fiscal 2023 que celebran el Instituto de Salud para el Bienestar y el Estado de San Luis Potosí*, 26 de agosto de 2023, https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5696760&fecha=26/07/2023#gsc.tab=0

Secretaría de Gobernación, *Convenio de Colaboración para la operación del Programa S200 Fortalecimiento a la Atención Médica para el ejercicio fiscal 2023 que celebran el Instituto de Salud para el Bienestar y el Estado de Sinaloa*, 26 de septiembre de 2023, https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5702899&fecha=26/09/2023#gsc.tab=0

Secretaría de Gobernación, *Convenio de Colaboración para la operación del Programa S200 Fortalecimiento a la Atención Médica para el ejercicio fiscal 2023 que celebran el Instituto de Salud para el Bienestar y el Estado de Sonora*, 06 de octubre de 2023, https://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5704184&fecha=06/10/2023#gsc.tab=0

Secretaría de Gobernación, *Convenio de Colaboración para la operación del Programa S200 Fortalecimiento a la Atención Médica para el ejercicio fiscal 2023 que celebran el Instituto de Salud para el Bienestar y el Estado de Tabasco*, 18 de agosto de 2023, https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5699179&fecha=18/08/2023#gsc.tab=0

Secretaría de Gobernación, *Convenio de Colaboración para la operación del Programa S200 Fortalecimiento a la Atención Médica para el ejercicio fiscal 2023 que celebran el Instituto de Salud para el Bienestar y el Estado de Tamaulipas*, 31 de agosto de 2023, https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5700395&fecha=31/08/2023#gsc.tab=0

Secretaría de Gobernación, *Convenio de Colaboración para la operación del Programa S200 Fortalecimiento a la Atención Médica para el ejercicio fiscal 2023 que celebran el Instituto de Salud para el Bienestar y el Estado de Tlaxcala*, 25 de septiembre de 2023, https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5702783&fecha=25/09/2023#gsc.tab=0

Secretaría de Gobernación, *Convenio Colaboración para la operación del Programa S200 Fortalecimiento a la Atención Médica para el ejercicio fiscal 2023 que celebran el Instituto de Salud para el Bienestar y el Estado de Veracruz de Ignacio de la Llave*, 1 de septiembre de 2023, https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5700622&fecha=01/09/2023&print=true

Secretaría de Gobernación, *Convenio de Colaboración para la operación del Programa S200 Fortalecimiento a la Atención Médica para el ejercicio fiscal 2023 que celebran el Instituto de Salud para el Bienestar y el Estado de Yucatán*, 27 de agosto de 2023, https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5696861&fecha=27/07/2023#gsc.tab=0

Secretaría de Gobernación, *Convenio de Colaboración para la operación del Programa S200 Fortalecimiento a la Atención Médica para el ejercicio fiscal 2023, que celebran el Instituto de Salud para el Bienestar y el Estado de Zacatecas*, 9 de octubre de 2023, https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5704301&fecha=09/10/2023#gsc.tab=0

Suprema Corte de Justicia de la Nación, “Tesis 2a./J. 63/2023 (11a.)”, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, 2027744, instancia: Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Undécima Época, Pensión de viudez. El artículo 132, fracción I y último párrafo de la Ley del Seguro Social, que condiciona el derecho de la persona cónyuge superviviente a recibirla a que el fallecimiento de la persona trabajadora o pensionada haya sucedido después de seis meses de que contrajeron matrimonio, excepto cuando se compruebe que tuvieron hijos en común, es violatorio de los derechos a la igualdad jurídica, a la no discriminación y a la seguridad social, <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2027744>

Tesis: 2a./J. 60/2023 (11a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, 2027571, instancia: Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Undécima Época, discapacidad sensorial auditiva. derechos a la protección de la salud y a la seguridad social de niñas, niños y adolescentes. el artículo 42, fracción II, del reglamento de prestaciones médicas del instituto mexicano del seguro social vulnera esos derechos fundamentales al excluir del seguro de enfermedades y maternidad, entre otros insumos, los implantes cocleares.

Tesis: 1a./J. 153/2023 (11a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, 2027441, instancia: Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Na-

ción, Undécima Época, derecho humano a la salud. procede reembolsar el pago de medicamentos adquiridos por el paciente, derivado de la omisión y suministro tardío por parte del instituto mexicano del seguro social (IMSS), ante la urgencia de no poner en riesgo su salud, <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2027441>

Tesis aislada XVII.2°.P.A.31 A (10ª), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, 2017763, instancia: Tribunales Colegiados del Circuito, parejas concubinas integradas por personas del mismo sexo. el artículo 84, fracción iii, párrafo segundo, de la ley del seguro social, al negarles el derecho a contar con la cobertura del seguro de enfermedades y maternidad, viola sus derechos humanos a la igualdad, no discriminación, protección de la familia y seguridad social, <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2017763>

Tesis 2ª. XXIV/2019 (10ª), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, 2019649, instancia: Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, seguridad social. las normas que condicionan el acceso a las prestaciones en este ámbito a que se trate de matrimonios o concubinatos constituidos por personas de sexos diferentes entre sí, violan los derechos a la igualdad, no discriminación y protección a la familia, https://bj.scjn.gob.mx/doc/tesis/WfZsMHYBN_4klb4HyN4b/%22Concubino%22

Tesis aislada 2a. CXXXIV/2016 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, 2013234, instancia: Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, guarderías del IMSS. al preverse requisitos diferenciados a la mujer y varón asegurados para acceder a este servicio, se transgrede el derecho a la seguridad social, <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2013234>

Tesis aislada 2a. VI/2009 (9a), I, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, 167886, instancia: Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, pensión por viudez. el artículo 130, párrafo segundo, de la ley del seguro social, al condicionar su otorgamiento a que el viudo o concubinario acredite la dependencia económica respecto de la trabajadora asegurada fallecida, viola las garantías de igualdad y de no discriminación, <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/167886>

Tesis 2a. VII/2009, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, 166338, instancia: Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, pensión por viudez. el acreditamiento de la dependencia económica respecto de la trabajadora asegurada fallecida a que condiciona el artículo 130, párrafo

segundo, de la ley del seguro social para su otorgamiento, se estableció tanto para el viudo como para el concubinario, sin embargo tal condicionante ha sido declarada inconstitucional por la suprema corte de justicia de la nación, https://bj.scjn.gob.mx/doc/tesis/mPVpMHYBN_4klb4HveYR/%22Garant%C3%ADas%20de%20igualdad%22

Jurisprudencia por contradicción 2a./J. 132/2009, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, 166338, instancia: Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, pensión por viudez. el acreditamiento de la dependencia económica respecto de la trabajadora asegurada fallecida a que condiciona el artículo 130, párrafo segundo, de la ley del seguro social para su otorgamiento, se estableció tanto para el viudo como para el concubinario, sin embargo, tal condicionante ha sido declarada inconstitucional por la suprema corte de justicia de la nación, <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/166338>

Tesis: I.130.T.116 L (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, 2008623, instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, pensión por viudez del viudo o concubinario. el artículo 14, inciso a), tercer párrafo, del régimen de jubilaciones y pensiones inserto al contrato colectivo de trabajo (bienio 2011-2013), del instituto mexicano del seguro social, al establecer como requisitos para obtenerla que el interesado acredite encontrarse totalmente incapacitado y haber dependido económicamente de la trabajadora fallecida, contraviene el principio de jerarquía normativa y viola los derechos humanos de igualdad y no discriminación, <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2008623>

Tesis: 2a. IX/2017 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, 2013788, instancia: Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, instituto de seguridad y servicios sociales de los trabajadores del estado. los artículos 6, fracción xii, inciso a), 39, 40, 41, fracción i, 131 y 135, fracciones i y ii, de la ley relativa, violan los derechos a la igualdad y no discriminación, a la familia y a la seguridad social de las parejas integradas por personas del mismo sexo, <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2013788>

Tesis: 1a./J. 123/2023 (11a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, 2027312, instancia: Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Undécima Época, Derecho a recibir una pensión por jubilación. For-

ma parte del derecho a la seguridad social. <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2027312>

Tesis: XXIV.1o. J/3 L (11a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, 2026790, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Undécima Época, aportaciones de seguridad social. Son propiedad del trabajador, empleado o servidor público, por considerarlo así el derecho jurisprudencial interno y el interamericano. <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2026790>”

Reseñas

Escoffié, Carla, *País sin techo*, México, Grijalbo, 2023, 320 pp.

Teresa Isabel Jauregui Barajas

 <https://orcid.org/0009-0002-0141-7513>

Universidad Nacional Autónoma de México. México

DOI: <https://doi.org/10.22201/ijj.24487899e.2024.39.19498>

La vivienda no es una casa, de la misma forma en la que una escuela no supone en sí la educación o un hospital no conlleva por sí solo la salud de las personas. Con esta línea, la autora Carla Escoffié abre su obra *País sin techo*, donde cuestiona al lector si conoce los alcances del término *vivienda*, así como el marco de protección jurídica relativo al derecho reconocido por el séptimo párrafo, del artículo cuarto constitucional, a la par de tratados del sistema universal y regional de derechos humanos, entre ellos, la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 25.1) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y culturales (artículo 11.1).

La concepción de vivienda se encuentra fuertemente ligada al espacio material en el que se lleva a cabo. Colectivamente, es asociada con los muros y techo de concreto diseñados para albergar a una familia en su interior; pero, mientras los cientos de edificios vacíos no constituyen una vivienda ante la ausencia de personas habitándolos, ser propietario de una casa o departamento no son la única opción para satisfacer esta necesidad. El derecho a la vivienda es comúnmente relacionado con la adquisición de una construcción de características y materiales específicos. Por esta razón, suele limitarse el derecho a la vivienda a dos enfoques: el primero, como el derecho a comprar una casa en propiedad, y el segundo, como el acceso de los trabajadores formales por medio de instituciones gubernamentales a créditos, para adquirir un inmueble. En ambas opciones el fin último es la obtención de un título de propiedad inmobiliario. La autora se enfoca en una tercera perspectiva, la cual denomina *de igualdad estructural*. A partir de este criterio, la prerrogativa se compone por diversas opciones,

tanto para acceder a un espacio donde habitar, como a la modalidad de tenencia que se ajuste de mejor manera con el estilo de vida de las familias y con ello, evitar la situación de calle.

Tras el prólogo, escrito por Zaida Muxí —arquitecta y urbanista argentina— y la introducción de su autora, el libro es dividido en seis capítulos, numerados del 0 al 5; en él son presentadas las nociones elementales que constituyen a este derecho, junto con el panorama general mexicano, respecto de los fenómenos sociales y políticas públicas actuales en la materia.

En principio, el capítulo cero —“El derecho a la vivienda”— expone la multiplicidad de acepciones con las que se asocia al derecho a la vivienda, convirtiéndose en un concepto homónimo que ha dificultado la discusión jurídica, respecto a su alcance y garantía estadual. A modo aclaratorio, es presentada la multiplicidad de formas en las cuales es posible manifestar el ejercicio de este derecho, así como un catálogo enunciativo —más no limitativo— de las medidas disponibles para que, los Estados, cumplan con su deber de garantía. Posteriormente, en cada uno de los siguientes capítulos se adopta uno de los varios casos en los que la crisis de vivienda se ha particularizado, de acuerdo con el espacio geográfico, contexto social y políticas gubernamentales implementadas, desembocando en una estrategia jurídica de defensa y atención ajustada al contexto.

El segundo capítulo —“Especulación y burbujas inmobiliarias”— se enfoca en la *financiarización* de la vivienda, proceso por el cual los espacios habitacionales dejan su función de uso, y se convierten en un producto financiero de especulación, priorizando la plusvalía que puede ocasionar el bien sobre su aprovechamiento real. Este suceso se encuentra presente a lo largo de todo el país, pero es en Mérida, Yucatán y zonas aledañas, donde se estima que, la demanda especulativa, ha rebasado la demanda de uso, aumentando el riesgo de generar una burbuja especulativa. De manera paralela, se aborda la manera en la que las constructoras, inmobiliarias y autoridades gubernamentales, han fomentado la narrativa de inversión en la península, sin la debida atención a consecuencias como la deforestación masiva de suelo, el conflicto con tierras ejidales y el desplazamiento de pobladores originarios, ante la presión de grandes corporaciones constructoras.

En el tercer capítulo —“Megaproyectos”— se enfoca en San Francisco de Campeche, Campeche, y los proyectos de gran alcance, impulsados por el sector público o privado que suponen la planeación, organización y acaparamiento de

recursos a gran escala, lo cual, a pesar de contar con la intención de incentivar un desarrollo regional, en varios casos desplaza a las comunidades que habitaban previamente los espacios; sin procedimientos de diálogo, mediación y/o relocalización consensuada con los habitantes de la región, principalmente ejidos, comunidades indígenas o asentamientos precarios. En el capítulo se aborda el caso los barrios Santa Lucía, Camino Real y La Ermita, amparados ante las labores de construcción del Tren Maya, junto con el del poblado de San Antonio Ebulá, y su lucha por su reconocimiento como ejido, frente a intereses particulares y desalojo ilegal.

En el cuarto capítulo —“La vivienda de arrendamiento”— se dirige la atención a los conflictos, cuyo origen se encuentra en la limitada regulación, en materia de arrendamiento prevaleciente en la mayoría de los estados de la república. Partiendo del caso de la Ciudad de México, se visibilizan los constantes problemas a los que se enfrenta la población inquilinaria, con intención de asentarse en las zonas de mejor ubicación y acceso a servicios en la ciudad, como: los abusos en las condiciones impuestas por los arrendatarios, los desalojos ilegales, la falta de formalización escrita de los contratos y el acoso inmobiliario. Ante esta situación, se propone la regulación del arrendamiento desde una perspectiva de vivienda, con mecanismos que permitan equilibrar la relación desproporcional entre el arrendatario y el arrendador, ofreciendo a ambas partes, herramientas para la protección de su esfera jurídica.

De la mano con el anterior, el capítulo “Discriminación” evidencia la habitual discriminación que reciben grupos en situación de vulnerabilidad —miembros de la comunidad LGBT+, mujeres, población indígena, personas con discapacidad, migrantes, entre otros— respecto al acceso al derecho a la vivienda, ya que la compra o arrendamientos de espacios habitacionales en nuestro país, son convenidos entre particulares. Ante el panorama de discriminación que hoy acomete a la población LGBT+ en San Luis Potosí, miembros de la sociedad civil se han apoyado de medios como el litigio estratégico y espacios de asistencia social comunitarios.

Para finalizar, el foco de atención se desplaza al área metropolitana de Monterrey, Nuevo León con el sexto y último capítulo —“Vivienda y derecho a la ciudad”—. En éste, la autora profundiza el derecho a habitar y disfrutar los espacios públicos que integran las ciudades, pueblos y asentamientos urbanos para todos sus pobladores. De esta manera, se analizan conflictos como la ausencia de atención a las necesidades de los asentamientos informales precarios,

la falta de rigurosidad administrativa relativa a los proyectos inmobiliarios verticales, y la destrucción de espacios que forman parte de la identidad barrial de las ciudades, en sustitución de espacios comerciales.

La intención de la obra es visibilizar las luchas por el derecho a la vivienda, que no solo se concentran en la Ciudad de México. Al hablar del acceso a esta prerrogativa, no solo se trata de enfrentar al fenómeno de gentrificación que, actualmente, ha adquirido relevancia en la conversación colectiva, sino también de tratar las consecuencias que han generado los desalojos forzosos de asentamientos en zonas en crecimiento, la turistificación, la falta de atención a víctimas de desastres naturales, el olvido de las unidades habitacionales en abandono, ante falta de recursos básicos, y la discriminación en razón al uso de materiales, para la construcción de vivienda en comunidades indígenas, por mencionar solo algunas de la multiplicidad de expresiones que puede tomar, la falta de regulación y política pública, en materia de derecho a la vivienda y a la ciudad. Las formas para habitar espacios son tan diversas, como las personas que los ocupan —propiedad, arrendamiento, cooperativas de vivienda, viviendas construidas con materiales alternativos que atienden a las condiciones geográficas del lugar, por mencionar algunos ejemplos—, así que, la responsabilidad del Estado, recae en adaptarse a estas condiciones y no obligar a los mexicanos a ajustarse a las limitadas opciones que, al día de hoy, son preponderantes en los ordenamientos jurídicos.