

EDITORIAL

El derecho del trabajo en la posmodernidad

Agradezco infinitamente al doctor Calos Villabella la invitación que hace algún tiempo me realizara con la finalidad de colaborar como editor huésped en la prestigiada REVISTA IUS para coordinar un número dedicado al derecho del trabajo, lo cual acepté. Para tal fin, se invitó a diversos abogados e investigadores de Iberoamérica y se seleccionó como tema central el derecho del trabajo en la posmodernidad. Esto se debió a los cambios que se generan a nivel global en esta rama del derecho, específicamente por las tecnologías utilizadas en la tercera revolución industrial y que necesariamente requerían un análisis respecto a los paradigmas tradicionales del derecho del trabajo, así como de los nuevos retos que estas tecnologías disruptivas generan en el ámbito jurídico.

En la actualidad nos encontramos en una segunda etapa de la tercera revolución industrial. Algunos, sin embargo, consideran que estamos en la cuarta revolución industrial, en virtud de las variadas tecnologías, como la robótica, la inteligencia artificial, el cómputo en la nube, internet de las cosas, entre otras. Como se ha manifestado en Alemania, esto expresa que en realidad estamos ya en presencia de la industria 4.0.

En un sentido más amplio, principalmente los países de oriente consideran que los derechos de los trabajadores y de ciudadanos en general deberán cambiar y analizarse en forma interdisciplinaria y transversal, en virtud del impacto que tienen dichas tecnologías en lo que ellos denominan sociedad 5G.

El análisis de este tema central, como corriente filosófica, busca nuevas formas de pensamiento orientado en el crecimiento del individuo a través del uso de la tecnología. Por esta razón, varios de los temas que se abordan en este número consideran los derechos del trabajador y del patrón en forma transversal en virtud de generar nuevos retos para el derecho laboral.

En este número contamos con artículos que hacen referencia a los derechos de los trabajadores en la sociedad 5G: el respeto a los derechos fundamentales inespecíficos en el ámbito laboral relacionados con el derecho de intimidad del trabajador y el impacto de estos desde una perspectiva de responsabilidad social de la empresa.

Por último, deseo agradecer al equipo editorial de la REVISTA IUS por invitarme y acogerme como editor huésped en este número dedicado al fascinante tema del derecho del trabajo, así como mi gratitud a los investigadores de países como España, Colombia, Cuba, Chile, Perú y México que colaboran en el mismo. Gracias al análisis de sus artículos se cumple con el objetivo de la investigación jurídica y el análisis del derecho laboral desde una nueva perspectiva transversal en temas de actualidad y de vanguardia.

*Felipe Miguel Carrasco Fernández
Universidad Popular Autónoma del Estado de Puebla

* Investigador de la Universidad Popular Autónoma del Estado de Puebla (UPAEP) México. Miembro del Sistema Nacional De Investigadores Conacyt.

Control de la actividad laboral a través de la información tecnológica*

Control of the Labor Activity through Technological Information

Felipe Miguel Carrasco Fernández**

RESUMEN

El capitalismo industrial se caracterizó por la existencia de una sociedad disciplinaria, la cual ha sido reemplazada en la actualidad por la sociedad de control. Esta misma está relacionada con la información-tecnología mediante la cual se vigila el espacio, el tiempo y los movimientos de los empleados para generar su autocontrol y lograr así un mayor desempeño y productividad en su jornada laboral.

En este trabajo, el objeto de análisis se concreta exclusivamente en el estudio de las relaciones laborales generadas en la iniciativa privada, excluyendo las relaciones laborales del sector gubernamental. El método utilizado se basa en la investigación documental de carácter deductivo e interpretativo de la normativa jurídica positiva mexicana.

El objetivo es analizar la ponderación de los derechos del empresario respecto a la vigilancia y control que ejerce el empleador en el trabajador en contrapeso a los derechos fundamentales inespecíficos de este, como es el derecho a la intimidad.

PALABRAS CLAVE: Vigilancia tecnológica, derechos fundamentales inespecíficos, derecho a la intimidad del trabajador, panóptico laboral, protección de datos del trabajador.

ABSTRACT

Industrial capitalism was characterized by the existence of a disciplinary society, which has now been replaced by the control society. The same is related to information-technology through which space, time and movements of employees are monitored to generate their self-control and thus achieve greater performance and productivity in their workday.

In this work, the object of analysis is specified exclusively in the study of labor relations generated in the private sector, excluding labor relations in the government. The method used is based on the documentary investigation of a deductive and interpretative nature of the Mexican positive legal regulations.

The Objective is to analyze the considerations of the rights of the employer with respect to the surveillance and control exercised by the employer over the worker against the counterweight of the nonspecific Fundamental Rights of the employer, such as the right to privacy.

KEY WORDS: Technological Surveillance, Nonspecific Fundamental Rights, Right to Privacy of the worker, Labor Panoptic, Protection of worker data.

* Artículo de investigación. Recibido el 3 de septiembre de 2018 y aceptado para su publicación el 16 de agosto de 2019.

** Profesor investigador en la Facultad de Derecho y Ciencias Jurídicas de la Universidad Popular Autónoma del Estado de Puebla, México. (carrasco.abogados@hotmail.com) orcid.org/0000-0003-2382-6772

FELIPE MIGUEL CARRASCO FERNÁNDEZ

SUMARIO

1. Impacto de las nuevas tecnologías en el trabajo
 - a) Panóptico laboral
 - b) Sociedad de control y tecnovigilancia del trabajador en el ámbito laboral
2. El poder de dirección de la empresa
 - a) Derechos fundamentales inespecíficos en el ámbito laboral
3. Derecho a la intimidad respecto a la vigilancia tecnológica en el ámbito laboral
 - a) Marco jurídico mexicano relativo al derecho a la intimidad del trabajador
4. Conclusión

1. Impacto de las nuevas tecnologías en el trabajo

En virtud de la relación entre tecnología y trabajo, los procesos de innovación tecnológica han creado nuevas actividades económicas y nuevos yacimientos del empleo. En consecuencia, existe un impacto en las relaciones laborales derivado de la introducción de la tecnología en el sector empresarial, toda vez que la tecnología contribuye a la actividad productiva de la empresa eliminando fuentes de empleo. Por otra parte, existe un incremento de la productividad de trabajo derivado de la incidencia de la tecnología digital y de la economía del conocimiento; como lo expone Torrent, “con una notable expansión de la creación de puestos de trabajo”.¹

Las transformaciones que asociamos a la globalización no pueden entenderse sin tener en cuenta el desarrollo tecnológico masivo que se produce en la totalidad de los ámbitos de la actividad económica. Para Rosenberg, “la tecnología nos marca los límites de lo posible, nos define lo que podrá hacerse y, por tanto, también aquello que no podrá realizarse”.²

La tecnología constituye un elemento importante en la configuración de las condiciones de vida y de trabajo; por lo tanto, las transformaciones tecnológicas afectan de distintas formas la actividad laboral. De acuerdo con Medina, “cualquier proceso de producción puede ser total o parcialmente automatizado, no solo en las grandes empresas sino también en las pequeñas o muy pequeñas,

¹ TORRENT-SELLENS, JOAN, “Cambio tecnológico digital sesgador de habilidades (e-sbrc), ocupación y salarios: un estado de la cuestión”, *Revista sobre la Sociedad del Conocimiento*, núm. 6, p. 2. [Consulta: 28 de marzo, 2018]. Disponible en: http://www.uoc.edu/uocpapers/6/dt/esp/dossier_tic_y_trabajo.pdf

² CAMINO BELDARRAIN, VICENTE, “Tecnología y globalización económica”, *Araucaria, Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, año 14, núm. 27, p. 102. [Consulta: 2 de julio, 2018]. Disponible en: http://alojoptico.us.es/Araucaria/nro27/monogr27_3.pdf

gracias al progresivo bajo costo que supone para las empresas incorporar microprocesadores y aplicaciones informáticas”.³

En relación con la nueva era que se origina entre la informática y las telecomunicaciones, Bencomo establece que esta “impone desafíos en el ámbito informacional, revolucionando, los modos de producir a nivel mundial, lo cual obviamente, provoca impactos en los actores de las relaciones laborales del sector”.⁴

Al respecto, Negroponte expresa que “La empresa mediatizada por las innovaciones tecnológicas ha informatizado sus procesos productivos, más aún ha privilegiado la producción de información por sobre los tangibles”.⁵ Así pues, esta tecnologización del proceso productivo también repercute en la forma habitual de desarrollar la prestación laboral. Como lo expresa Selma, “se flexibiliza la concreción horaria tradicional de la jornada de trabajo, el concepto de centro de trabajo difumina sus perfiles, y al mismo tiempo, se introducen formas de supervisión del trabajo tan estrictas, que pueden incluso repercutir sobre la intimidad de los trabajadores”.⁶

a) *Panóptico laboral*

En la actualidad, se presenta un proceso de entrada a la sociedad de control, que se podría considerar como la sucesión de la sociedad disciplinar (sociedad de vigilancia). El cambio inminente que experimentó nuestra sociedad se traduce en un sistema de mutaciones sustanciosas que delimitan cada tipo de sociedad. Como lo considera Garzón, “en la sociedad disciplinar se contaba con un sistema de círculos de encierro a través de los cuales pasaba el individuo (familia, colegio, instituto, fábrica y hospital), mientras que en la sociedad de control no hay división alguna ya que todo está interconectado en un sistema de proporciones geométricas de lenguaje numérico”.⁷

³ MEDINA CASTILLO, ENRIQUE, “Las nuevas tecnologías en las relaciones laborales. Del empleo a la participación en la innovación”, p. 8. [Consulta: 28 de junio, 2018]. Disponible en: file:///C:/Users/Propietario/Downloads/archivoPDF%20(2).pdf

⁴ Bencomo, Tania, “Las Innovaciones tecnológicas y su repercusión en el trabajo de los Comunicadores Sociales”. *Visión Gerencial*, Año 3, No 2, Vol. 3, Julio - Diciembre, 2004, [Consulta: 29 de junio, 2018], [Disponible en: <http://www.saber.ula.ve/bitstream/123456789/25071/2/articulo1.pdf>]

⁵ NEGROPONTE, NICHOLAS, *El mundo digital. El futuro ha llegado*, España, Ediciones B, 2000, p. 20. El autor pone de manifiesto que el nudo central para comprender la sociedad de la información pasa por reflexionar sobre la diferencia entre bits y átomos.

⁶ SELMA PENALVA, ALEJANDRA, “Las peculiaridades prácticas del Control en la Empresa”, p. 97. [Consulta: 29 de mayo, 2018]. Disponible en: <http://www.telework2010.tic.org.ar/papers/Pino%20Estrada%20spanish.pdf>

⁷ GARZÓN-GARCÍA, DAVID ENRIQUE, “Filosofía política: Vigencia de la Sociedad de Control de Michelle Foucault y análisis de la filosofía política de Gilles Deleuze”, *Universidad de la Sabana*. [Consulta: 28 de junio, 2018]. Disponible en: <http://personaybioetica.unisabana.edu.co/index.php/personaybioetica/article/view/2160/html>

FELIPE MIGUEL CARRASCO FERNÁNDEZ

La tecnología reglamentada en las sociedades disciplinarias, de los siglos XVIII a XIX, se creó acorde a la forma de producción, distribución y comercialización de bienes de la época. Es decir, el capitalismo, que se consolidó como industrial en el siglo XIX, donde el dueño del medio de producción era el capitalista-burgués. Como lo expone Giménez, el capitalismo, para poder vigilar, controlar, corregir —y castigar—, “necesitaba de grandes espacios de encierro organizados por la institución madre de todas las demás (familia, hospital, cárceles, escuela, etc.), el Estado, institución que regula las relaciones sociales de los sujetos, construyendo modos de existencia relacionados en este caso a formas de racionalidad, técnicas e instrumentaciones a través de la cuales es ejercida: la vigilancia, el control, la corrección”.⁸

Para Foucault, el proyecto del panóptico surgido de la arquitectura hospitalaria y carcelaria del siglo XVIII tiene su base en visualizar a los individuos y sus cuerpos; es decir, a través de la mirada, se puede observar al individuo. Este sistema relacionado a la videovigilancia institucionalizada en centros de trabajo, hoy día, corresponde a dicha mirada, mediante la utilización de la tecnología. El panóptico también es un dispositivo que produce cuerpos dóciles, pues la incertidumbre que produce una vigilancia perpetua permite modificar el comportamiento e intentar encauzar la conducta desviada.

El panóptico implica una implantación de los cuerpos en el espacio creado para tales fines. Para Rojas, “los sistemas de videovigilancia que velan por la seguridad tanto en el terreno físico como en el virtual mantienen el circuito de la vigilancia y control y pueden orientar el tipo de comportamientos que se deseen”.⁹

La sociedad de la vigilancia propuesta por Foucault podría llamarse también sociedad panóptica y se caracteriza por reproducir la estructura y funcionamiento del poder económico, político, social y cultural. Para García, la sociedad panóptica “es un símil de una prisión ideada por el arquitecto J. Bentham y que retoma Foucault en su esbozo social, donde la prisión tiene como finalidad maximizar la eficacia y minimizar la economía del sistema carcelario con el propósito de domesticar las almas”.¹⁰

10

⁸ GIMÉNEZ, EMA, “¿Cómo es nuestra cultura del trabajo en la nueva sociedad de control? Reflexiones sobre las transformaciones tecno-culturales de finales del siglo XX en la pequeña Europa Argentina”. [Consulta: 28 de junio, 2018]. Disponible en: <https://medium.com/@emanuelgimenez/c%C3%B3mo-es-nuestra-cultura-del-trabajo-en-la-nueva-sociedad-de-control-ef72bde75634>

⁹ ROJAS, JESÚS, “Mecanismos de videovigilancia en la sociedad de la información”, *uoc Papers, Revista sobre la Sociedad del Conocimiento*, núm. 5. [Consulta: 29 de abril, 2018]. Disponible en: <http://www.uoc.edu/uocpapers/5/dt/esp/rojas.pdf>

¹⁰ GARCÍA JIMÉNEZ, RICARDO, “El Panoptismo: Nuevas formas de control social”, *Contribuciones a las Ciencias Sociales*, diciembre 2009. [Consulta: 4 de julio, 2018]. Disponible en: <http://www.eumed.net/rev/cccss/06/rgj2.ht>

La sociedad de la cuarta revolución industrial transita de la sociedad de la información a la sociedad de control. Esto se debe al incremento en los sistemas de verificación y vigilancia en las relaciones laborales a través de la innovación tecnológica, con lo cual se crea un sistema panóptico laboral.

El control del sujeto se traduce en una ocupación mediada tecnológicamente de lo íntimo y lo público. Para Hardt y Negri, “esta ocupación de la vida cotidiana tanto en el espacio físico como en el virtual implica una transgresión que es asumida como forma natural de la existencia bajo el argumento discursivo de la seguridad”.¹¹

El capitalismo industrial se caracterizó por la existencia de la sociedad disciplinaria. En la actualidad, esta es reemplazada por la sociedad de control y en consecuencia la vigilancia está relacionada a la tecnología a través de la cual se controla el espacio, el tiempo y los movimientos de los empleados. Aunado a ello, la sociedad de control logra generar el concepto de autocontrol de los empleados, toda vez que se saben vigilados a través de mecanismos tecnológicos y de *software* para generar un mayor desempeño y productividad en su jornada laboral.

La principal diferencia que presenta el concepto de sociedad de seguridad disciplinaria respecto de la sociedad de control es que las tecnologías de información surgen como dispositivos de poder y, tal como señala Deleuze, son las sociedades de control las que están reemplazando a las sociedades disciplinarias. Las primeras incorporan las tecnologías de información y comunicación que pueden operar a distancia de forma omnipresente y silenciosa. Como explica Montiel, “ejerce su poder gracias a las tecnologías de acción a distancia de la imagen, del sonido y de los datos, que funcionan como máquinas de modular las relaciones laborales”.¹²

b) Sociedad de control y tecnovigilancia del trabajador en el ámbito laboral

La vigilancia tecnológica ha propiciado el análisis de los derechos de intimidad del empleado, debido a que esta puede ser invasiva en el desempeño del trabajo. Marquis considera que la proliferación de distintos dispositivos electrónicos de vigilancia abarca un amplio catálogo, “desde simples detectores de metal hasta

¹¹ RICAURTE QUIJANO, PAOLA, NÁJERA, JACOBO y ROBLES MALOOF, JESÚS, “Sociedades de control: Tecnovigilancia de Estado y resistencia civil en México”, *Teknokultura, Revista de Cultura Digital y Movimientos Sociales*, vol. 11, núm. 2. [Consulta: 28 de mayo, 2018]. Disponible en: <http://teknokultura.net/index.php/tk/article/view/224/pdf>

¹² MONTIEL, JHONATÁN, “Dispositivos móviles en las sociedades de control: Relaciones invisibles y sigilosas”. [Consulta: 29 de junio, 2018]. Disponible en: <http://redcomunicacion.org/wp-content/uploads/2017/08/Montiel-Dispositivos-m%C3%B3viles-en-las-sociedades-de-control-Relaciones-invisibles-y-sigilosas.pdf>

FELIPE MIGUEL CARRASCO FERNÁNDEZ

escáneres, pasando por sistemas de reconocimiento del iris ocular, sensores térmicos, circuitos de televisión, que recientemente han sido reforzados con el desarrollo de variados sistemas y equipos biométricos”,¹³ así como tecnología GPS y de tarjetas RFID.

La vigilancia en los centros laborales es especialmente efectiva porque es reflexiva; es decir, la gestión controla tanto a los trabajadores como a sí misma. Para Godina, “la difusión de las nuevas tecnologías de la información en lugares de trabajo no solo ha aumentado notablemente el poder de la vigilancia disciplinaria, sino que también ha intensificado la capacidad reflexiva de la gestión para controlar su propia actuación y tomar las medidas más apropiadas para mejorar su eficacia”.¹⁴

El hecho de que la vigilancia sea invisible —es decir, que las personas observadas no puedan determinar si están siendo observadas o no— “hace que el comportamiento individual sea controlado incluso cuando no se vigila”, según Castellero.¹⁵ A la sociedad de control le es inherente el vínculo con la informática. Maya considera que estas “operan sobre máquinas informáticas y ordenadores”.¹⁶ De Giorgi, agrega que las tecnologías de poder en la sociedad de control “exhiben una orientación hacia el control del acontecimiento y los equilibrios inestables del orden social, particularmente aquellos vinculados con una fuerza de trabajo”.¹⁷

Es importante analizar el impacto que tienen las nuevas tecnologías de información y comunicación en las relaciones laborales, en virtud de la gran implementación de instrumentos y medios de supervisión para que el empleado ejecute su trabajo a partir de los diversos mecanismos aplicados por parte del patrón. Tal es el caso de la reproducción de imagen, de sonido, el control a distancia, las etiquetas de identificación y los controles biométricos, entre otros.

¹³ ARTEAGA BOTELLO, NELSON, “Video-vigilancia del espacio urbano: Tránsito, seguridad y control social”, *Andamios, Revista de Investigación Social*, vol. 7, núm. 14. [Consulta: 28 de junio, 2018]. Disponible en: <http://www.redalyc.org/pdf/628/62819897011.pdf>

¹⁴ GODINA HERRERA, CÉLIDA, “El Panóptico Moderno”, *Revista de Filosofía*. [Consulta: 25 de junio, 2018]. Disponible en: <http://serbal.pntic.mec.es/~cmunoz11/godina46.pdf>

¹⁵ CASTILLERO MIMENZA, OSCAR, “La teoría del panóptico de Michel Foucault sobre cómo el poder político y económico nos controla sin que seamos capaces de advertirlo”. [Consulta: 5 de julio, 2018]. Disponible en: <https://psicologiymente.net/social/teoria-panoptico-michel-foucault>

¹⁶ MAYA FRANCO, CLAUDIA MARÍA, “Las relaciones de poder en el contexto de las sociedades de control. Propuesta de una perspectiva para el análisis de la interacción virtual”. [Consulta: 29 de junio, 2018]. Disponible en: www.redalyc.org/pdf/4915/491549026004.pdf

¹⁷ TORRES APABLAZA, IVÁN, “Inflexiones foucaulteanas sobre la sociedad de control”. [Consulta: 5 de julio, 2018]. Disponible en: www.biopolitica.unsw.edu.au/sites/all/files/publication_related_files/11torres

2. El poder de dirección de la empresa

El poder de dirección del patrón tiene una doble dimensión; como lo expone Montoya, “una dimensión general (como poder organizar laboralmente a la empresa) y singular (como poder ordenar las prestaciones de los trabajadores individuales)”.¹⁸ Como consecuencia lógica del poder de dirección del empleador, que conforma una de las facultades jerárquicas que el ordenamiento jurídico le atribuye, surge la facultad de control. Si este tiene el poder de emitir directivas al trabajador, necesariamente debe tener la posibilidad de controlar la debida ejecución de las órdenes impartidas. De acuerdo con Grisolia, se reconocen tres tipos de controles: “1) control sobre la prestación del trabajo verificando la producción y el modo de efectuarlo y sobre la asistencia y puntualidad del trabajador; 2) controles de salida con el fin de evitar la sustracción de mercaderías o materias primas y, 3) control médico, que se manifiesta en una cantidad determinada de posibilidades”.¹⁹

El control del empleador sobre el trabajador ha sido potenciado por las nuevas tecnologías aplicadas a viejos o nuevos sistemas de monitoreo. Entre los instrumentos de control más conocidos, según Raso, “podemos enumerar cámaras filmadoras, cámaras fotográficas, micrófonos, teléfonos celulares, localizadores GPS en vehículos y en el personal (como pulseras), registros de huellas digitales o de las manos, sistemas cerrados de televisión, *software* para medir presión arterial mientras se trabaja en la computadora, monitoreo a través de *software* para vigilar la actividad laboral del trabajador.”²⁰

Llamosas considera que “se han enlazado, de formas prácticamente impecables las herramientas de trabajo con las herramientas de control, modulando los derechos individuales de los trabajadores, lo que a su vez supone un reto para el derecho del trabajo y el ordenamiento jurídico.”²¹

Respecto a la incorporación de estas nuevas tecnologías en el ámbito laboral, algunos consideran que facilita su objetivo, sin embargo, el poder de dirección del patrón también le permite percibir, digitalizar y almacenar los

¹⁸ MONTOYA MELGAR, ALFREDO, “El poder de dirección del empresario en las estructuras empresariales complejas”. [Consulta: 15 de mayo, 2018]. Disponible en: file:///C:/Users/Propietario/Downloads/31%20(1).pdf

¹⁹ GRISOLIA, JULIO ARMANDO y HIERREZUELO, RICARDO DIEGO, “Las facultades de control del empleador y las nuevas tecnologías”. [Consulta: 27 de junio, 2018]. Disponible en: http://www.adapt.it/boletinespanol/docs/ar_grisolia_control_tecnologia.pdf

²⁰ RASO DELGUE, JUAN, “Nuevas tecnologías: Conflictos entre el interés de la empresa y la vida privada del trabajador”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 2, núm. 1. [Consulta: 20 de junio, 2018]. Disponible en: http://ejcls.adapt.it/index.php/rldc_adapt/article/view/181

²¹ LLAMOSAS TRAPAGA, AIDA, “Nuevas Tecnologías de la Información y Comunicación; Poder de control y Derechos Fundamentales”, *Revista de Derechos Fundamentales*, núm. 7. [Consulta: 14 de junio, 2018]. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4016735>

FELIPE MIGUEL CARRASCO FERNÁNDEZ

movimientos durante la jornada laboral del empleado. Por lo tanto, el concepto de subordinación y la prestación del servicio tiene una redefinición, en virtud de que no es necesario que sea presencial, sino que puede ser a distancia y, como lo expone Llamosas, “resulta evidente que se ha producido un cambio cualitativo sustancial respecto del ejercicio del control a través de los medios tradicionales y ahora se realiza a través de las nuevas herramientas informáticas”.²² Estas actualmente son el medio idóneo para que el patrón ejerza el poder de verificación y control del empleado, en relación con el trabajo encomendado durante sus labores.

Es importante resaltar que los trabajadores no pierden los derechos que les asisten como personas, independientemente del poder o facultad de la empresa de organizar y supervisar su desempeño laboral durante la jornada de trabajo. Por lo tanto, el ejercicio del poder de control puede orientarse de dos maneras: a) mediante la implantación de una serie de límites jurídicos de carácter genérico para poder, de alguna forma, restringir ciertos comportamientos por parte del empresario; b) se puede establecer una serie de instrucciones para fijar la forma en que debe ejercerse dicho poder.

El poder directivo encuentra en las nuevas tecnologías un instrumento clave para mejorar la efectividad de la organización y el rendimiento del trabajador, cuya actividad se ve facilitada con la utilización de las herramientas de trabajo adaptadas a las nuevas tecnologías. Como lo expone Avilés, “el empleo abusivo de instrumentos tecnológicos de trabajo supone para el empleador un daño económico, concretado en el tiempo que el trabajador dedica a cuestiones distintas y ajenas a las propiamente laborales”.²³

Es a través de la facultad de control empresarial donde se suscitan conflictos de carácter jurídico, pues la tecnología permite al empleador supervisar en forma simultánea el desempeño del trabajador durante sus labores, así como almacenar la información en soportes informáticos. De este modo, se pueden contravenir los derechos de los trabajadores, los cuales deben ser respetados para que dicha supervisión sea lícita y apegada a derecho. Es así como los métodos más tradicionales, propios del sistema de producción fordista —basados en la vigilancia personal, directa e inmediata en la ejecución del trabajo—, son paulatinamente desplazados conforme avanza la implantación de medios

²² LLAMOSAS TRAPAGA, AIDA, “Nuevas Tecnologías de la Información y Comunicación; Poder de control y Derechos Fundamentales”, *Revista de Derechos Fundamentales*, núm. 7. [Consulta: 14 de junio, 2018]. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4016735>

²³ FERNÁNDEZ AVILÉS, JOSÉ ANTONIO Y RODRÍGUEZ-RICO ROLDÁN, VICTORIA, “Nuevas tecnologías y control empresarial de la actividad laboral en España”, *LaBour & LawIssues*, vol. 2, núm. 1. [Consulta: 28 de mayo, 2018]. Disponible en: [file:///C:/Users/Propietario/Downloads/6197-18415-1-PB%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Propietario/Downloads/6197-18415-1-PB%20(1).pdf)

tecnológicos que permiten un control más penetrante, incisivo, continuo y exhaustivamente panorámico.

Es imperativo analizar la facultad de dirección y control del empleador a la luz de la relación jurídica laboral. Para Méndez, la respuesta debería ser “la identificación de aquellas nuevas facultades de dirección y control del empleador, derivadas del contrato de trabajo, así como la determinación del nuevo contenido de algunos otros derechos de idéntico tipo, de cuya existencia da fe la legislación del trabajo actual, como los límites que dicha facultad reconoce a la luz de los principios generales del derecho del trabajo clásico”.²⁴

La creciente presencia de los medios tecnológicos en todos los ámbitos de la sociedad ha provocado conflictos en el seno de las empresas por su uso personal. Por su parte, la imprecisión legislativa laboral genera incertidumbre acerca de cuáles son las pautas y los comportamientos que se han de observar.

a) Derechos fundamentales inespecíficos en el ámbito laboral

El derecho del trabajo ha asumido una nueva tarea: el reconocimiento y la protección de aquellos derechos que fueran llamados por la doctrina comparada como derechos laborales inespecíficos. Esto es, como lo expone Palomeque, “aquellos otros derechos constitucionales de carácter general y, por ello, no específicamente laborales que pueden ser ejercidos; sin embargo, por los sujetos de las relaciones de trabajo (los trabajadores en particular en el ámbito de las mismas”.²⁵

En relación con los actuales derechos fundamentales inespecíficos (intimidad, integridad, libertad de expresión, no discriminación), atribuidos al trabajador en su calidad de ciudadano, Ugarte considera que “han permitido al derecho del trabajo garantizar al interior de las empresas un trato digno y acorde con un miembro de una sociedad democrática”.²⁶

Durante algunas décadas, en diversos países de Latinoamérica, el derecho laboral se construyó al positivismo jurídico de una legislación garantista de mínimos de derechos, los cuales quedaron rebasados ante la globalización y los nuevos escenarios de una ciudadanía. Ejemplo de ello son los trabajadores, cuya ciudadanía exige el respeto de sus derechos inespecíficos, como son la

²⁴ MÉNDEZ FILLEUL, RODRIGO, “La Facultad de dirección y control del empleador en la relación jurídica digital: Contenido, alcance y límites. El Estado de situación en Argentina”, *Ponencia en Congreso Internacional Innovación Tecnológica y Futuro del Trabajo*. Santiago de Compostela, España, 2018, p. 20.

²⁵ PALOMEQUE, MANUEL, *Los derechos laborales en la Constitución Española*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 51.

²⁶ UGARTE CATALDO, JOSÉ LUIS, “La tutela de Derechos fundamentales y el Derecho del trabajo: De erizo a zorro”. [Consulta: 29 de mayo, 2018]. Disponible en: <http://www.scielo.cl/pdf/revider/v20n2/art03.pdf>

FELIPE MIGUEL CARRASCO FERNÁNDEZ

intimidad, la integridad, la libertad de expresión en las relaciones laborales y la no discriminación. Por tal motivo, Dueñas considera que “para salvar la desnaturalización del derecho del trabajo se precisa de la superación de intocables axiomas que perviven en el pensamiento económico contemporáneo como el que vincula la rigidez de la legislación laboral”.²⁷ Por lo tanto, es necesaria la adaptación de la normativa jurídica laboral a los cambios tecnológicos y particularmente a los derechos laborales inespecíficos de los empleados.

En la actualidad, el derecho del trabajo debe adaptarse a las nuevas perspectivas y desafíos de la sociedad de control para reglamentar en forma específica los derechos laborales inespecíficos de los trabajadores. Ugarte considera “que implica enfrentar desafíos en distintas perspectivas y dimensiones: desde los clásicos problemas de las condiciones salariales y de trabajo hasta el ingreso de los derechos fundamentales inespecíficos a la fábrica”.²⁸

El nuevo paradigma constitucional es la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, o sea que los particulares argumentan en contra de otros en el ámbito de sus relaciones privadas los derechos subjetivos públicos. Ejemplo de ello es el derecho a no ser discriminado, la libertad de opinión y el derecho a la intimidad.

3. Derecho a la intimidad respecto a la vigilancia tecnológica en el ámbito laboral

Como expone Celis: etimológicamente, la palabra intimidad proviene del latín “*intus*”, que da idea de algo interior, algo recóndito, profundo del ser y por lo mismo oculto, escondido, de manera tal que podemos decir que se trata de un ámbito individual de existencia personal”.²⁹

El Diccionario de la Real Academia Española establece que el derecho a la intimidad es “el derecho a disfrutar de un ámbito propio y reservado para desarrollar una vida personal y familiar plena y libre, excluido tanto del conocimiento como de las intromisiones de terceros”.³⁰

²⁷ DUEÑAS HERRERO, LAURENTINO, “La necesaria recuperación del Dialogo Social para abordar la regulación del impacto de las nuevas tecnologías en los Derechos de los trabajadores”, *Ponencia en Congreso Internacional Innovación Tecnológica y Futuro del Trabajo. Santiago de Compostela*, España, 2018, p. 20.

²⁸ UGARTE CATALDO, JOSÉ LUIS, “La tutela de Derechos fundamentales y el Derecho del trabajo: De erizo a zorro”. [Consulta: 29 de mayo, 2018]. Disponible en: <http://www.scielo.cl/pdf/revider/v20n2/art03.pdf>

²⁹ CELIS QUINTAL, MARCOS ALEJANDRO, “La protección de la intimidad como Derecho fundamental de los mexicanos”, *Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2253/9.pdf>

³⁰ Real Academia Española, “Derecho a la intimidad”, *Diccionario del español jurídico*. Disponible en: <https://dej.rae.es/lema/derecho-a-la-intimidad>

Por su parte, Méjan define a la intimidad como “el conjunto de circunstancias, cosas, experiencias, sentimientos y conductas que un ser humano desea mantener reservado para sí mismo, con libertad de decir a quién le da acceso al mismo según la finalidad que persiga; que impone a todos los demás la obligación de respetar y que solo puede ser obligado a develar en casos justificados cuando la finalidad perseguida por la revelación sea lícita”.³¹

El trabajador no solo goza de derechos laborales en sentido estricto, esto es, derechos específicos inherentes a su condición de trabajador, que despliegan efectos concretos en el ámbito de las relaciones laborales. También es titular de los comúnmente denominados derechos de la persona, a los cuales, desde luego, no renuncia por constituir parte contractual de la relación jurídica de trabajo. Por tanto, los derechos fundamentales cuentan con plena efectividad también en el contexto laboral. En consecuencia, Fernández señala que “se trata de derechos fundamentales inespecíficos, definidos como aquellos reconocidos a toda persona (caracterizados por su universalidad, indisponibilidad y reconocimiento expreso en la norma constitucional) y que son ejercitados por los trabajadores en el marco de la relación laboral, convirtiéndose en verdaderos derechos laborales por razón de los sujetos y de la relación jurídica en que se hacen valer”.³²

En este sentido, el derecho de intimidad de los trabajadores se enfrenta a una insuficiencia regulatoria por parte del ordenamiento jurídico laboral mexicano. Así, se encuentran resquicios respecto a la utilización de instrumentos tecnológicos que permiten al empresario ejercer control sobre los trabajadores, durante su jornada laboral y extra laboral. Respecto a este problema, Guizio distingue entre dos grandes categorías: “la violación de la privacidad físico-espacial del trabajador y la indagación en la vida privada o interioridad del trabajador”.³³

Las empresas están resolviendo la problemática de imprecisión de normativa jurídica respecto al derecho de intimidad de los trabajadores en el ámbito laboral, a través de códigos éticos de conducta unilaterales que constituyen una manifestación del poder empresarial de dirección y vigilancia en las relaciones laborales y que son admitidas en diversos países iberoamericanos por los ordenamientos jurídicos. La justificación del sector empresarial para usar tecnovigilancia en las relaciones laborales reside en el concepto de eficacia

³¹ ESTRADA AVILÉS, JORGE CARLOS, “El Derecho a la Intimidad y su necesaria inclusión como garantía individual”. Disponible en: <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Congreso/pdf/86.pdf>

³² FERNÁNDEZ AVILÉS, JOSÉ ANTONIO y RODRÍGUEZ-RICO ROLDÁN, VICTORIA, “Nuevas tecnologías y control empresarial de la actividad laboral en España”, *LaBour & Law/Issues*, vol. 2, núm. 1. [Consulta: 28 de mayo, 2018]. Disponible en: [file:///C:/Users/Propietario/Downloads/6197-18415-1-PB%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Propietario/Downloads/6197-18415-1-PB%20(1).pdf)

³³ UGARTE CATALDO, JOSÉ LUIS, “La tutela de Derechos fundamentales y el Derecho del trabajo: De erizo a zorro”. [Consulta: 29 de mayo, 2018]. Disponible en: <http://www.scielo.cl/pdf/revider/v20n2/art03.pdf>

FELIPE MIGUEL CARRASCO FERNÁNDEZ

y rentabilidad; control de calidad en la prestación del servicio laboral y a los clientes, así como preservar bienes de la empresa. Por lo tanto, se debe cumplir con una legislación que, por una parte, permita al empresario lograr dicha finalidad y, por otra, garantice a los trabajadores el respeto de sus derechos fundamentales inespecíficos en el ámbito laboral.

a) Marco jurídico mexicano relativo al derecho a la intimidad del trabajador

La proyección de las nuevas tecnologías sobre las relaciones laborales individuales plantea un mismo orden de cuestiones. Siguiendo a Cardona, estas pueden sintetizarse en “a) límites del uso extra-laboral de los medios informáticos por los trabajadores; b) facultad de vigilancia y control empresarial de dicho uso”.³⁴

El derecho a la intimidad se encuentra consagrado en diversos instrumentos internacionales como son la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en su artículo 12; así como en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículos 17 y 19; la Convención Americana de Derechos Humanos, artículos 12 y 13. Dichos instrumentos se encuentran ratificados por México. De igual manera, ese derecho lo encontramos en la Convención de Roma, en la Declaración de los Derechos y Libertades Europea, y en la Carta Africana de los Derechos del Hombre.

La Constitución Política Mexicana no establece en forma expresa el derecho a la intimidad, pero algunos preceptos legales la contienen, aunque no en forma explícita, como en el caso de los artículos 6 y 16.

El dictamen 55 del Repertorio de Recomendaciones Prácticas de la OIT (Organización Internacional del Trabajo) ofrece una orientación sobre las actividades que constituyen una forma de control legítimo y aceptable respecto de la vigilancia de los trabajadores por parte del empleador. Es necesario reconocer que se deben conciliar los derechos e intereses legítimos del empleador y su derecho a administrar la empresa con el derecho a la intimidad de los trabajadores en el centro de trabajo. En dicho documento se entiende que, para considerar que una actividad de control sea legal y se justifique, se deben respetar los siguientes principios: necesidad, finalidad, transparencia, legitimidad, proporcionalidad, exactitud y conservación de los datos y seguridad.³⁵

³⁴ CARDONA RUBERT, MARÍA BELÉN, “Las relaciones laborales y el uso de las tecnologías informáticas”, *Revista de Relaciones Laborales*, núm. 1. [Consulta: 5 de julio, 2018]. Disponible en: [file:///C:/Users/Propietario/Downloads/Dialnet-LasRelacionesLaboralesYElUsoDeLasTecnologiasInform-786247%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Propietario/Downloads/Dialnet-LasRelacionesLaboralesYElUsoDeLasTecnologiasInform-786247%20(1).pdf)

³⁵ Para una mayor explicación del significado de estos principios se recomienda leer las directiva antes citadas, así como conocer sus alcances en el ámbito de los centros de trabajo.

Respecto al deber de informar al empleado que será objeto de vigilancia y monitoreo durante el desempeño de su relación laboral a través de diversos medios de tecnologías de información y comunicación, Vargas manifiesta: “La conducta mundial en cuanto a la interpretación legislativa y jurisprudencial tiende a permitir el monitoreo, pero con total consentimiento del empleado por intermedio de políticas de seguridad de sistemas y de información o por el mismo contrato de trabajo”.³⁶

El hecho de que los empleadores adoptaran estas ideas con observancia de las directrices mundiales, en especial de la OIT, sería un significativo paso para asegurar el respeto de los límites del derecho a la intimidad del trabajador, en ponderación del derecho de vigilancia del empleador. Ante la imprecisión de la normativa legal laboral mexicana, se ha tenido que utilizar la interpretación de la legislación de protección de datos personales para que sean los tribunales los que se aboquen a establecer pautas de adecuación entre estos nuevos sistemas y los derechos fundamentales (inespecíficos). Debido a lo anterior, se obliga a los tribunales a una labor cuasilegislativa para resolver las controversias laborales.

El avance en el desarrollo de las tecnologías de monitoreo laboral, como son los controles de acceso, el desplazamiento por vectores ópticos, la videovigilancia laboral, la lectura de contenidos en las computadoras y de los correos electrónicos, entre otros, han generado diversas formas de supervisión por parte del patrón que hace valer el derecho de dirección, vigilancia, control y supervisión de la relaciones laborales. Como lo plantea Krotoschin, “la protección de la personalidad moral del trabajador frente a las nuevas tecnologías de supervisión debe referirse exclusivamente a aspectos relacionados con el trabajo; el basamento del ejercicio del derecho del empleador es el control de la productividad de la empresa y resulta evidente que salvo supuestos especiales lo ajeno a lo laboral no puede legitimar la función de control”.³⁷

En los últimos tiempos se han ampliado sustancialmente los instrumentos de control de la prestación laboral, como consecuencia de la utilización de las nuevas tecnologías de información y comunicación, los mecanismos de reproducción de la imagen y sonido, y los controles biométricos o a distancia (por ejemplo, mediante el uso de GPS). Estas nuevas formas de vigilancia expanden extraordinariamente las posibilidades de control, tornando obsoletos los sistemas tradicionales. En opinión de Desdentado Bonete, estas “plantentan dudas

³⁶VARGAS BASILIO, AISLAN, “Perspectiva ética del monitoreo electrónico en el ámbito empresarial”, en *Derecho Informático Empresarial*, México, Editorial Popocatépetl, 2013, p. 55.

³⁷KROTOSCHIN, ERNESTO, “El Derecho a la intimidad en el ámbito laboral”. [Consulta: 4 de julio, 2018]. Disponible en: <http://www.losrecursoshumanos.com/el-derecho-a-la-intimidad-en-el-ambito-laboral/>

FELIPE MIGUEL CARRASCO FERNÁNDEZ

de constitucionalidad por la posible afectación de los derechos fundamentales de los trabajadores a la intimidad”.³⁸

Los órganos judiciales aceptan la utilización de las nuevas tecnologías como medio para el control de la prestación de servicios por parte de los trabajadores, al considerarlas como una prolongación de un órgano humano. La problemática relativa a la colisión entre la vigilancia empresarial y el derecho a la intimidad del trabajador es de orden material, vinculada al alcance del poder de control del empresario en la ejecución de la prestación laboral.

La Constitución Política Mexicana reconoce los convenios de la Organización Internacional del Trabajo como normas internacionales, por lo tanto, tienen aplicación en nuestro país. La Ley Federal del Trabajo establece en su artículo 6 que los tratados celebrados en términos del precepto legal antes invocado serán aplicables a las relaciones de trabajo en lo que beneficia al trabajador. Por ello, a falta de disposición expresa en la Constitución mexicana, se tomarán en cuenta los tratados internacionales y prevalecerá la interpretación más favorable al trabajador en términos de lo dispuesto en los artículos 16 y 18 de la Ley Federal del Trabajo.

Las prohibiciones a los patrones se encuentran establecidas en el artículo 133 de dicha ley. Sin embargo, no hay referencia alguna a la prohibición de la implementación de vigilancia por parte del patrón en relación con las actividades laborales y la jornada del empleado. Por lo tanto, nos encontramos ante la omisión por parte del legislador del reconocimiento expreso en el ordenamiento jurídico laboral mexicano de los derechos de intimidad de los trabajadores durante el desempeño de su trabajo en relación con el patrón.

El artículo 134 de la ley laboral no establece como prohibición a los patrones la posible violación del derecho de intimidad del trabajador ante la utilización de tecnología informática en el control y supervisión de la actividad del empleado durante su jornada de trabajo.

En la jurisprudencia mexicana no se encuentran antecedentes respecto a las nuevas tecnologías emergentes como son la utilización de GPS en el ámbito laboral, el monitoreo a través de *software* durante la relación laboral, el uso de tarjetas de radiofrecuencia por parte del trabajador y el respeto a su derecho de intimidad cuando es supervisado por parte del patrón a través de esta tecnología.

Ante la imprecisión legislativa laboral antes descrita, se debe recurrir a la interpretación jurídica de la Ley de Protección de Datos Personales en Posesión

³⁸ LÓPEZ ANIORTE, MARÍA DEL CARMEN, “Límites constitucionales al ejercicio del poder directivo empresarial mediante el uso de las TIC y otros medios de vigilancia y seguridad privada en el ordenamiento jurídico español”, *Revista Policía y Seguridad Pública*, noviembre 2013 - junio 2014. [Consulta: 10 de julio, 2018]. Disponible en: <https://www.lamjol.info/index.php/RPSP/article/view/1554>

de Particulares que establece en su artículo 2 quiénes son los sujetos regulados por la misma. Entre estos, se menciona a las personas jurídicas y morales de carácter privado, como puede ser el patrón, persona física o moral, en donde se genera la relación laboral.

Los datos de los trabajadores son almacenados en una base, de la cual es responsable el patrón. Tales datos van a estar relacionados desde su inicio con aspectos del empleado respecto de su relación laboral, por lo cual es necesario determinar si durante esta el patrón tiene la facultad de realizar vigilancia y supervisión a través de medios tecnológicos para verificar el cumplimiento de las tareas encomendadas al empleado. En este sentido, la facultad de mando del empleador no necesita el consentimiento del trabajador para poder verificar que la tareas asignadas durante el tiempo de jornada de trabajo se están cumpliendo con los requisitos, formas y estándares indicados por el primero.

Toda vez que no es necesario el consentimiento del trabajador para el tratamiento de sus datos personales, aun cuando esté involucrado su derecho a la imagen, se expone a continuación el fundamento de la problemática. El artículo 10 fracción IV, de la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de Particulares a la letra dice: “No será necesario el consentimiento para el tratamiento de los datos personales cuando: IV. Tenga el propósito de cumplir obligaciones derivadas de una relación jurídica entre el titular y el responsable”.

Por lo tanto, el derecho que le asiste al patrón de verificar a través de diversos dispositivos de tecnología de información y comunicación u otros medios aportados por la ciencia se encuentra derivado del poder de dirección y vigilancia del patrón a los empleados. El precepto antes citado constituye el fundamento legal de que no es necesario el consentimiento previo del trabajador, pues la finalidad de la vigilancia tecnológica por parte de la empresa es verificar el cumplimiento de las obligaciones del empleado. Este razonamiento aplica a la vigilancia ejercida por el patrón a través de cualquier medio electrónico, óptico, sonoro, visual o a través de cualquier otra tecnología.

La empresa no está obligada a cancelar los datos personales en virtud de lo establecido en el artículo 26 fracción I y VI de la Ley de Protección de Datos citada que a la letra dice: “El responsable no está obligado a cancelar los datos personales cuando: I. Se refiera a las partes de un contrato privado, social o administrativo y sean necesarios para su desarrollo y cumplimiento. VI. Sea necesario para cumplir con una obligación legalmente adquirida por el titular”.

En consecuencia, se interpreta que el trabajador está vinculado al empleador a través del contrato o relación de trabajo y la supervisión. Así, la vigilancia

que realiza el empleador es para verificar el cumplimiento de la obligación adquirida por el trabajador durante su jornada laboral.

Es importante resaltar que algunas empresas han tratado de establecer un sistema de autorregulación a través de códigos deontológicos o de buena práctica, como empresas socialmente responsables ante la imprecisión legislativa laboral del tema que nos ocupa. El sector empresarial ha establecido estas directrices con la finalidad de dar certeza jurídica tanto a las organizaciones colectivas de trabajadores, por ejemplo, los sindicatos, así como a los trabajadores mismos. Estas directrices tienen su fundamento jurídico en el derecho mexicano a través del artículo 44 de la citada Ley Federal de Protección de Datos Personales.

La vigilancia tecnológica ejercida por el empleador permite ubicar a una persona física identificable. Así, la identidad del trabajador se puede determinar en forma directa o indirecta a través de la vigilancia tecnológica que obra en soportes físicos o electrónicos en forma de video, en medio sonoro, entre otros, con la finalidad de verificar el cumplimiento de sus obligaciones laborales.

Es necesario resaltar que el Reglamento de la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares en México establece que este no será aplicable a la información cuando se derive de personas físicas que prestan sus servicios a alguna persona física o moral con alguna actividad empresarial, y se refiere a datos generales en materia laboral en relación con el trabajador. Asimismo, el artículo 6 de dicho reglamento considera que, cuando el tratamiento tenga como objetivo cumplir con una obligación derivada de una obligación jurídica, no se considera para uso exclusivamente personal.

Como se puede observar, es necesaria la interpretación jurídica de la Ley de protección de datos personales y su reglamento para aplicarlo a las relaciones laborales, ya que la legislación laboral mexicana no contempla un capítulo específico respecto al derecho de intimidad de los trabajadores en sus relaciones laborales y, en forma específica, en relación con la vigilancia tecnológica durante la jornada laboral. Por lo tanto, es necesario crear un capítulo expreso en dicha ley, para que regule lo antes descrito.

En consecuencia, se propone adicionar, en el artículo 134 de la ley laboral respecto a las obligaciones de los patrones, una fracción en la que se establezca la obligación del patrón de respetar el derecho de intimidad de los trabajadores. Asimismo, se sugiere adicionar en el artículo 135, de la citada ley laboral, una fracción mediante la cual se prohíba a los patrones violar el derecho de intimidad de los trabajadores mediante la vigilancia tecnológica ejercida por estos.

Por lo tanto, las empresas han optado por la autorregulación a través de códigos deontológicos de prácticas profesionales y en su mayoría han establecido que debe avisarse al sindicato de trabajadores o a estos últimos que

durante el desempeño de su relación de trabajo serán sujetos de supervisión y vigilancia tecnológica. Esto último, incluye verificar y monitorear, ya sea el correo electrónico o la videovigilancia; la instalación de cámaras en el área de trabajo o en el vehículo, así como instalación de GPS, entre otros. Es importante resaltar que esta autorregulación y aviso que realice la empresa al empleado no es obligatoria en la normativa jurídica mexicana, derivado de los preceptos legales antes citados.

4. Conclusión

A través de la tecnología informática estamos en presencia de la sociedad de control en el ámbito laboral, por lo cual existe una ponderación entre el derecho de vigilancia del patrón y el derecho a la intimidad del trabajador.

En las relaciones laborales, el patrón debe respetar el derecho a la intimidad de los trabajadores cuando utiliza medios informáticos y tecnológicos para supervisar las tareas que les encomienda a estos.

Se propone adicionar un capítulo en la Ley Federal de Trabajo mexicana relativo al derecho a la intimidad de los trabajadores. Se propone, asimismo, adicionar una fracción al artículo 134 de la legislación laboral en México para establecer la obligación del patrón de respetar el derecho a la intimidad de los trabajadores.

Finalmente, se sugiere adicionar una fracción al artículo 135 de la ley laboral mexicana para prohibir a los patrones violar el derecho a la intimidad de los trabajadores mediante la vigilancia tecnológica que ejerce para verificar el cumplimiento de las obligaciones de estos.

Bibliografía

- ARTEAGA BOTELLO, NELSON, "Video-vigilancia del espacio urbano: Tránsito, seguridad y control social", *Andamios, Revista de Investigación Social*, vol. 7, núm. 14. [Consulta: 28 de junio, 2018]. Disponible en: <http://www.redalyc.org/pdf/628/62819897011.pdf>
- CAMINO BELDARRAIN, VICENTE, "Tecnología y globalización económica", *Araucaria, Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, año 14, núm. 27, p. 102. [Consulta: 2 de julio, 2018]. Disponible en: http://alojoptico.us.es/Araucaria/nro27/monogr27_3.pdf
- CARDONA RUBERT, MARÍA BELÉN, "Las relaciones laborales y el uso de las tecnologías informáticas", *Revista de Relaciones Laborales*, núm. 1. [Consulta: 5 de julio, 2018]. Disponible en: [file:///C:/Users/Propietario/Downloads/Dialnet-LasRelacionesLaboralesYElUsoDeLasTecnologiasInform-786247%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Propietario/Downloads/Dialnet-LasRelacionesLaboralesYElUsoDeLasTecnologiasInform-786247%20(1).pdf)

FELIPE MIGUEL CARRASCO FERNÁNDEZ

- CASTILLERO MIMENZA, OSCAR, “La teoría del panóptico de Michel Foucault sobre cómo el poder político y económico nos controla sin que seamos capaces de advertirlo”. [Consulta: 5 de julio, 2018]. Disponible en: <https://psicologiymente.net/social/teoria-panoptico-michel-foucault>
- CELIS QUINTAL, MARCOS ALEJANDRO, “La protección de la intimidad como Derecho fundamental de los mexicanos”, *Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2253/9.pdf>
- DUEÑAS HERRERO, LAURENTINO, “La necesaria recuperación del Dialogo Social para abordar la regulación del impacto de las nuevas tecnologías en los Derechos de los trabajadores”, *Ponencia en Congreso Internacional Innovación Tecnológica y Futuro del Trabajo*. Santiago de Compostela, España, 2018.
- ESTRADA AVILÉS, JORGE CARLOS, “El Derecho a la Intimidad y su necesaria inclusión como garantía individual”. Disponible en: <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Congreso/pdf/86.pdf>
- FERNÁNDEZ AVILÉS, JOSÉ ANTONIO y RODRÍGUEZ-RICO ROLDÁN, VICTORIA, “Nuevas tecnologías y control empresarial de la actividad laboral en España”, *LaBour & LawIssues*, vol. 2, núm. 1. [Consulta: 28 de mayo, 2018]. Disponible en: [file:///C:/Users/Propietario/Downloads/6197-18415-1-PB%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Propietario/Downloads/6197-18415-1-PB%20(1).pdf)
- GARCÍA JIMÉNEZ, RICARDO, “El Panoptismo: Nuevas formas de control social”, *Contribuciones a las Ciencias Sociales*, diciembre 2009. [Consulta: 4 de julio, 2018]. Disponible en: <http://www.eumed.net/rev/cccs/06/rgj2.htm>
- GARZÓN-GARCÍA, DAVID ENRIQUE, “Filosofía política: Vigencia de la Sociedad de Control de Michelle Foucault y análisis de la filosofía política de Gilles Deleuze”, *Universidad de la Sabana*. [Consulta: 28 de junio, 2018]. Disponible en: <http://personaybioetica.unisabana.edu.co/index.php/personaybioetica/article/view/2160/html>
- GIMÉNEZ, EMA, “¿Cómo es nuestra cultura del trabajo en la nueva sociedad de control? Reflexiones sobre las transformaciones tecno-culturales de finales del siglo xx en la pequeña Europa Argentina”. [Consulta: 28 de junio, 2018]. Disponible en: <https://medium.com/@emanuelgimenez/c%C3%B3mo-es-nuestra-cultura-del-trabajo-en-la-nueva-sociedad-de-control-ef72bde75634>
- GODINA HERRERA, CÉLIDA, “El Panóptico Moderno”, *Revista de Filosofía*. [Consulta: 25 de junio, 2018]. Disponible en: <http://serbal.pntic.mec.es/~cmunoz11/godina46.pdf>
- GRISOLIA, JULIO ARMANDO y HIERREZUELO, RICARDO DIEGO, “Las facultades de control del empleador y las nuevas tecnologías”. [Consulta: 27 de junio, 2018]. Disponible en: http://www.adapt.it/boletinespanol/docs/ar_grisolia_control_tecnologia.pdf
- KROTOSCHIN, ERNESTO, “El Derecho a la intimidad en el ámbito laboral”. [Consulta: 4 de julio, 2018]. Disponible en: <http://www.losrecursoshumanos.com/el-derecho-a-la-intimidad-en-el-ambito-laboral/>
- LLAMOSAS TRAPAGA, AÍDA, “Nuevas Tecnologías de la Información y Comunicación; Poder de control y Derechos Fundamentales”, *Revista de Derechos Fundamentales*,

- núm. 7. [Consulta: 14 de junio, 2018]. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4016735>
- LÓPEZ ANIORTE, MARÍA DEL CARMEN, “Límites constitucionales al ejercicio del poder directivo empresarial mediante el uso de las TIC y otros medios de vigilancia y seguridad privada en el ordenamiento jurídico español”, *Revista Policía y Seguridad Pública*, noviembre 2013 - junio 2014. [Consulta: 10 de julio, 2018]. Disponible en: <https://www.lamjol.info/index.php/RPSP/article/view/1554>
- MAYA FRANCO, CLAUDIA MARÍA, “Las relaciones de poder en el contexto de las sociedades de control. Propuesta de una perspectiva para el análisis de la interacción virtual”. [Consulta: 29 de junio, 2018]. Disponible en: www.redalyc.org/pdf/4915/491549026004.pdf
- MEDINA CASTILLO, ENRIQUE, “Las nuevas tecnologías en las relaciones laborales. Del empleo a la participación en la innovación”, p. 8. [Consulta: 28 de junio, 2018]. Disponible en: [file:///C:/Users/Propietario/Downloads/archivoPDF%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/Propietario/Downloads/archivoPDF%20(2).pdf)
- MÉNDEZ FILLEUL, RODRIGO, “La Facultad de dirección y control del empleador en la relación jurídica digital: Contenido, alcance y límites. El Estado de situación en Argentina”, *Ponencia en Congreso Internacional Innovación Tecnológica y Futuro del Trabajo*. Santiago de Compostela, España, 2018.
- MONTIEL, JHONATÁN, “Dispositivos móviles en las sociedades de control: Relaciones invisibles y sigilosas”. [Consulta: 29 de junio, 2018]. Disponible en: <http://redcomunicacion.org/wp-content/uploads/2017/08/Montiel-Dispositivos-m%C3%B3viles-en-las-sociedades-de-control-Relaciones-invisibles-y-sigilosas.pdf>
- MONTOYA MELGAR, ALFREDO, “El poder de dirección del empresario en las estructuras empresariales complejas”. [Consulta: 15 de mayo, 2018]. Disponible en: [file:///C:/Users/Propietario/Downloads/31%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Propietario/Downloads/31%20(1).pdf)
- NEGROPONTE, NICHOLAS, *El mundo digital. El futuro ha llegado*, España, Ediciones B, 2000.
- PALOMEQUE, MANUEL, *Los derechos laborales en la Constitución Española*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- RASO DELGUE, JUAN, “Nuevas tecnologías: Conflictos entre el interés de la empresa y la vida privada del trabajador”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 2, núm. 1. [Consulta: 20 de junio, 2018]. Disponible en: http://ejcls.adapt.it/index.php/rldc_adapt/article/view/181
- Real Academia Española, “Derecho a la intimidad”, *Diccionario del español jurídico*. Disponible en: <https://deja.rae.es/lema/derecho-a-la-intimidad>
- RICAU RTE QUIJANO, PAOLA, NÁJERA, JACOBO y ROBLES MALOOF, JESÚS, “Sociedades de control: Tecnovigilancia de Estado y resistencia civil en México”. *Teknokultura, Revista de Cultura Digital y Movimientos Sociales*, vol. 11, núm. 2. [Consulta: 28 de mayo, 2018]. Disponible en: <http://teknokultura.net/index.php/tk/article/view/224/pdf>
- ROJAS, JESÚS, “Mecanismos de videovigilancia en la sociedad de la información”, *UOC Papers, Revista sobre la Sociedad del Conocimiento*, núm. 5. [Consulta: 29 de abril, 2018]. Disponible en: <http://www.uoc.edu/uocpapers/5/dt/esp/rojas.pdf>

FELIPE MIGUEL CARRASCO FERNÁNDEZ

SELMA PENALVA, ALEJANDRA, “Las peculiaridades prácticas del Control en la Empresa”, p. 97. [Consulta: 29 de mayo, 2018]. Disponible en: <http://www.telework2010.tic.org.ar/papers/Pino%20Estrada%20spanish.pdf>

TORRES APABLAZA, IVÁN, “Inflexiones foucaulteanas sobre la sociedad de control”. [Consulta: 5 de julio, 2018]. Disponible en: www.biopolitica.unsw.edu.au/sites/all/files/publication_related_files/11torres

TORRENT-SELLENS, JOAN, “Cambio tecnológico digital sesgador de habilidades (e-SBTC), ocupación y salarios: un estado de la cuestión”, *Revista sobre la Sociedad del Conocimiento*, núm. 6, p. 2. [Consulta: 28 de marzo, 2018]. Disponible en: http://www.uoc.edu/uocpapers/6/dt/esp/dossier_tic_y_trabajo.pdf

UGARTE CATALDO, JOSÉ LUIS, “La tutela de Derechos fundamentales y el Derecho del trabajo: De erizo a zorro”. [Consulta: 29 de mayo, 2018]. Disponible en: <http://www.scielo.cl/pdf/revider/v20n2/art03.pdf>

VARGAS BASILIO, AÍSLAN, “Perspectiva ética del monitoreo electrónico en el ámbito empresarial”, en *Derecho Informático Empresarial*, México, Editorial Popocatépetl, 2013.

El Sistema Peruano de Información Jurídica: un aporte eficiente a la revolución digital y el trabajo en un contexto de sistematización jurídica*

The Peruvian Legal Information System: An efficient contribution to the digital revolution and work in a context of Legal Systematization

José Francisco Espinoza Céspedes**

RESUMEN

La presente investigación busca analizar la importancia del Sistema Peruano de Información Jurídica (SPIJ) como aporte eficiente a la revolución digital y el trabajo en un contexto de sistematización jurídica. En dicho ámbito, se determinará la aplicación del SPIJ en relación con la informática jurídica aplicable al derecho al trabajo. Finalmente, se buscará conocer la incidencia del SPIJ como elemento técnico para la sistematización jurídica de la normatividad relativa al mundo del trabajo, específicamente a nivel de la regulación del teletrabajo.

PALABRAS CLAVE: SPIJ, informática jurídica, revolución digital, sistematización jurídica, teletrabajo.

ABSTRACT

This research seeks to analyze the importance of the Peruvian Legal Information System (SPIJ) as an efficient contributor to the digital revolution and the work in a context of legal systematization. In this area, the application will be determined in relation to the legal information applicable to the right to work. At the end, we will become acquainted with the incidence of (SPIJ) as a technical element for the Legal Systematization of the regulations related to the world of work, specifically at the level of teleworking regulations.

KEY WORDS: SPIJ, Legal IT, Digital Revolution, Legal Systematization, Teleworking.

* Artículo de investigación. Recibido el 3 de noviembre de 2018 y aceptado para su publicación el 4 de octubre de 2019.

** Docente investigador en la Facultad de Derecho, Humanidades y Ciencias Sociales de la Universidad Tecnológica del Perú. (jofraec@gmail.com) orcid.org/0000-0001-8436-5960

JOSÉ FRANCISCO ESPINOZA CÉSPEDES

SUMARIO

1. Aspectos generales
2. Determinación del ámbito conceptual aplicable a la informática jurídica
3. Aproximaciones al Sistema Peruano de Información Jurídica:
un aporte de valía a la revolución digital y al trabajo
4. Sistema Peruano de Información Jurídica, revolución digital y trabajo
5. Sistema Peruano de Información Jurídica en un entorno laboral aplicable a la revolución digital
6. Plataformas para la transferencia de información jurídica sistematizada
7. Conclusiones

1. Aspectos generales

El uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones (TIC) avanza a pasos acelerados y el mundo no se detiene en su incesante flujo transfronterizo de información. Se generan abundantes datos, información y conocimiento jurídico que los abogados están obligados a conocer para no quedar desfasados o anclados al mundo tecnológico denominado 1.0, con alta incidencia del papel, sin brindar servicios masivos, con pocos clientes y, sobre todo, sin poder entrar al mundo de las operaciones electrónicas donde se mueve la mayor parte de la riqueza del mundo en cuestión de segundos.

El mundo 1.0 se caracterizó por ser poco dinámico, salvo por la implementación del correo electrónico y las listas de correo. El mayor concepto determinante de esta etapa fue el consumo de contenidos.

La web 1.0, cuyos orígenes datan de 1991 a 2003, hace referencia a un estado de la World Wide Web. Esta voz, para describir la web antes del impacto de la fiebre “punto com” (.com) en 2000, realmente comenzó de la forma más básica que existe, con navegadores de solo texto.¹

28

En este nuevo escenario surge un importante entorno, denominado “mercado electrónico”, caracterizado por la transferencia de grandes volúmenes de información. Las operaciones transfronterizas son una constante, y están caracterizadas por su velocidad y eficiencia; los espacios físicos trascienden lo geográfico para posicionarse en un contexto electrónico, y lo material (elemento físico) pasa a un segundo lugar.

¹ HOLGADO SÁEZ, CHRISTINA, *Nuevos tiempos, universidad y tic's: ¿qué aporta internet al profesor de lenguas modernas?*, Alicante, Área de Innovación y Desarrollo, 2016, p. 21.

En este marco, urge la necesidad adecuar los componentes jurídicos, de aplicación territorial, para atender las exigencias de un mercado cada vez más competitivo. Por desconocimiento de empresarios y operadores jurídicos, se encuentran falencias que facilitan interacciones no deseadas de expertos tecnológicos como hackers, crackers y demás atacantes informáticos, que generan problemas y pérdidas al mercado electrónico.

En dicho contexto, es un problema la falta de información legal confiable que permita hacer frente a un mundo electrónico que requiere de elementos jurídicos adaptables con urgencia a los grandes y sucesivos cambios tecnológicos generados en el ámbito de la denominada web 2.0. Esta se caracteriza por la generación de comunidades virtuales para el desarrollo de diversas aplicaciones dinámicas en un entorno colaborativo, tanto a nivel de usuario como de programador. En este ámbito, se genera el concepto de lo social, para lograr niveles de interacción a través de blogs y diversas redes sociales.

Para Pisani y Piotet, “La aventura colectiva que surge con el despliegue de la web 2.0 y su futura evolución ha permitido hablar de sabiduría de las masas, de inteligencia colectiva”.²

Pero la evolución tecnológica siguió su curso y avanzó al entorno web 3.0, caracterizada por una evolución del concepto hacia lo que se denominó la web semántica, con un cuidadoso desarrollo, a nivel de programación, códigos e implementación de librerías, que permitió a los navegantes contar con un medio acorde a sus necesidades. Cuenta con elevados niveles de personalización a través de la vinculación de procedimientos creados para los elementos inmateriales con capacidad de determinar, con alto grado de eficiencia, las formas de interacción y las características de navegación en entornos electrónicos. Esto permitió un real medio técnico con altos estándares de personalización, enfocando al navegante con los niveles técnicos requeridos para el acceso a la información en forma oportuna.

Con la web 3.0 se lograron altos niveles de búsquedas para datos e informaciones, con procesos inteligentes y software diseñado para determinar las necesidades reales de los navegantes. Lo anterior permitió la generación de comunidades complejas de consumidores que podían interactuar con el ancho de banda disponible. Para tal efecto, se requirió mayor nivel de conectividad en un entorno “Creative Commons” para el manejo tanto de información como de conocimiento en ámbitos tridimensionales, geolocalizados en un ambiente interactivo con altos estándares materiales e inmateriales. Se pensó en la

² PISANI, FRANCIS y PIOTET, DOMINIQUE, *La alquimia de las multitudes: cómo la web está cambiando el mundo*, Barcelona, Paidós, 2009, p. 10.

JOSÉ FRANCISCO ESPINOZA CÉSPEDES

satisfacción de nuevas experiencias de navegación con adecuados niveles de usabilidad y rapidez, con almacenamiento seguro y vinculación de datos en el ámbito del Cloud Computing o computación en la nube.

Para Cristina Aced:

El objetivo de la web 3.0 es incluir datos adicionales en estos contenidos (a través de nuevos lenguajes) que describan el significado de la información. Esto permitirá mejorar los resultados que ofrecen los buscadores, de manera que cuando el usuario realice una búsqueda, la información que obtendrá se ajustará más a la consulta realizada, y los resultados obtenidos serán mucho más relevantes y afines.

El primer paso hacia el 3.0 consiste en etiquetar los contenidos, una funcionalidad que ya ofrecen muchas aplicaciones sociales. Sin embargo, para construir una web totalmente semántica es necesario incluir mucha más información en los contenidos, no visible para el usuario pero comprensible para los ordenadores, y aquí es donde los arquitectos de la información tiene un papel clave.³

En ese orden de ideas, la tecnología no se detuvo. Por lo tanto, de la web 3.0, con sus niveles de inteligencia artificial para búsquedas más eficientes a nivel de contenidos y conocimientos, se avanzó hacia la web 4.0. Dicha web se ve caracterizada por su ubicuidad; es conocida como la red móvil. Tiene un desarrollo similar al de los seres vivos, con mejores aplicativos que siguieron perfeccionándose con el transcurso del tiempo. De esta forma, surgieron mecanismos técnicos para interacciones predictivas, concebidas de forma natural, respecto de las diversas acciones y requerimientos sociales.

En el contexto de la web 4.0, se explotaron con maestría los elementos intangibles y la interconexión de redes para generar soluciones, con mínimos niveles de interacción, en un contexto complejo, completo y con alto grado de individualidad. De tal forma, de manera automatizada se podían lograr diversas actuaciones técnicas sin mayor intervención de los seres humanos.

Debemos tener en cuenta que en el ámbito de la web 4.0 se plantearon diversos criterios que permitieron altos niveles de respuestas, pertinentes y adecuadas, a las necesidades de los interesados para disfrutar diversos servicios en el ciberespacio. Por ejemplo, se desarrollaron aplicativos para realizar reservas en un spa, comprar alimentos en el supermercado o conseguir entradas

³ ACED TOLEDANO, CRISTINA, *Perfiles profesionales 2.0*, Barcelona, Editorial uoc, 2010, p. 60.

para un concierto. El sistema estaba en capacidad de determinar preferencias y necesidades del ser humano, con su mínima intervención.

En dicho ámbito, se aprecia que en la web 4.0 se logró que las redes sean un medio para solucionar problemas humanos con la información otorgada, analizada y estructurada en forma expresa, la misma que se sistematizó con los datos existentes en la web. Esto permitió generar posibles respuestas que el ser humano requería para un futuro cercano.

Para tal efecto, a nivel de la web 4.0 se viene trabajando muy fuerte a nivel del desarrollo de elementos vinculados con el lenguaje natural y el uso de herramientas de dictado y escritura automatizada para elementos inmateriales, en un espacio de interacción máquina a máquina (M2M), donde la inteligencia artificial juega un rol fundamental en íntima interacción con la computación en la nube.

Siguiendo las propuestas de Alicia Ramos y María Jesús Ramos, “Se puede ver esta evolución, llegando incluso a la llamada web 4.0 en la que el sistema operativo establecido en la web tiene el protagonismo”.⁴

Se viene afirmando que el siguiente paso es la aparición de la web 5.0, conocida como la red sensible, red sensorial o red emotiva. Es una red totalmente sensorial, desarrollada en un contexto emotivo. Tiene altos niveles de tratamiento de imágenes y audios cuya interacción está centrada en desarrollar un alto grado vivencia emocional tanto para clientes como a usuarios. De tal forma, los contenidos se van generando en tiempo real, enfocados en el servicio y desarrollo del espíritu humano. El factor primordial de interacción es la creación de un espacio de encuentro controlado y con altos niveles de seguridad, por la existencia de altos índices de inseguridad del medio digital.

Al respecto, es oportuno tener en cuenta que:

Hasta ahora hemos tenido una web emocionalmente neutra, pero a partir de la web 5.0 o también llamada web sensorial, esta será encaminada a poder identificar las emociones de los usuarios, por medio de los dispositivos, productos y/o servicios, y sí... esto parece salido de la ciencia ficción pero cada vez más se mezclan y ese momento ya llegó y crecerá como en su momento florecieron otras características de la web.⁵

⁴ RAMOS MARTÍN, ALICIA y RAMOS MARTÍN, María Jesús, *Aplicaciones Web*, Madrid, Paraninfo, 2014, p. 4.

⁵ “¿Estamos listos para la web 5.0?”, *Infotecarios*. [Consulta: 29 de setiembre de 2019]. Disponible en: <http://www.infotecarios.com/estamos-listos-la-web-5-0/#.W9gH9GgzayY>

JOSÉ FRANCISCO ESPINOZA CÉSPEDES

En dicho contexto, el Sistema Peruano de Información Jurídica (SPIJ) viene interactuando a nivel de la web. Se encuentra en el desarrollo de una estrategia iusinformática intensiva en el ámbito de la web 2.0. Esto permite un avance importante en el desarrollo de información jurídica sistematizada. De tal modo, se genera un espacio web para la difusión de datos e informaciones jurídicas al servicio de todos los ciudadanos y los operadores del derecho en general a nivel nacional, sin necesidad de comprar la versión escrita del diario oficial *El Peruano*. Tal hecho favorece, particularmente, el desarrollo del derecho laboral, sobre todo desde una perspectiva de aplicación y desarrollo del trabajo por medios electrónicos (teletrabajo), en un contexto iusinformático totalmente sistematizado.

2. Determinación del ámbito conceptual aplicable a la informática jurídica

Por la interacción de la informática directamente aplicada al derecho, surge una nueva conceptualización que permite entender los procesos de sistematización jurídica. La informática jurídica documental es una herramienta técnica que permite a los abogados y operadores del derecho estar en la modernidad, con capacidad para interactuar en procesos sistémicos para su incursión jurídica en ámbitos inmateriales, antes reservados solo para ingenieros.

En dicho contexto, es importante determinar la real conceptualización que se viene practicando a nivel doctrinario, con la finalidad de contextualizar la aplicación del Sistema Peruano de Información Jurídica al servicio del derecho desde una perspectiva aplicativa como herramienta que facilita el desarrollo del conocimiento legal de calidad en entornos tanto materiales como inmateriales.

Al respecto, apreciamos que la informática jurídica es entendida por la doctrina en los términos siguientes:

- De acuerdo con los estudios de Richard Guibourg tanto a nivel de la informática en general como de la informática jurídica en particular se plantea que “versa sobre el registro recuperación, el manejo y la transformación de la información especialmente cuando se hace por medios electrónicos” sobre el particular es claro en señalar que “[es] importante no confundir la informática jurídica que se refiere a los métodos informáticos aplicados al campo del derecho”.⁶

⁶ GUIBOURG, RICARDO, “Informática Jurídica”, p. 791, *Biblioteca Jurídica de la unam*. [Consulta: 1 de octubre, 2019]. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3875/25.pdf>

- Según Marie Claude Mayo de Goyeneche “Entre derecho e informática [...] tenemos un aspecto instrumental de la informática al servicio del derecho, que implica una incursión en el campo de la informática jurídica [...] [por lo tanto] en la informática jurídica es la informática la que está al servicio del derecho”.⁷
- En el marco de los estudios de Juan José Ríos Estavillo encontramos que se refiere “la aplicación de la informática en el tratamiento de la información jurídica [es] conocida como informática jurídica [en dicho contexto también nos ilustra indicando que] para el desarrollo de la informática jurídica es necesario considerar ciertos elementos de origen como son la aplicación de la lógica del derecho o raciocinio jurídico, análisis del discurso jurídico; aplicación de la teoría de los sistemas; aplicación de la teoría de la información, entre otros. Tales elementos constituyen la base fundamental para cumplimentar el objeto mismo de la informática jurídica”.⁸
- Desde la perspectiva de Héctor Ramón Peñaranda Quintero, la informática jurídica es una “Disciplina que sostiene ya no la sustitución del juez por las computadoras sino la ayuda, entre otras, a la función jurisdiccional por las computadoras, pudiéndose obtener más eficaz y eficientemente la información jurídica”.⁹
- Para Patricia Reyes Olmedo “existe otra arista de la relación, la ‘informática jurídica’. Siendo la informática el conjunto de conocimientos científicos y técnicos que hacen posible el tratamiento de la información [...] [en dicho contexto el] carácter instrumental de las herramientas informáticas ha llevado a muchos a pensar que son estas las que deben adaptarse al Derecho, y por lo tanto a restarle relevancia jurídica a su estudio. Sin embargo [...] las disfunciones o problemas documentales en el campo jurídico se presentan hoy como obstáculo para que el Derecho pueda cumplir la función que le es propia, por lo que deben constituir objeto de estudio y ser abordados por la ciencia jurídica”.¹⁰
- Por otro lado, en relación con la importancia de la informática aplicada al derecho y sobre todo en el marco de la formación del futuro abogado u operador jurídico, María del Consuelo Blázquez Andrés plantea que

⁷ MAYO DE GOYENECHÉ, MARIE CLAUDE, *Informática jurídica*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1991, pp. 9-10.

⁸ RÍOS ESTAVILLO, JUAN JOSÉ, *Derecho e informática en México. Informática jurídica y derecho de la informática*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1997, p. 45.

⁹ PEÑARANDA QUINTERO, HÉCTOR RAMÓN, “Nociones Generales Acerca de la Cibernética y la Lusibernetica”, *Revista Chilena de Derecho Informático*, núm. 1, pp. 65-72.

¹⁰ REYES OLMEADO, PATRICIA, “Informática, Seguridad Jurídica y Certeza en el Conocimiento del Derecho”, *Revista Chilena de Derecho Informático*, núm. 1, pp. 81-92.

JOSÉ FRANCISCO ESPINOZA CÉSPEDES

“El estudiante de derecho ha de conocer y precisa la implantación en su carrera de una asignatura: Informática Jurídica. Y esto ‘salta a la vista’. No es un capricho que creamos tener algunos sino una necesidad inminente y lógica”.¹¹ Con esto se aprecia que desde hace muchos años existe la necesidad de generar contexto de interrelación entre elementos técnicos y jurídicos en favor de la labor jurídica.

- Es importante resaltar que para Vicente López-Ibor Mayor es “clásica la distinción al afrontar la relación Informática-Derecho [...] nos descubre, cada vez con mayor versatilidad, los útiles que las nuevas tecnologías son capaces de poner al servicio del mundo del Derecho. [Con] las nuevas destrezas que los juristas han adquirido no sólo en el conocimiento y empleo de la técnica informática sino, lo que es mucho más importante, en el avance hacia la mejor conexión entre el conocimiento jurídico y su presentación o representación a través de procedimientos y medios informáticos”.¹²
- Asimismo, Juan Diego Castro Fernández, señala que “la informática jurídica se torna imprescindible en esta materia, ya que manualmente sería imposible manejar el cúmulo de resoluciones vinculantes que día a día se integran [al ordenamiento]”.¹³
- En el trabajo de Silvia C. de Cartolano, se presenta un estudio de la informática jurídica en Argentina. “En el año 79 comenzó a gestarse el Primer Banco de Datos Jurídico: el Sistema Argentino de Informática Jurídica, dependiente del actual Ministerio de Justicia de la Nación, el cual se obtuvo a través de un convenio firmado con Italia y hoy podemos decir que en su materia es único en el país y en Latinoamérica”.¹⁴ La referida investigadora plantea que dicho sistema es público, que fue creado para brindar un servicio abierto sin limitación de usuarios, transparente y consultable en línea. Sobre el particular, hoy en día, en pleno siglo XXI, se ha logrado que la mayor parte de contenidos del Sistema Peruano de Información Jurídica sea abierto y de acceso público, únicamente por medios electrónicos, en vista de que a la versión sustentada en soporte material (cd) solo se puede acceder vía convenio o suscripción.

¹¹ BLÁZQUEZ ANDRÉS, MARÍA DEL CONSUELO y CARRASCOSA LÓPEZ, VALENTÍN, *El derecho de la informática en la formación de juristas e informáticos*, Congreso Internacional de Informática y Derecho FIADI, núm. 5, Mérida, 1995, p. 590.

¹² LÓPEZ-IBOR MAYOR, VICENTE y GARCÍA DELGADO, SONSOLES, *Situación del derecho informático en España y en Europa: algunas consideraciones*, Congreso Internacional de Informática y Derecho FIADI, núm. 5, Mérida, 1995, p. 646.

¹³ CASTRO FERNÁNDEZ, JUAN DIEGO, *Base de Datos Constitucional*, Congreso Internacional de Informática y Derecho FIADI, núm. 5, Mérida, 1995, p. 723.

¹⁴ DE CARTOLANO, SILVIA, *Bancos de datos jurídicos*, Congreso Internacional de Informática y Derecho FIADI, núm. 5, Mérida, 1995, p. 732.

- Interesante investigación nos plantea el maestro Marcelo Bauza Reilly, a quien rendimos un merecido homenaje por su designación como presidente de la Federación Iberoamericana de Asociaciones de Derecho e Informática (FIADI) para el periodo 2018-2021. Con su valía, conocimientos y gran profesionalismo seguirá con el potenciamiento a la Federación como institución internacional de alto valor académico, con sólidos valores democráticos al servicio del desarrollo del derecho y la informática en el mundo.

En su trabajo académico, Marcelo Bauza plantea la importancia de la recuperación de la información jurídica con buena “performante” que no logra muchas veces un real trabajo de acceso “con la ductibilidad y facilidad con que queríamos lograrlo otras veces, no todo lo que recuperamos se ajusta estrictamente con el campo de significaciones de lo que buscábamos. [Aspecto que se complica con el crecimiento de la información] que se va haciendo cada vez más y más difícil de dominar [es decir] el acceder a ella en forma directa y no secuencial. [En ese sentido] el asunto se da asiduamente en los hechos, encontrando su causa en la escasa reflexión y preparación previas con que se enfrentan este tipo de emprendimientos (informática jurídica documental)”.¹⁵

En dicho contexto, el profesor Bauza es claro en señalar que “Todo banco de datos jurídicos que se precie debe plasmarse en fórmulas que demuestren un delicado equilibrio de sus componentes, respecto de las funciones de información y búsqueda”.¹⁶

Como hemos podido apreciar, los diversos enfoques y puntos de vista aplicables a la informática jurídica son de utilidad para entender el Sistema Peruano de Información Jurídica en toda su dimensión. En este sentido, es un elemento inmaterial que permite dotar a los operadores jurídicos de tecnología de punta para mejorar sus servicios profesionales. Dentro de la conceptualización planteada, se caracteriza como un sistema de informática jurídica documental, generado a partir de una infobase.

¹⁵ BAUZA REILLY, MARCELO, *La información jurídica: adecuado análisis, correcto procesamiento y buena recuperación*, Congreso Internacional de Informática y Derecho FIADI, núm. 5, Mérida, 1995, pp. 825-826.

¹⁶ BAUZA REILLY, MARCELO, *La información jurídica: adecuado análisis, correcto procesamiento y buena recuperación*, Congreso Internacional de Informática y Derecho FIADI, núm. 5, Mérida, 1995, p. 826.

JOSÉ FRANCISCO ESPINOZA CÉSPEDES

3. Aproximaciones al Sistema Peruano de Información Jurídica: un aporte de valía a la revolución digital y al trabajo

El Sistema Peruano de Información Jurídica fue creado con la finalidad de lograr un adecuado nivel de sistematización de la información jurídica. En dicho contexto, su proceso histórico data de fines del siglo pasado, exactamente a inicios de los años noventa.

El Decreto Ley 25993, que aprobó la Ley Orgánica del Sector Justicia, planteaba en su artículo 5 que correspondía al Ministerio de Justicia:

Sistematizar, difundir y coordinar el ordenamiento jurídico [y en su inciso h) del artículo 6° modificado por la Tercera Disposición Final de la Ley N° 26612, tenía entre sus funciones la de] “h) Sistematizar la legislación e información Jurídica de carácter general y promover su estudio y difusión así como ejecutar o coordinar su edición oficial”.

Posteriormente el Reglamento aprobado por Resolución Ministerial N° 017-98-JUS, disponía en su inciso h) del artículo 80 que eran funciones de la Dirección Nacional de Asuntos Jurídicos:

Sistematizar la legislación nacional y la información jurídica de carácter general a través de la automatización interconectada a nivel nacional e internacional”; aspectos que fueron ratificados posteriormente por la Resolución Ministerial N° 190-99-JUS, Resolución Ministerial N° 146-2000-JUS.

Es importante resaltar que por Decreto Supremo 010-99-JUS, se dispuso que:

Los Secretarios Generales de los Ministerios o funcionarios de rango equivalente de otras entidades públicas, remitirán a la Dirección Nacional de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Justicia, los textos en formato digital de las leyes y normas de carácter general, para su sistematización y elaboración de ediciones oficiales; envío que deberá ejecutarse simultáneamente con la remisión de la información al Diario Oficial El Peruano, o dentro de los tres días útiles siguientes a la publicación.

Todo el marco normativo antes referido permitió dar un gran e importante impulso para la sistematización jurídica de la legislación peruana a través del SPIJ.

Luego por aplicación del numeral h) del artículo 84 del Decreto Supremo 019-2001-JUS se dispuso como función de la Dirección Nacional de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Justicia: “Sistematizar la legislación nacional, las normas emitidas por el Poder Ejecutivo y la información jurídica de carácter general a través del Sistema Peruano de Información Jurídica”.

Seguidamente, mediante Decreto Supremo 117-2001-PCM, se exceptuaron las actividades que desarrolla el Ministerio de Justicia a través del Sistema Peruano de Información Jurídica de lo señalado en los decretos supremos 088 y 098-2001-PCM, en vista de que se cobraba un tasa por los servicios de sistematización jurídica y no se trataba del cobro por la comercialización de un bien o un servicio.

Posteriormente, mediante el artículo 1 del Decreto Supremo 001-2003-JUS (norma que declaró Edición Oficial del Ministerio de Justicia al Sistema Peruano de Información Jurídica), se procedió a:

Declarar Edición Oficial del Ministerio de Justicia al Sistema Peruano de Información Jurídica - SPIJ, que contiene los textos de la legislación nacional debidamente sistematizada, concordada, actualizada y con herramientas de búsqueda y recuperación de información idóneas; el mismo que es generado a través de medios electrónicos y almacenado en medios físicos idóneos.

Por Ley 26889, se aprobó la Ley Marco para la Producción y Sistematización Legislativa, mediante la cual se establecieron los lineamientos para la elaboración, denominación y publicación de las leyes, con el objeto de sistematizar la legislación y lograr su unidad y coherencia para garantizar la seguridad jurídica en el país. En dicho contexto, mediante decreto supremo 008-2006-JUS, se dispuso a través de su séptima disposición complementaria final, que:

Con la finalidad de sistematizar la legislación e información jurídica, las entidades de la Administración Pública que elaboren proyectos de Decretos Legislativos, Decretos de Urgencia y Decretos Supremos deberán remitir la transcripción oficial del texto de las correspondientes exposiciones de motivos de los proyectos normativos al Ministerio de Justicia, dentro del plazo de cinco días hábiles computados a partir de la publicación de la norma en el Diario Oficial.

Situación similar ocurrió con la octava disposición complementaria final, la cual planteó que:

JOSÉ FRANCISCO ESPINOZA CÉSPEDES

Con la finalidad de sistematizar la legislación y la información jurídica, los Gobiernos Regionales y las Municipalidades deben remitir al Ministerio de Justicia la transcripción oficial de los textos de las ordenanzas que aprueben dentro del plazo de quince días de su expedición.

Tales normas permitieron ir dando mayor coherencia al sistema jurídico nacional a través de su adecuada sistematización jurídica a través del SPLJ.

Sobre el particular es importante destacar la aprobación del decreto supremo 001-2009-JUS, cuyo reglamento estableció disposiciones relativas a la publicidad, publicación de proyectos normativos y difusión de normas legales de carácter general. Su artículo 9.2 dispuso que:

La entidad emisora remitirá a la Dirección General de Desarrollo y Ordenamiento Jurídico del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, en un plazo no mayor de tres (3) días hábiles de la publicación de la norma legal en el diario oficial, copia autenticada y el archivo electrónico del anexo o anexos respectivos, los que servirán de soporte documental del Sistema Peruano de Información Jurídica - SPLJ, que es la edición oficial de la legislación nacional en soporte electrónico.

El inciso j) del artículo 7 de la Ley 29809 (Ley de Organización y Funciones del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos) dispone taxativamente que es función del referido ministerio “Sistematizar la legislación e información jurídica de carácter general y promover su estudio y difusión, así como disponer su edición oficial”.

En el año 2012, por decreto supremo 11-2012-JUS (que aprobó el Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos), se dispuso, por el inciso j) del artículo 5.2, que eran funciones específicas del Ministerio “Sistematizar la legislación e información jurídica de carácter general y promover su estudio y difusión, así como disponer su edición oficial”.

Por otro lado, mediante el artículo 63 de la referida norma, se planteó que era función de la Dirección General de Desarrollo y Ordenamiento Jurídico:

Sistematizar y difundir la legislación nacional [en el numeral h) del artículo 64 de la indicada norma se plantea que era función de la referida Dirección General]. Sistematizar en soporte electrónico la legislación nacional con carácter de edición oficial, así como la jurisprudencia vinculante.

La referida función fue de competencia de la Dirección de Sistematización Jurídica y Difusión, a quienes en el numeral b) del artículo 69, concordante con lo dispuesto con el artículo 68, se le otorgó la función específica de “Sistematizar la legislación nacional en soporte electrónico, con carácter de edición oficial”.

Actualmente, tal función la viene ejerciendo, bajo la conducción de Ana María Cecilia Valencia Catunta (directora), la Dirección de Sistematización Jurídica y Difusión de la Dirección General de Desarrollo Normativo y Calidad Regulatoria del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

Otras normas que tuvieron relevancia en su momento fueron la Ley Orgánica del Sector Justicia, Decreto Ley 26993, reglamentada por el Decreto Supremo 019-2001-JUS. Al respecto, debemos resaltar que, mediante Ley 26633, aprobada en el año 1996, se dispuso que el Ministerio de Justicia se encargue de la edición que permita la “Compilación de la Legislación Peruana”, de tal forma que en dicho proceso se incluya tanto las normas legales (con rango de ley) que se encuentren vigentes, así como sus correspondientes reglamentos. En dicho sentido, se dispuso en su artículo único lo siguiente:

Edítese por el Ministerio de Justicia la “Compilación de la Legislación Peruana”, que comprenda todas las leyes, decretos legislativos y demás normas con rango de ley vigentes, debidamente concordadas, así como sus respectivos reglamentos y las disposiciones derogadas, con indicación del número y fecha de publicación que les correspondió.

El SPIJ, desde una perspectiva jurídica, busca lograr un eficiente y adecuado ámbito de sistematización de la información legal, por medios oficiales en ámbitos electrónicos, generada por las diversas entidades públicas peruanas. Luego del correspondiente trabajo de edición, toda la información legal es centralizada para su posterior publicación en el *Diario Oficial El Peruano*, tanto en medios impresos (boletín de normas legales), como en medios electrónicos a través de su página web oficial.

Podemos afirmar que la creación del Sistema Peruano de Información Jurídica surge como una respuesta adecuada para hacer frente al cambiante mundo informático. Para tal efecto, se modeló un sistema vinculado con las herramientas y las técnicas de la informática jurídica documental.

Sobre el particular, apreciamos que el SPIJ fue concebido por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos como una edición generada por medios electrónicos inicialmente ofertada en cd. Es importante resaltar que el SPIJ, en el contexto legal peruano, tiene carácter oficial por medios electrónicos.

El SPIJ se creó con la finalidad de incorporar en su sistema tecnológico estructural la legislación peruana vigente en un marco de sistematización jurídica. Buscaba una adecuada concordancia legal debidamente actualizada, con un importante sistema de sumillas, con mecanismos para que los usuarios accedan rápida y oportunamente a la información legal peruana por medios electrónicos, en un contexto tanto de vigencia como de derogación.

La operatividad del SPIJ genera un ámbito de incidencia real y eficiente para los operadores jurídicos, los ciudadanos y la población en general. Asimismo, hace realidad la aplicación del mandato constitucional, por el cual la Ley se considera conocida por todos a partir de su publicación en el Diario Oficial *El Peruano*. En ese sentido, el SPIJ genera una situación que marca un hito fundamental en el ámbito de las operaciones electrónicas sistematizadas a nivel de las diversas ramas del derecho con especial incidencia en el mundo digital y del trabajo, con la incorporación del teletrabajo.

El SPIJ, como mecanismo técnico creado a partir de la informática jurídica documental contiene una biblioteca electrónica que configura la información jurídica sistematizada a nivel del tratamiento documental por metadatos. Estos se van organizando a partir de tomos interactivos que permiten acceder a la información jurídica mediante hipervínculos. Esto convierte al SPIJ en el resultado técnico peruano más eficiente de la revolución digital al servicio del derecho laboral, el trabajo, el teletrabajo y el derecho en general.

La potencia de cálculo del SPIJ es impresionante. Permite recuperar en milésimas de segundos gran cantidad de información jurídica sistematizada, concordada y sumillada. Dicha actividad se genera automáticamente, casi al instante. El trabajo jurídico consiste en determinar, estudiar y analizar el cúmulo de datos e información instantáneamente recuperada, necesaria para las labores específicas del operador del derecho en pleno siglo XXI.

La importancia del SPIJ radica en el hecho de que facilita la recuperación de información legal en texto carácter. Esto potencia su utilidad y lo convierte en una herramienta muy importante para la labor jurídica, pues esta actividad se centra en el análisis e interpretación del texto legal con miras a la creación de nuevo derecho, para la protección de los derechos fundamentales y los derechos humanos en general, debido a que los ciudadanos permanentemente se encuentren afectados a diversos procesos judiciales, tributarios, aduaneros y laborales, entre otros.

4. Sistema Peruano de Información Jurídica, revolución digital y trabajo

En todo sistema democrático, es fundamental que la organización estatal realice los esfuerzos necesarios para crear un contexto de reconocimiento y plena vigencia de todos y cada uno de los derechos reconocidos en la Constitución de la República del Perú de 1993. En dicho contexto se genera un medio idóneo para proteger a la ciudadanía contra cualquier agresión que afecte o amenace su seguridad en el ámbito interno, relativo al orden público y la seguridad jurídica, y en el ámbito externo, frente a cualquier tipo de amenaza que provenga de afuera de nuestras fronteras.

En dicho escenario, el Sistema Peruano de Información Jurídica juega un rol esencial en la formación de cuerpos jurídicos capacitados para la interacción legal en un contexto de revolución digital y del derecho al trabajo, sobre todo del teletrabajo. Se genera un entorno de seguridad interna y externa con un irrestricto respeto por los derechos humanos aplicable a los diversos contextos creados en medios electrónicos, donde la implementación y aplicación del sistema jurídico peruano, en el mundo tanto del trabajo como del teletrabajo, es fundamental para la creación de una sociedad más justa que vele por la defensa de los derechos de los trabajadores y teletrabajadores que interactúan en el mundo digital.

Los operadores jurídicos, para estar en condiciones de actuar y enfrentar los nuevos problemas jurídicos en entornos digitales, requieren estar capacitados, por lo menos a nivel de usuario, con las diversas herramientas técnicas generadas por el Sistema Peruano de Información Jurídica. Deben estar en condiciones de aplicar las soluciones inmateriales al sistema jurídico peruano en un ámbito de sistematización jurídica.

En dicho contexto, y a nivel del entorno virtual, el Sistema Peruano de Información Jurídica ofrece a los operadores jurídicos una herramienta tecnológica de acceso rápido a la normatividad vigente en un contexto electrónico, sistematizado, concordado, sumillado y con un medio virtual para la implementación de ámbitos jurídicos operativos. Cuenta con el respaldo legal necesario para la obtención de información y datos necesarios para lograr un entorno de trabajo seguro, capaz de combatir las diversas amenazas al mundo laboral generado por medios electrónicos (teletrabajo) en los ámbitos interno y externo.

Es fundamental indicar que los datos y la información laboral contenida en el SPIJ es totalmente legal y está preparada para utilizarse sin mayores inconvenientes en un entorno de sistematización. De tal forma, su uso no puede

JOSÉ FRANCISCO ESPINOZA CÉSPEDES

verse afectado por futuras nulidades o tachas en las demandas o contestaciones aplicadas al mundo de las relaciones laborales y del trabajo en general.

Los trabajadores, y profesionales que se desarrollan en el mundo laboral y del trabajo en general, así como del teletrabajo en particular, cuentan con las herramientas de la informática jurídica desarrolladas a través del SPIJ para interactuar en el mundo virtual, en vista que el sistema permite generar la obligatoria publicidad a las normas nacionales en un contexto de estabilidad legal, para el respeto del marco jurídico nacional aplicable al mundo del trabajo, en todas sus manifestaciones físicas o electrónicas.

En el Perú, la Constitución Política de 1993 señala en su artículo 51 que “La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente. La publicidad es esencial para la vigencia de toda norma del Estado”.

En el referido artículo se resalta la importancia del otorgamiento de publicidad a la normativa nacional para los que requieran laborar en el Perú, de tal forma que se encuentren en capacidad de conocer la vigencia del marco legal. Sin embargo, ello no basta para una adecuada aplicación legal, y su posterior cumplimiento; por lo tanto, es fundamental el entorno sistémico del SPIJ para la difusión de la vigencia de las normas, en un marco de constante actualización, a través del proceso técnico de sistematización legal desarrollado por la informática jurídica, como rama de la informática al servicio práctico de los operadores del derecho en entornos virtuales o electrónicos.

Por su propia configuración, los elementos inmateriales que determinan la estructura lógica del SPIJ permiten su actualización sistémica tanto de la información como de los datos contenidos en él, para generar las correspondientes vigencias, concordancias y sumillados.

En la actualidad, la tecnología permite un mayor nivel de calidad en los servicios de información jurídica sistematizada. El SPIJ entró en la modernidad con una aplicación (*app*) que permite su acceso desde dispositivos móviles a diversa información, inclusive aquella de índole laboral y del trabajo.

42

En el contexto del desarrollo del SPIJ, el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos incursionó en el mundo de las redes sociales. A la fecha, cuenta con diversas cuentas en Facebook, Twitter, entre otras redes. Con ello, se dota al sistema con un nuevo contexto para su interacción en el mundo electrónico y digital.

Un elemento de vital importancia dentro de la configuración técnica del SPIJ, es su versatilidad para transparentar el acceso a la información jurídica. En dicho contexto, el SPIJ permite el tratamiento de grandes volúmenes de normas legales, las cuales en el Perú se caracterizan por ser abundantes, estar en permanente cambio y en muchas ocasiones son el resultado de la derogación tácita de las

normas del sistema jurídico vigente. Esta situación afecta la defensa de los derechos humanos, así como el ámbito laboral y del trabajo de los seres humanos, quienes siempre requieren de apoyo legal especializado para conocer el derecho vigente.

Una bondad fundamental del SPIJ es que además de realizar acciones de sistematización jurídica a normas de carácter general, cumple con la función de sistematizar normas de carácter particular. Durante mucho tiempo se vino trabajando intensamente en la recopilación y sistematización de las normas de carácter histórico. Lo anterior permitió realizar importantes estudios comparativos. Por eso es fundamental retomar dicho proyecto a fin de fortalecer el desarrollo del quehacer jurídico y el devenir histórico legal peruano en tiempo real, en forma eficiente, con adecuados parámetros sistémicos y en un permanente entorno dinámico.

Entre las diversas formas de realizar búsquedas de datos e información jurídica, el SPIJ implementó diversos mecanismos de informática jurídica documental para la interacción legal mediante búsquedas por: *a)* número de norma, *b)* *sumilla*, *c)* búsqueda restringida, *d)* búsqueda de texto (en códigos como en la Constitución Política del Estado), *e)* búsqueda dentro de normas, *f)* búsqueda por temas, *g)* búsqueda por rango de normas, *h)* búsqueda de texto dentro de determinado rango de norma, *i)* búsqueda de normas por día y, *j)* búsqueda avanzada con frase exacta, frase con palabra cercana o frase con una o más palabras. Se diseñó también una búsqueda que no contiene ciertas palabras, lo cual permite lograr su adecuada delimitación.

Sería interesante contar con una búsqueda por derogación expresa para el análisis de todas las normas derogadas taxativamente por cada sector, para facilitar el análisis de las derogaciones tácitas, que generan más de un problema a los abogados a la hora de realizar su labor jurídica en un mercado tan competitivo como el actual, que requiere respuestas rápidas, certeras y seguras en un contexto iusinformático.

Por otro lado, con el uso de adecuadas técnicas de sistematización jurídica, el SPIJ genera un entorno real para la seguridad jurídica en el Perú y sobre todo aquella aplicable al mundo del trabajo y el entorno laboral en su conjunto, tanto a nivel físico como electrónico, por ejemplo, para el teletrabajo, aprobado por Ley 30036. Dicha norma está vigente en el Perú desde el año 2013.

En la actualidad, el Perú cumple una serie de exigencias relativas a las políticas de gobierno electrónico en el contexto de la sociedad de la información. Dicha normatividad necesariamente impacta en el teletrabajo. En ese sentido, el marco jurídico peruano ha avanzado del gobierno electrónico hacia el gobierno digital, conforme lo regulado por el decreto legislativo 1412, norma que aprobó la Ley del Gobierno Digital.

JOSÉ FRANCISCO ESPINOZA CÉSPEDES

Debemos tener claro que el objeto de la norma que regula el Gobierno Digital en el Perú es el siguiente:

Establecer el marco de gobernanza del gobierno digital para la adecuada gestión de la identidad digital, servicios digitales, arquitectura digital, interoperabilidad, seguridad digital y datos, así como el régimen jurídico aplicable al uso transversal de tecnologías digitales en la digitalización de procesos y prestación de servicios digitales por parte de las entidades de la Administración Pública en los tres niveles de gobierno.¹⁷

Sobre el particular, el SPLJ, desde una perspectiva informática y jurídica, viene generando servicios digitales de calidad aplicables, entre otros ámbitos trascendentes, para el derecho en general, así como para el contexto laboral y para el derecho al trabajo en general en un mundo interconectado. Estos contextos jurídicos requieren un marco legal disponible los 7 días de la semana, durante los 12 meses y los 365 días del año, para la defensa de los trabajadores. Con el SPLJ esto se logra a cabalidad, al compilar en su estructura interna toda la legislación laboral y del trabajo aplicable tanto al mundo físico como digital (teletrabajo).

5. Sistema Peruano de Información Jurídica en un entorno laboral aplicable a la revolución digital

El SPLJ, como herramienta al servicio del derecho, proporciona un excelente apoyo automatizado a los servicios jurídicos vinculados con el trabajo, el teletrabajo y el mundo electrónico en general. Generó una real revolución digital para el mundo jurídico peruano.

En dicho contexto, el SPLJ se configura como un gran aporte para contexto legal comparado (en el ámbito internacional). Permite la implementación de un entorno eficiente para conocer y determinar los niveles de incumplimiento normativo, en el mundo laboral, que puedan llevar tanto a empleadores como a trabajadores a generar afectaciones normativas sancionables en el mundo del derecho al trabajo.

Por otro lado, el Sistema Peruano de Información Jurídica permite que la comunidad jurídica y los ciudadanos en general conozcan sus derechos laborales, a fin de resguardarlos y evitar violaciones y afectaciones a los derechos humanos en particular y a los derechos fundamentales en general.

¹⁷ Decreto Legislativo 1412, Ley del Gobierno Digital.

En materia laboral, el SPIJ cuenta con un ámbito dedicado tanto al trabajo en el mundo físico como en el contexto electrónico. Incorporó en su infobase diversas normas, entre las cuales destacan leyes, decretos supremos, resoluciones supremas y resoluciones ministeriales que permiten a los operadores jurídicos y a los trabajadores contar con un entorno sistematizado, coherente y organizado desde la perspectiva de la informática jurídica documental para enfrentar los nuevos retos de la revolución digital.

En el ámbito de la revolución digital, los servicios del SPIJ cumplen con previsto por la Ley del Gobierno Digital, a nivel del servicio digital, en los términos siguientes:

Aquel provisto de forma total o parcial a través de internet u otra red equivalente, que se caracteriza por ser automático, no presencial y utilizar de manera intensiva las tecnologías digitales, para la producción y acceso a datos y contenidos que generen valor público para los ciudadanos y personas en general.¹⁸

El Sistema Peruano de Información Jurídica forma parte del ecosistema digital para la generación de valor por medios electrónicos, al servicio del ciudadano, en un contexto público, en concordancia con los procesos de implementación del gobierno digital. Trasciende en el tiempo desde sus inicios, a finales del siglo XX, hasta posicionarse, en el siglo XXI, como un baluarte fundamental de la informática jurídica al servicio del ser humano.

El SPIJ se encuentra encaminado en el marco de lo dispuesto por el decreto supremo 066-2001-PCM de la Presidencia del Consejo de Ministros, mediante el cual se aprobaron los “Lineamientos de Políticas Generales para promover la masificación del acceso a Internet en el Perú”.

El referido decreto es una de las normas más antiguas que plantean la existencia del teletrabajo. Así en su numeral 6), referido a las políticas generales, plantea que las “entidades gubernamentales según el ámbito de su competencia, deberán identificar y desarrollar proyectos pilotos regionales y nacionales basados en tecnologías de la información, tales como teleeducación, telemedicina, teletrabajo, entre otros”.

En el contexto de la revolución digital, con el SPIJ se logró sistematizar diversos aspectos relativos al teletrabajo. Por ejemplo, mediante Ley 30036, del 2013, que reguló el teletrabajo en el Perú, tal institución laboral se entiende:

¹⁸ Cfr. numeral 3) del artículo 3 del decreto legislativo 1412 que aprueba la Ley de Gobierno Digital.

JOSÉ FRANCISCO ESPINOZA CÉSPEDES

Como una modalidad especial de prestación de servicios caracterizada por la utilización de tecnologías de la información y las telecomunicaciones (TIC), en las instituciones públicas y privadas, y promover políticas públicas para garantizar su desarrollo.¹⁹

Las características del teletrabajo, tal como fue regulado en el Perú, se relacionan con el desarrollo de actividades laborales subordinadas bajo dependencia:

Sin la presencia física del trabajador, denominado “teletrabajador”, en la empresa con la que mantiene vínculo laboral, a través de medios informáticos, de telecomunicaciones y análogos, mediante los cuales se ejercen a su vez el control y la supervisión de las labores.

Mediante el decreto supremo 040-2014-PCM, se aprobó el Reglamento General de la Ley 30057, Ley del Servicio Civil, que regula el teletrabajo en su artículo 148 en los términos siguientes: “Las entidades podrán implementar la modalidad de teletrabajo prevista en la Ley N° 30036 - Ley que regula el teletrabajo y sus normas reglamentarias, en función de sus necesidades”. Esta situación impulsa la existencia de trabajadores en las entidades de la administración pública.

En el marco de la sistematización del teletrabajo, en el SPIJ encontramos el decreto supremo 017-2015-TR, norma reglamentaria de la Ley 30036 relativa al teletrabajo, se encuentran comprendidos dentro su ámbito de aplicación “aquellos trabajadores y servidores civiles que prestan servicios bajo la modalidad de teletrabajo; así como las personas naturales o jurídicas y entidades públicas que los emplean”.

La Ley y el presente reglamento serán de aplicación a:

- Los trabajadores y servidores civiles cuyas labores se ejecuten en el territorio nacional; y
- Los contratos, resoluciones de incorporación o designación y adendas o acuerdos por los que se establezca la modalidad de teletrabajo, o el cambio de modalidad presencial por la de teletrabajo y viceversa, suscritos o emitidos en el país.

En tal contexto, se define al teletrabajo como la “prestación de servicios subordinada, sin presencia física en el centro de trabajo o entidad pública, a través de medios informáticos, de telecomunicaciones y análogos, mediante los cuales,

¹⁹ Conforme con lo previsto en el artículo 1 de la Ley 30036.

a su vez, se ejerce el control y la supervisión de las labores”. Al teletrabajador, por su parte, se le regula como aquel “trabajador o servidor civil que presta servicios bajo la modalidad de teletrabajo”.

Por otro lado, en el SPLJ pueden ubicarse diversas normas conexas con la interacción del mundo laboral en el contexto electrónico tales como la resolución ministerial 121-2015-TR, mediante la cual se dispuso efectuar la prepublicación del “Informe técnico que contiene propuestas de las políticas públicas referidas al teletrabajo para garantizar su desarrollo y su preferente utilización a favor de las poblaciones vulnerables”.

Adicionalmente, la resolución ministerial 115-2015-TR es importante, porque dispuso “la prepublicación del proyecto normativo ‘Reglamento de la Ley N° 30036, Ley que regula el Teletrabajo’ en el portal institucional del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo”.

Para tal efecto, se dispuso en su artículo 1 que la Oficina General de Estadísticas y Tecnologías de la Información se encargue de efectuar:

La pre publicación del proyecto normativo: “Reglamento de la ley N° 30036, ley que regula el teletrabajo” en el Portal Institucional del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (<http://www.trabajo.gob.pe>) a efectos de recibir las sugerencias, comentarios o recomendaciones de empleadores y trabajadores o sus respectivas organizaciones; de entidades públicas o privadas, así como de la ciudadanía en general, durante el plazo de quince (15) días, contados a partir del día siguiente de la publicación de la presente Resolución.

Asimismo, la referida norma dispuso en su artículo 3 que la Oficina General de Estadísticas y Tecnologías de la Información realice las acciones necesarias para que se prepublique el proyecto de Reglamento de la Ley del Teletrabajo aprobada por Ley 30036. Para tal efecto, se dispuso que tal actividad se realice:

En el Portal Institucional del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (<http://www.trabajo.gob.pe>) a efectos de recibir las sugerencias, comentarios o recomendaciones de empleadores y trabajadores o sus respectivas organizaciones; de entidades públicas o privadas, así como de la ciudadanía en general, durante el plazo de quince (15) días, contados a partir del día siguiente de la publicación de la presente Resolución.

La resolución ministerial 121-2015-TR dispuso que la Oficina General de Estadística y Tecnologías de la Información y Comunicaciones efectúe “la prepublicación del

JOSÉ FRANCISCO ESPINOZA CÉSPEDES

documento denominado ‘Informe técnico que contiene propuestas de las políticas públicas referidas al teletrabajo para garantizar su desarrollo y su preferente utilización a favor de las poblaciones vulnerables’ en el portal institucional del Ministerio [de Trabajo y Promoción del Empleo]”.

En el SPIJ también encontramos la resolución ministerial 122-2015-TR, mediante la cual se creó el “Módulo de Información y Orientación sobre Teletrabajo”, que se encuentra bajo la supervisión directa de la Dirección Regional de Trabajo y Promoción del Empleo de Lima Metropolitana.

Por otra parte, es notable la resolución ministerial 260-2016-TR, que modificó la resolución ministerial 121-2011-TR, y aprobó la información contenida en la planilla electrónica. Para tal efecto, se planteó la modificación de la denominación del numeral 2.2.9. de la referida norma a “Situación especial del trabajador: de dirección, confianza, teletrabajo”. Se incorporó, además, la tabla 35 sobre la “Situación especial del trabajador y teletrabajo” con su nota aclaratoria”.

La indicada norma, en su artículo 2 estableció que, a partir del primero de noviembre del año 2016, era obligatorio el registro de la información relativa al teletrabajador.

Los empleadores que empleen teletrabajadores declaran en el Registro de Información Laboral (T-Registro) de la Planilla Electrónica la modalidad completa o mixta aplicada en la respectiva prestación de servicios, conforme a lo previsto en la Ley N° 30036, Ley que regula el Teletrabajo, y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 017-2015-TR.

Sobre el particular, es relevante tener en cuenta que el:

Teletrabajo comprende diversas situaciones y prácticas cambiantes [...] que haga posible considerar las diversas formas de teletrabajo regular y reconocer [su] importancia [...] en la modernización de la organización del trabajo.²⁰

48

Al respecto podemos agregar que “El sistema jurídico peruano se ha adaptado a las nuevas exigencias de los tiempos modernos. En concordancia con los avances del derecho informático”.²¹

²⁰ VALENCIA CATUNTA, ANA MARÍA CECILIA, *Aspectos Regulatorios del Teletrabajo en el Perú: Análisis y Perspectiva*, Revista *Ius (México)*, vol. 12, núm. 41, p. 208. [Consulta: 1 de octubre, 2019]. Disponible en: <https://revistaius.com/index.php/ius/article/view/319/599>

²¹ ESPINOZA CÉSPEDES, JOSÉ FRANCISCO, *Entre la firma electrónica y la firma digital: aproximaciones sobre su regulación en el Perú*, Revista *Ius (México)*, vol. 12, núm. 41, p. 208. [Consulta: 1 de octubre, 2019]. Disponible en: <https://revistaius.com/index.php/ius/article/view/315/601>

Dicha situación permitió regular en la legislación peruana, entre otros aspectos de interés iusinformático, el teletrabajo.

En el contexto de la revolución digital, la aplicación del SPIJ como elemento inmaterial generado en el marco de la evolución de la informática jurídica, al servicio del derecho, nos permite interactuar en la “era de la globalización digital caracterizada por los flujos constantes de datos que transmiten información, ideas, innovación, interacciones humanas”.²²

Con la finalidad de generar un espacio de estudio de los aspectos laborales aplicables al trabajo en medios electrónicos, es necesario implementar en el SPIJ un módulo exclusivo relativo al teletrabajo, en vista de que existen diversas normas aplicables al respecto. Es necesario resaltar que Ley del Teletrabajo se encuentra debidamente reglamentada y en plena vigencia. El módulo antes señalado debe incorporarse en el módulo de derecho informático, del cual somos autores desde su creación en el 2001. Debe replicarse en el ítem normas complementarias del módulo de Legislación Laboral y Seguridad Social.

6. Plataformas para la transferencia de información jurídica sistematizada

Desde sus inicios, el SPIJ brindó sus servicios a través de cd, mediante el pago de una tasa. Luego se migró de tecnología a dvd y, posteriormente, se implementó su plataforma web.

Desde sus orígenes, la evolución el SPIJ estuvo imbuida de una filosofía vinculada con la modernización del Estado. En su permanente actualización, se mostró el interés por dotar al ciudadano de servicios de calidad, seguros, rápidos y confiables.

El arduo trabajo efectuado en el SPIJ por destacados profesionales, entre los que resalta Ana María Martínez Berndt, como directora del referido sistema, se configura como un antecedente importante y revolucionario para la transferencia de información jurídica sistematizada por medios electrónicos. En ese sentido, es una realidad que el SPIJ sentó las bases para el gobierno electrónico en el Perú a partir de la aplicación de la informática jurídica documental por la década de los años noventa.

En la actualidad, el SPIJ se viene adaptando permanentemente para su correcta aplicación al gobierno digital, institución iusinformática aprobada

²² BECERRIL GIL, ANAHIBY ANYEL y SAMUEL ORTIGOZA LIMÓN, *Habilitadores tecnológicos y realidades del derecho informático empresarial*,

JOSÉ FRANCISCO ESPINOZA CÉSPEDES

por el decreto legislativo 1412, norma denominada “Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Gobierno Digital”.

El referido decreto legislativo, conforme con lo establecido en su artículo 4,²³ tiene por finalidad:

Mejorar la prestación y acceso de servicios digitales en condiciones interoperables, seguras, disponibles, escalables, ágiles, accesibles, y que faciliten la transparencia para el ciudadano y personas en general [y] Promover la colaboración entre las entidades de la Administración Pública, así como la participación de ciudadanos y otros interesados para el desarrollo del gobierno digital y sociedad del conocimiento.

En dicho ámbito, podemos señalar que el SPIJ evolucionó hacia la transferencia de información jurídica por medios electrónicos tanto a nivel del derecho laboral como de las demás ramas del derecho a través de un sistema interactivo denominado SPIJ libre. En dicho contexto, es necesario recordar que el SPIJ:

Es una edición oficial a través de medios electrónicos elaborada por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos del Perú, en cumplimiento a su función de sistematizar y difundir la legislación, expresada en la Ley de Organización y Funciones del Sector Justicia y Derechos Humanos y en su Reglamento [...] contiene la legislación nacional vigente y derogada en textos completos concordados y actualizados, así como información jurídica complementaria.²⁴

Sobre el particular, es importante señalar que la función de sistematización prevista en el ROF del Ministerio de Justicia permitió que el Sistema Peruano de Información Jurídica mejore permanentemente sus criterios, búsquedas y parámetros de organización de toda la información que obra en su infobase. Esta última se encuentra sistematizada; en la actualidad, por ejemplo, permite interactuar en tiempo real y en cuestión de segundos con las normas laborales. Presenta al usuario contenidos debidamente ordenados, concordados, sumillados y sistematizados.

²³ Conforme con lo previsto en el artículo 4 del Decreto Legislativo 1412, es posible crear la convicción sobre el desarrollo técnico alcanzado por el SPIJ para la generación de la adecuadas condiciones de interoperabilidad tanto a nivel del uso del cd, dvd, aplicaciones para móviles y en el contexto de la plataforma del SPIJ libre.

²⁴ “Sistema Peruano de Información Jurídica”, *Minjus*. [Consulta: 26 de setiembre, 2019]. Disponible en: http://spij.minjus.gob.pe/normativa_libre/login.asp

En tal sentido, debe tenerse en cuenta que el indicado instrumento inmaterial (SPJ) fue diseñado mediante el uso de:

Potentes herramientas de búsqueda y recuperación de la información que le permite un acceso fácil y fluido a la legislación a través de: palabras, frases, número de norma, tipo de norma, por materia, por sectores, fecha de publicación, a nivel de sumillas, por órgano emisor, etc.²⁵

7. Conclusiones

En primer lugar, los diversos desarrollos web a nivel 2.0 lograron un adecuado espacio de interacción para actividades informáticas y jurídicas. Así, favorecieron el entorno iusinformático en un contexto armónico que permitió el desarrollo de la sistematización jurídica, como baluarte para el crecimiento personal y profesional de los abogados que interactúan a nivel de la aplicación informática al derecho, desde una perspectiva instrumental.

En segundo lugar, la informática jurídica aplicada a las fuentes del derecho revolucionó los sistemas jurídicos de búsqueda de datos, informaciones y conocimientos legales, al generar un entorno de eficiencia a favor del ciudadano a partir de la interacción con infobases, bancos de datos o bases de datos jurídicas de alto nivel técnico para la recuperación de la información legal sistematizada.

En tercer lugar, el desarrollo de la ciencia y la tecnología impacta positivamente en el derecho. La informática jurídica surge como la rama de la informática llamada a generar espacios de investigación y desarrollo para la defensa de los trabajadores en el mundo laboral, así como el desarrollo del derecho al trabajo, con una creciente aplicación e impacto en las otras ramas del derecho.

A nivel doctrinario, se viene investigando sobre la aplicación y desarrollo de la informática jurídica con la finalidad de determinar su importancia en los procesos técnicos y jurídicos para el desarrollo de una eficiente labor legal en un contexto operacional del derecho en el ámbito laboral.

Por otro lado, la evolución del teletrabajo en el Perú ha generado un marco normativo importante para su promoción y desarrollo. Por lo tanto, es necesario incorporar al SPJ un módulo sobre dicha materia, el cual debe insertarse tanto en el módulo de derecho informático como en el módulo de derecho laboral.

²⁵ "Sistema Peruano de Información Jurídica", *Minjus*. [Consulta: 26 de setiembre, 2019]. Disponible en: http://spji.minjus.gob.pe/normativa_libre/login.asp

JOSÉ FRANCISCO ESPINOZA CÉSPEDES

Asimismo, el tratamiento sistematizado de la información legal, en un contexto de revolución digital, es plenamente aplicable al derecho laboral y al derecho al trabajo a través de las diversas herramientas del Sistema Peruano de Información Jurídica. Esta situación genera alto valor a las diversas actividades jurídicas que se viene ejecutando en beneficio del derecho y de la sociedad en su conjunto. Todo ello está en íntima relación con el quehacer ciudadano, aportando para el desarrollo de un contexto técnico y iusinformático para el gobierno digital.

Por su parte, el desarrollo de la informática jurídica y su influencia en el mundo del derecho se volvió un instrumento de vital importancia para el ejercicio legal con sustento técnico y jurídico. Así, logró trascender desde el mundo del papel hacia el contexto digital, lo que permitió realizar un gran salto para el ejercicio profesional de calidad, para los operadores jurídicos.

Finalmente, se ha llegado a la convicción que el Sistema Peruano de Información Jurídica representa un eficiente aporte tanto para la revolución digital como para el mundo laboral y el trabajo en un contexto de sistematización jurídica en el ámbito jurídico peruano. En un contexto de informática jurídica documental, es plenamente aplicable al derecho al trabajo.

Bibliografía

- ACED TOLEDANO, CRISTINA, *Perfiles profesionales 2.0*, Barcelona, Editorial UOC, 2010.
- BLÁZQUEZ ANDRÉS, MARÍA DEL CONSUELO y CARRASCOSA LÓPEZ, VALENTÍN, *El derecho de la informática en la formación de juristas e informáticos*, Congreso Internacional de Informática y Derecho FIADI, núm. 5, Mérida, 1995.
- BAUZA REILLY, MARCELO, *La información jurídica: adecuado análisis, correcto procesamiento y buena recuperación*, Congreso Internacional de Informática y Derecho FIADI, núm. 5, Mérida, 1995.
- CASTRO FERNÁNDEZ, JUAN DIEGO, *Base de Datos Constitucional*, Congreso Internacional de Informática y Derecho FIADI, núm. 5, Mérida, 1995.
- DE CARTOLANO, SILVIA, *Bancos de datos jurídicos*, Congreso Internacional de Informática y Derecho FIADI, núm. 5, Mérida, 1995.
- ESPINOZA CÉSPEDES, JOSÉ FRANCISCO, *Entre la firma electrónica y la firma digital: aproximaciones sobre su regulación en el Perú*, *Revista Ius (México)*, vol. 12, núm. 41, p. 208. [Consulta: 1 de octubre, 2019]. Disponible en: <https://revistaius.com/index.php/ius/article/view/315/601>
- “¿Estamos listos para la web 5.0?”, Infotecarios. [Consulta: 29 de setiembre de 2019]. Disponible en: <http://www.infotecarios.com/estamos-listos-la-web-5-0/#.W9gH9GgzayY>

- GUIBOURG, RICARDO, “Informática Jurídica”, *Biblioteca Jurídica de la UNAM*. [Consulta: 1 de octubre, 2019]. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3875/25.pdf>
- HOLGADO SÁEZ, CHRISTINA, *Nuevos tiempos, universidad y tic's: ¿qué aporta internet al profesor de lenguas modernas?*, Alicante, Área de Innovación y Desarrollo, 2016.
- LÓPEZ-IBOR MAYOR, VICENTE y GARCÍA DELGADO, SONSOLES, *Situación del derecho informático en España y en Europa: algunas consideraciones*, Congreso Internacional de Informática y Derecho FIADI, núm. 5, Mérida, 1995.
- MAYO DE GOYENECHÉ, MARIE CLAUDE, *Informática jurídica*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1991.
- PISANI, FRANCIS y PIOTET, DOMINIQUE, *La alquimia de las multitudes: cómo la web está cambiando el mundo*, Barcelona, Paidós, 2009.
- PEÑARANDA QUINTERO, HÉCTOR RAMÓN, “Nociones Generales Acerca de la Cibernética y la Iuscibernética”, *Revista Chilena de Derecho Informático*, núm. 1.
- RAMOS MARTÍN, ALICIA y RAMOS MARTÍN, MARÍA JESÚS, *Aplicaciones web*, Madrid, Paraninfo, 2014.
- REYES OLMEDO, PATRICIA, “Informática, Seguridad Jurídica y Certeza en el Conocimiento del Derecho”, *Revista Chilena de Derecho Informático*, núm. 1
- RÍOS ESTAVILLO, JUAN JOSÉ, *Derecho e informática en México. Informática jurídica y derecho de la informática*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1997.
- “Sistema Peruano de Información Jurídica”, *Minjus*. [Consulta: 26 de setiembre, 2019]. Disponible en: http://spij.minjus.gob.pe/normativa_libre/login.asp
- VALENCIA CATUNTA, ANA MARÍA CECILIA, *Aspectos Regulatorios del Teletrabajo en el Perú: Análisis y Perspectiva*, *Revista Ius (México)*, vol. 12, num. 41, p. 208. [Consulta: 1 de octubre, 2019]. Disponible en: <https://revistaius.com/index.php/ius/article/view/319/599>
- VALLEJO, JESÚS, “Acerca del fruto del árbol de los jueces. Escenarios de la justicia en la cultura del ius commune”, *La justicia en el derecho privado y en el derecho público*, España, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, 1998.

La responsabilidad social de la empresa estatal en el ejercicio pleno de los derechos de los trabajadores en la empresa estatal en Cuba* / *The Social Responsibility of the State Enterprise in the full Exercise of the workers' Rights of the State-own Firms in Cuba*

Lien Soto Alemán**

Jennifer Batista Torres***

RESUMEN

El proceso de reformas económicas emprendido en Cuba en los últimos años tiene en la empresa estatal un epicentro clave. Los documentos políticos declaran que la empresa estatal socialista es el eslabón fundamental de la economía, y se complementa en su gestión con el resto de los sujetos económicos. Alrededor de todo esto se encuentran como eslabón esencial los trabajadores, recursos humanos indispensables para llevar a cabo dicho proceso. El presente trabajo pretende un acercamiento a la perspectiva laboral de la responsabilidad social de la empresa desde espacios estatales cubanos, y el impacto que tiene la misma en el ejercicio pleno de los derechos de los trabajadores que son reconocidos por el ordenamiento jurídico cubano. De esta manera, se demostrará cómo la responsabilidad social de la empresa se puede convertir en una herramienta al servicio de los trabajadores en pos de la construcción de la sociedad socialista próspera y sostenible a la que aspira Cuba hoy.

PALABRAS CLAVE: Responsabilidad social de la empresa, derechos laborales, Cuba.

ABSTRACT

The process of economic reforms undertaken in Cuba in recent years is a key epicenter in the State-run Firms. The political documents declare that the Socialist State Enterprise is the fundamental link in the economy, and is complemented in its management with the rest of the economic subjects/agents. Around all this, workers are the essential links, essential human resources to carry out this process. This paper intends to approach the labor perspective of the company's social responsibility of the Cuban state own Firms, and the impact that it has on the full exercise of the workers' rights who are recognized by the Cuban legal system. In this way, it will be demonstrated how the company's social responsibility can become a tool at the service of workers in pursuit of the construction of the prosperous and sustainable socialist society to which Cuba aspires today.

KEY WORDS: Corporate Social responsibility, labor rights, Cuba.

* Artículo de investigación. Recibido el 28 de septiembre de 2018 y aceptado para su publicación el 25 de junio de 2019.

** Profesora auxiliar en la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana, Cuba. (lien@lex.uh.cu) orcid.org/0000-0001-9057-278X

*** Profesora asistente en la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana, Cuba. (jennylex91@gmail.uh.cu) orcid.org/0000-0002-7945-1079

SUMARIO

1. Introducción
2. Responsabilidad social empresarial (RSE): perspectiva teórica
3. Una mirada a la RSE en la empresa estatal en Cuba
4. Nociones sobre los derechos de los trabajadores reconocidos en el ordenamiento jurídico cubano
5. La RSE en el ejercicio de los derechos de los trabajadores
6. Ideas conclusivas

1. Ideas introductorias

La empresa estatal cubana es el eslabón fundamental de la economía, a ella corresponde articular los objetivos económicos y sociales en la continua construcción de la sociedad a la cual aspira Cuba hoy. Así, se parte de su anclaje a las comunidades mismas donde enmarca su gestión. Dicho anclaje se debe favorecer con el proceso de reestructuración institucional y funcional que enfrenta el sector empresarial, el cual decreta la separación de funciones estatales y empresariales, así como una mayor autonomía del sector. Por ello, se espera una mayor responsabilidad social por parte de estas empresas.

La visión de los lineamientos¹ en torno a la responsabilidad social se centra en exigencias para aquellas empresas que llevan a cabo el ciclo completo de investigación, desarrollo, producción y comercialización con fines sociales. Tal es el caso de las vinculadas al grupo empresarial Biocubafarma, sin embargo, esta concepción debe ser analizada holísticamente en todo el esquema empresarial del país, desde las más favorecidas en términos de infraestructura a las que lo son menos. De ahí la pertinencia social de los estudios que tratan este fenómeno, el cual implica dos aspectos: el interno, por la necesaria articulación de los diferentes actores sociales, como los gobiernos locales, el sistema empresarial y las comunidades del país en general; el externo porque las compañías consultan cada vez más las prácticas y políticas de RSE de sus proveedores, de modo tal que este tipo de requerimiento se muestra como una constante en aumento.

Sobre todo, es importante analizar la influencia de la RSE en materia laboral, elemento fundamental que incide directamente en la motivación de los trabajadores, en el aumento de la producción y, en definitiva, en la satisfacción

¹ "Actualización de los Lineamientos de la Política Económica y Social del Partido y la Revolución para el período 2016-2021", *Cuba debate*. [Consulta: 2 de octubre, 2017]. Disponible en: <http://www.cubadebate.cu/especiales/2016/09/13/vea-el-texto-integro-de-la-actualizacion-de-los-lineamientos-para-el-periodo-2016-2021-pdf>

de las necesidades de la sociedad. En el caso cubano, el ámbito interno de la RSE es la que más se manifiesta en esta materia. Las regulaciones sobre el sistema de gestión de la empresa estatal establece, pues, una serie de elementos para que se cumplimente.

Por lo anterior, este trabajo tiene como fin ser un acercamiento a la perspectiva laboral de la responsabilidad social de la empresa desde espacios estatales cubanos. Asimismo, indaga en el impacto que tiene la misma en el ejercicio pleno de aquellos derechos de los trabajadores que son reconocidos por el ordenamiento jurídico cubano.

Para ello, en un primer momento, el trabajo analiza cuestiones generales sobre la RSE y su visión en Cuba. Con posterioridad, se describen algunos de los derechos laborales reconocidos en el ordenamiento jurídico cubano y se valora el impacto de la RSE en su ejercicio. Por último, se expresan algunas ideas conclusivas.

2. Responsabilidad social empresarial (RSE): perspectiva teórica

El concepto de responsabilidad ha sido un término de referente común para diferentes ámbitos de la vida, y el derecho lo ha trabajado ampliamente desde la teoría general de la responsabilidad. En busca de un sentido concreto, el derecho ha concebido la responsabilidad a través de los criterios de imputación. Para comprender el término de responsabilidad social, el análisis debe partir de entenderla como un compromiso ético-moral de individuos, grupos, entidades, organismos e instituciones con la sociedad.

La RSE ha sido un tema presente desde principios del siglo XX, aunque las bases conceptuales son mucho más antiguas, siendo tradicionalmente reconocido el vínculo entre la sociedad y la empresa mediante la filantropía una acción de caridad de la empresa hacia su comunidad.² A partir de mediados del siglo XX, este fenómeno acentuó su presencia en el sector empresarial, dada la

² No se debe confundir la filantropía con la responsabilidad social por cuanto las actividades filantrópicas por sí mismas no consiguen el objetivo de integrar la responsabilidad social en la organización; en ello ha insistido la norma ISO 26000, que será abordada más adelante.

Mientras la filantropía es una actividad realizada con fines meramente caritativos, donde la empresa no recibe un retorno, la RSE es una estrategia competitiva de sostenibilidad y legitimidad de la empresa, basada en que su fortaleza depende en gran parte del desarrollo social de la comunidad donde se establece. De esta manera, la empresa desarrolla una actuación proactiva, ofreciendo empleo estable, manteniendo relaciones armónicas con sus miembros y con la sociedad, y llevando a cabo una gestión sustentable desde el punto de vista ambiental. Véase IBARRA MARES, ALBERTO, CASTRILLO GALVÁN, ALEXANDER, "Emprendimiento para Creación de Empresas con Responsabilidad Social Empresarial (RSE): metodología y aplicación del modelo GEM", *Eumed*. [Consulta: 20 de mayo, 2017]. Disponible en: <http://www.eumed.net/libros-gratis/2014/1363/emprendimiento.html>

proliferación de temas relevantes como los derechos laborales, la protección al consumidor y los problemas ambientales.

Diferentes teorías han explicado el comportamiento social de las empresas desde enfoques economicistas entre ellos Milton Friedman, para quien existe una única responsabilidad social de la empresa y es utilizar sus recursos y compromisos para obtener las más altas ganancias, ello en un mercado abierto, competitivo y libre,³ hasta teorías de carácter político, que no centran su atención en la generación de riqueza, y otras sobre ética y moral. Todas germinaron y se han desarrollado en economías de mercado.

Actualmente, la RSE es concebida como una nueva forma de hacer negocios, donde el objetivo estratégico de la empresa no solo se enfoca en la generación de utilidades y el rendimiento económico de esta, sino en la búsqueda de valor para todos los grupos de interés (teoría *stakeholders*) con los cuales interactúa en su gestión. Esto, desde una triple dimensión: económico, social y ambiental sostenible.⁴ La dimensión social refiere a la articulación de intereses económicos con intereses sociales de la comunidad donde inserta su gestión el sujeto. Mientras, la laboral se remite a las políticas de empleo, seguridad y salud en el trabajo, capacitación y educación, así como ambiental, mediante la prevención de riesgos ambientales, mitigación de daños, actitudes proactivas ante el cuidado del ambiente, formación y educación, consumo responsable, entre otras.⁵

El creciente interés por el tema ha motivado que organismos como la Comisión Europea (CE) y la Organización Internacional del Trabajo (OIT) se pronuncien aportando conceptualizaciones del fenómeno. Otros, como la Organización de Naciones Unidas (ONU), la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) y la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (Cepal) destacan su importancia pero se limitan a enunciar una serie de principios

³ En su texto *Capitalism and Freedom* refiere "There is one and only one social responsibility of business to use its resources and engage in activities designed to increase its profits so long as it stays within the rules of the game, which is to say, engages in open and free competition, without deception or fraud. Similarly, the "social responsibility of labor leaders is to serve the interests of the members of their unions". FRIEDMAN, MILTON, *Capitalism and Freedom*, Chicago, Chicago University Press, 1982, p. 112.

⁴ VACA COSTA, ROSA MARÍA, MORENO DOMÍNGUEZ, MARÍA JESÚS y RIQUEL LIGERO, FRANCISCO, "Análisis de la Responsabilidad Social Corporativa desde tres enfoques; *stakeholders*, capital intelectual y teoría institucional", *Revista Conocimiento, innovación y emprendedores; camino al futuro*, núm. 6., p. 18.

⁵ Desde los años ochenta se asistió a una creciente conciencia pública en relación con el papel de los negocios en la sociedad tras desastres medioambientales como Chernobyl y Exxon Valdez. Para los años noventa, el Informe Brundtland (1987) y la Cumbre de Río (1992) inspiraron un concepto de desarrollo más allá del crecimiento económico y de la continua generación de riqueza definida exclusivamente en términos financieros para englobar conceptos vinculados a la calidad de vida. Se manejaba el término desarrollo sostenible como el desarrollo que satisfacía las necesidades de las generaciones presentes sin comprometer las posibilidades de las del futuro para atender sus propias necesidades.

o recomendaciones para que las empresas asuman estándares mínimos más responsables con la sociedad y contribuyan al desarrollo sostenible. A manera de ejemplo, en el caso de Naciones Unidas, el Pacto Mundial (Global Compact), es un instrumento cuya finalidad esencial ha sido promover la responsabilidad social y el desarrollo sostenible de las empresas, con base en diez principios cuya fuente son la Declaración de Río, la Declaración Universal de Derechos Humanos y la Declaración de principios laborales de la oit.

En cuanto a los modelos por instrumentar para su desarrollo óptimo, la norma iso 26000:2010,⁶ “*Guidance on Social Responsibility*”, proporciona una guía para todo tipo de organizaciones, tanto en el sector público como en el privado, en los países en desarrollo y en los desarrollados, así como en las economías en transición, sobre temas relacionados con la responsabilidad social empresarial. Esta norma plantea como objetivo esencial que las organizaciones tomen responsabilidad ante los impactos que sus decisiones y actividades ocasionan en la sociedad y en el ambiente, mediante un comportamiento ético y transparente. Establece como principios básicos los siguientes: responsabilidad, transparencia, ética, enfoque *multistakeholder*; respeto a leyes y normas, respeto a normas internacionales de comportamiento, y respeto a los derechos humanos.

Un ejemplo de estos sistemas de certificación, aplicable esencialmente a la temática laboral de la RSE es la SA8000. Se trata de un código que intenta normalizar la gestión ética de las empresas, para lo cual incorpora los derechos laborales fundamentales. Sin embargo, no incluye aspectos relacionados con el buen comportamiento medioambiental. Tiene, por tanto, un carácter parcial respecto a la RSE, al centrarse exclusivamente en las condiciones de los lugares de trabajo y en la mejora de las condiciones laborales. Es auditable y certificable por terceras partes.⁷

En otro orden, una parte importante de las discusiones en torno a la RSE se centra en su exigibilidad o voluntariedad. Así, se cuestiona si debe dejarse su práctica a la autorregulación de las empresas o, por el contrario, si debe reforzarse mediante mecanismos de regulación de los Estados. Por ello, a continuación expondremos algunas ideas que sustentarán conclusiones más adelante.

⁶ Organización Internacional de Normalización (iso) cuenta con una membresía de más de 160 organismos nacionales de normalización de países grandes y pequeños, industrializados, en desarrollo y en transición, en todas las regiones del mundo. Sus más de 18 400 normas proveen a las empresas, el gobierno y la sociedad de herramientas prácticas en las tres dimensiones del desarrollo sostenible: económica, ambiental y social. “Norma Internacional iso 26000:2010 Guía de Responsabilidad Social”, *International Organization for Standardization*. [Consulta: 12 de noviembre, 2014]. Disponible en http://www.iso.org/iso/iso_26000_project_overview-es.pdf

⁷ “Escuela de Negocios. Integración de la responsabilidad social de la empresa en la gestión de las Pymes y su incidencia en el empleo”, *Media*. [Consulta: 8 de febrero, 2015]. Disponible en: http://media.eoi.es/nw/Multimedia/EstudiosFSE/2005_02_estudiocompleto.pdf

Los que se inclinan por su voluntariedad argumentan que la RSE es la respuesta al fracaso de la regulación estatal en temas ambientales, sociales y laborales. Además, señalan que obligar a las empresas a desarrollar acciones socialmente responsables desnaturaliza la esencia misma de la figura. Los que se inclinan por su regulación arguyen que sin la intervención del Estado los comportamientos sociales pueden convertirse en simples etiquetas para atraer a los grupos de interés. Asimismo, consideran necesario el establecimiento de una normativa jurídica base sobre la cual la empresa tenga la libertad de hacer mayores acciones.

Entre los países que apuestan por su regulación a manera de “mínimos legales” y que tienen como objetivo esencial el fomento de la RSE, encontramos a España, pues en virtud de la Ley Estatal 2/2011 de “Economía Sostenible”,⁸ proporciona un marco general y transversal para las entidades públicas y privadas. De este modo, estructura principios que estaban dispersos, entre los cuales destacan la promoción y protección de los derechos fundamentales y la solidaridad intra e intergeneracional, así como los principios de precaución, y hacer que quien contamine pague en las actuaciones que afecten a la salud pública y al medioambiente.

La normativa establece con carácter obligatorio que las cooperativas incorporarán a sus informes de gestión el balance social, el cual acreditará el nivel de cumplimiento de los principios cooperativos y de los objetivos sociales, en cuanto a la preservación de su identidad, su incidencia en el desarrollo social y comunitario, así como el impacto ambiental, educativo y cultural.⁹

También la Junta de Extremadura promulgó en diciembre de 2010 la Ley de Responsabilidad Social de Empresas, la cual apela a las directrices emanadas de la Cumbre de Lisboa del 2000.¹⁰ El contenido de la normativa se dirige a la regulación del compromiso social de las empresas extremeñas, ya sean pequeñas, medianas o grandes. Entiéndase por empresas socialmente responsables aquellas que, además del cumplimiento estricto de las obligaciones legales vigentes, hayan adoptado la integración voluntaria de los valores y códigos éticos en su gobierno y gestión, en su estrategia, y en sus políticas y procedimientos.

⁸ “Ley No. 2 de Economía Social de España, de 29 de marzo de 2011”, *Boletín Oficial del Estado*, 30 de marzo, 2011. [Consulta: 21 de diciembre, 2017]. Disponible en: <https://www.boe.es/boe/dias/2011/03/30/.../BOE-A-2011-5708.pdf>

⁹ Confróntese con el artículo 61, el cual indica que las cooperativas incorporarán en sus informes de gestión, el balance social que acreditará el nivel de cumplimiento de los principios cooperativos, de los objetivos sociales, en cuanto a la preservación de su identidad, su incidencia en el desarrollo social y comunitario, impacto ambiental, educativo y cultural.

¹⁰ LARRÁN, JORGE, y ANDRADES PEÑA, FRANCISCO, *El marco legal e institucional de la responsabilidad social universitaria*, Foro de Consejos Sociales de las Universidades Públicas de Andalucía, Universidad de Granada. Granada, España, 2013, p. 35.

Todo ello, con base en las preocupaciones sociales, laborales, medioambientales y de respeto a los derechos humanos que surgen de la relación y el diálogo transparente con sus grupos de interés. De tal manera, estas empresas se responsabilizan de las consecuencias y los impactos que derivan de sus acciones. No obstante, ni la ley extremeña ni la normativa estatal establecen indicadores sociales para la medición del impacto social de las cooperativas. Por tanto, ello tiene lugar de manera espontánea a partir de estas organizaciones.

Igualmente, el creciente interés por la regulación de la figura¹¹ tiene ejemplos en la Ley de Sociedades de la India, en vigor desde el primero de abril de 2014,¹² así como en leyes específicas de responsabilidad social aprobadas en Dinamarca, Finlandia y Gran Bretaña; no en términos de cómo operar socialmente, sino del deber de reportar lo que hacen las compañías.

En el caso concreto de Francia y Portugal, es obligatorio presentar el reporte del balance social como instrumento de medición de la responsabilidad social empresarial. En el caso de América Latina, en Venezuela se aprobó en 2004 una ley de responsabilidad social en la radio y televisión; por su parte, en Argentina existe la Ley 25877 que regula la utilización del balance social para cualquier empresa, nacional o extranjera, pública o privada. Otros intentos se han dado en Brasil (2003) y en Colombia (2007), donde se presentaron proyectos de ley sobre RSE que no fueron aprobados.

Sintetizando las ideas expuestas, a nivel internacional es cada vez mayor el interés por la regulación de la RSE; sin embargo, habrá que tener en cuenta el contexto de cada país y su ordenamiento jurídico, pues este aporta la base legal sobre la cual se desarrolla la RSE. En todo caso, desde el punto de vista del derecho del trabajo, nos interesa enfatizar en la denominada responsabilidad social interna o laboral, que se refiere a la acción o actitud de la empresa ante sus trabajadores.¹³

¹¹ Véase SOTO ALEMÁN, LIEN, "La Responsabilidad Social Empresarial en Cuba: Una visión desde el conocimiento jurídico en pos del desarrollo local", *Revista Jurídica Direito*, vol. 26, p. 92.

¹² "Corporate Social Responsibility in India Potential to contribute towards inclusive social development Global CSR Summit 2013 An Agenda for Inclusive Growth". [Consulta: 28 de abril, 2017]. Disponible en: [https://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/EY-Government-and-Public-Sector-Corporate-Social-Responsibility-in-India/\\$File/EY-Corporate-Social-Responsibility-in-India.pdf](https://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/EY-Government-and-Public-Sector-Corporate-Social-Responsibility-in-India/$File/EY-Corporate-Social-Responsibility-in-India.pdf)

¹³ Para Merino Segovia otro uso de la expresión dimensión interna de la RSE es el de las acciones de la empresa respecto a su personal directo, denominando responsabilidad externa a la que se refiere a las acciones de los subcontratistas, concesionarios y proveedores. ERMIDA URIARTE, OSCAR, GIANIBELLI, GUILLERMO y ORSATTI, ÁLVARO, *Responsabilidad social empresarial: Perspectivas jurídicas para estrategias sindicales*, Uruguay, Friedrich-Ebert-Stiftung, 2009, p. 9.

3. Una mirada a la RSE en la empresa estatal en Cuba

En Cuba, el Estado, en su función empresarial, desempeña un rol esencial en la actividad económica. Con el triunfo de la Revolución en 1959 se inició el proceso de construcción del socialismo, para lo cual fue necesario reemplazar la propiedad privada de los medios de producción, por la propiedad estatal. El Estado fue concebido como el principal agente económico, como regulador y orientador del desarrollo, y como el emprendedor de las actividades conducentes a producir los bienes y servicios que el país requería, de acuerdo con los objetivos del plan. En tal sentido, abarcó todos los sectores económicos e intervino en la adquisición, gestión y comercialización de pequeñas actividades.¹⁴

Actualmente, en la gestión empresarial pública del país, confluyen diferentes formas organizativas. Por ejemplo, de acuerdo con el nivel de subordinación, existen las empresas locales –provinciales o municipales–, adscriptas al poder popular. También están las integradas a grupos empresariales vinculados a ministerios o atendidas por estas y las sociedades mercantiles de capital 100% cubano. Por su parte, en el sector mixto, se inscriben las empresas mixtas y los contratos de asociación económica internacional, aunque estos últimos no constituyen una figura jurídica nueva, y en el sector privado las sociedades mercantiles de capital 100% extranjero, entre otros.

Las concepciones referidas a la RSE, en términos de valores como la honradez, la solidaridad y la transparencia, han formado parte de la naturaleza misma del sistema empresarial estatal. Sus fundamentos se asientan en los propios valores que sostiene la economía socialista y en las exigencias refrendadas por la normativa para la empresa estatal. Así, esta debe garantizar la participación de los trabajadores en la dirección de la entidad como dueños de los medios de producción, en el mejoramiento de sus condiciones de trabajo; en la evaluación del nivel de satisfacción de estos, y en la elevación de sus conocimientos técnicos y culturales. En términos generales, la empresa debe considerar la promoción del crecimiento humano de sus trabajadores, mediante la formación de competencias profesionales y humanas.¹⁵

Esta normativa, aunque ha estado atenta a lograr la participación de los trabajadores en la gestión y dirección de las empresas, a la capacitación y formación de los trabajadores, y a la seguridad y salud de estos ante el trabajo –al enfocarse en la dimensión interna de la empresa, y en la externa a través de la

¹⁴ SOTO ALEMÁN, LIEN Y MORENO CRUZ, M., "Barreras administrativas a la gestión de la empresa pública en Cuba", Memorias del I Taller Internacional de Administración Pública en el marco del perfeccionamiento del modelo económico – CEAP, 2016.

¹⁵ (Rojas, 2010)

planificación con los objetivos de desarrollo económico y social del país—, no se puede confundir con la RSE. Esta última implica ir más allá del cumplimiento de las obligaciones legales (ambientales y laborales) de la empresa.

La primera norma que reglamentó el funcionamiento de la empresa estatal cubana, puesta en vigor mediante el Decreto 42 de 1979,¹⁶ refiere en su artículo 5: “En toda su actividad la empresa está obligada a respetar la Constitución, las leyes y demás disposiciones vigentes, entendiéndose que los derechos que le son concedidos deben ser ejercidos siempre en beneficio de la economía nacional y de los trabajadores de la empresa”.¹⁷

A su vez, las normas de la Unión y la Empresa Estatal —en vigor mediante el Acuerdo 2258 del Consejo de Ministros¹⁸ durante su periodo de vigencia para las empresas de subordinación nacional— establecían que la unión debía crear favorables premisas organizativas para mejorar las condiciones de trabajo y de vida de los trabajadores, particularmente de aquellos dedicados a la producción material.

El capítulo I, “Generalidades”, del Reglamento para la implantación y consolidación del Sistema de Dirección y Gestión Empresarial, en vigor mediante el Decreto 281 de 2007,¹⁹ establece que “el Sistema de Dirección y Gestión [...] tiene como objetivo supremo garantizar el desarrollo de un sistema empresarial organizado, disciplinado, ético, participativo, eficaz y eficiente, que genere mayores aportes a la sociedad socialista y que todas las empresas se conviertan en organizaciones de alto reconocimiento social”.²⁰ En tal sentido,

¹⁶ Permaneció vigente por más de treinta y cinco años; los últimos veinticinco, solo para las empresas de subordinación local. Actualmente derogada por el Decreto 335 “Del sistema empresarial estatal cubano”, publicado en la Gaceta Oficial Extraordinaria 58 de 13 de diciembre de 2017.

¹⁷ En esa misma línea, otro artículo del decreto establece:

Artículo 8: “La empresa forma y utiliza fondos de estimulación económica acorde con las reglamentaciones establecidas por el Consejo de Ministros, para la premiación material individual de sus trabajadores, para mejorar las condiciones de trabajo y socioculturales del personal, y para ampliar y perfeccionar la producción”.

¹⁸ También fue derogado por el Decreto 335 “Del sistema empresarial estatal cubano”, publicado en la Gaceta Oficial Extraordinaria número 58 de 13 de diciembre, 2017.

¹⁹ Publicado en la Gaceta Oficial Extraordinaria número 41 de 17 de agosto de 2007. Modificado por el Decreto 323 “De la Modificación del Decreto 281”, de 4 de marzo de 2014 y por el Decreto No. 335 “Del sistema empresarial estatal cubano”.

²⁰ El artículo 1 sobre los principios del sistema establece: “La atención al hombre y su motivación constituyen elementos fundamentales que sustentan el sistema, encontrándose en el centro de toda actividad humana, por lo que es necesario implantarla tanto en lo relativo a sus condiciones de vida y de trabajo como en cuanto a su participación en la dirección, creando un clima de trabajo socialista de ayuda y cooperación entre todos los trabajadores; el capítulo 4 regula lo relativo al sistema de ‘atención al hombre’.” Por otra parte, en el capítulo VII sobre el Sistema de Gestión Ambiental señala: “La incorporación de la gestión ambiental en los procesos productivos y de servicios, de las empresas que aplican el Sistema de Dirección y Gestión, tiene el propósito de prevenir, reducir y finalmente eliminar los impactos negativos que estos procesos causan al medioambiente, asegurando la protección y preservación de los recursos naturales sobre los cuales se sustenta la producción de bienes y servicios. Es una necesidad social insoslayable de las empresas proteger el ambiente.”

A lo largo de la normativa, se aprecian otros ejemplos, como en el caso de los artículos 645, 647 y 651.

y como apuntábamos antes, la empresa lleva implícita la exigencia de valores indicativos de responsabilidad social que contribuyan a la gestión eficiente de los recursos.

Sin embargo, ¿actúa de manera responsable la empresa estatal cubana? En términos laborales, valoremos cómo en ocasiones no se ejecutan presupuestos por concepto de capacitación de los trabajadores. Entre las causas para la suspensión de la aplicación del sistema de perfeccionamiento empresarial, ninguna contempla de manera expresa el incumplimiento de las responsabilidades sociales de la empresa. Además, las auditorías se centran en aspectos económico-financieros, y los balances se centran en reflejar la situación contable de las empresas.

Las afirmaciones expuestas encuentran sustento en los resultados obtenidos en el estudio de campo realizado. En la determinación de la muestra, y como criterio de selección, fueron escogidas diferentes empresas. Se tomó en cuenta el sector al que pertenece cada una, su tamaño y el impacto que tienen no solo en el avance de la economía nacional, sino también en el desarrollo de su localidad o municipio. Asimismo, se consideró el posible impacto en el medioambiente por su actividad económica.

Para una mayor comprensión del universo empresarial seleccionado, se parte de identificar el esquema empresarial estatal cubano a cierre de marzo de 2019.²¹ En este, se incluyen 85 organizaciones superiores de dirección empresarial (OSDE), de las cuales están perfeccionadas²² 50 (59%); sin perfeccionar, 35 (41%). Directamente, 65 son atendidas por los organismos de la Administración Central del Estado (OACE) y 20 son locales. Por sectores económicos, las empresas estatales se encuentran en diferentes agrupaciones de atención nacional. En primer lugar, están presentes en el comercio, con 21%, siguiéndole la industria con 19%, y la agricultura con 16%. En el ámbito local, las empresas se desarrollan esencialmente en el sector comercial, en el caso de Mayabeque, su grupo empresarial ofrece diversidad de producciones y prestación de servicios.

La base legal para las empresas estatales en Cuba es rica en prescripciones obligatorias en materia laboral y ambiental, y prevé valores y estrategias propias de la RSE. Evidentemente, esto la sitúa en posiciones ventajosas respecto de otros ordenamientos jurídicos. Sin embargo, ¿no esa brecha que se abre entre el comportamiento natural de cumplimiento de lo establecido y el “ir más allá” en sus acciones debe ser reforzada en su concepción desde el marco regulatorio?

²¹ “Anuario ONEI”, *Oficina Nacional de Estadísticas e Información*, 2018. [Consulta: 21 de marzo, 2019]. Disponible en: www.onei.cu

²² Se entienden “perfeccionadas” porque se insertan en el esquema institucional de separación de funciones estatales y empresariales.

Esto en términos que respondan a cómo puede registrarse; cómo puede medirse;²³ con base en qué valores y cuáles principios.

Estas interrogantes cobran especial atención en el contexto de actualización del modelo económico cubano, el cual prevé la vinculación de la gestión de la empresa con los territorios a partir de que, como norma, las empresas deben cubrir sus gastos con sus ingresos y generar utilidades. Así, el momento debe ser un nicho importante para la estimulación de iniciativas más sociales, y más responsables.

Por lo anterior, se ha de establecer un marco conceptual sobre RSE que articule los valores, los principios y los indicadores, según las condiciones y características del sistema socioeconómico cubano. En este sentido, el esclarecimiento de sus instrumentos de medición constituye un aspecto relevante por investigar en el contexto actual. Se debe tener en cuenta que la implementación de modelos genuinos de RSE en las empresas cubanas puede ser un catalizador en la economía de base.

Las empresas son el eslabón fundamental de la economía y, junto con los gobiernos locales y los grupos de interés identificados en la comunidad, pueden y deben contribuir a la adopción de acciones y estrategias de desarrollo local. Las riquezas del municipio cubano deben tomar en primerísima instancia las potencialidades económicas que presenta y a ello deben contribuir los sujetos económicos que operen en su entorno.

En el marco de este análisis la perspectiva laboral de la RSE es protagonista. Por ello, a renglón seguido, serán analizados los derechos de los trabajadores reconocidos en el ordenamiento jurídico cubano, así como su impacto en la RSE.

4. Nociones sobre los derechos de los trabajadores reconocidos en el ordenamiento jurídico cubano

En el ordenamiento jurídico cubano se reconocen explícitamente varios derechos laborales que derivan del propio reconocimiento del derecho a trabajar. Igualmente, los fundamentos políticos, sociales y económicos del país indican el

²³ Contabilizar el desempeño no financiero de las entidades ha sido una reclamación exponencial de la sociedad en las últimas décadas. Por tanto, se han presentado varias formas y modelos adoptados, desde las memorias de sostenibilidad, los indicadores del Global Reporting Initiative (GRI), la contabilidad de triple raya final (TRF) y el método de "tarjeta de puntuación del balance", por solo citar algunos.

papel que poseen el trabajo “y los trabajadores”. Tales derechos se encuentran regulados en la Constitución vigente²⁴ y en las leyes laborales.

Desde su preámbulo, la “ley de leyes” hace gala del valor que posee el trabajo para el sistema socialista. Establece que los ciudadanos cubanos son herederos del trabajo creador y de las luchas obreras por la dignidad plena del hombre y el reconocimiento de derechos. En este sentido, el Estado debe promover este derecho en tanto es fundamental. Por ello, debe garantizar que no haya hombre o mujer en condiciones de trabajar que no tenga la oportunidad de obtener un empleo, según el artículo 9, inciso *b*) constitucional.

Esta idea se acentúa al estar el trabajo refrendado en el capítulo VII, titulado “Derechos, deberes y garantías fundamentales”. En este sentido, se observan dos espacios esenciales: el derecho a trabajar y los derechos en el trabajo. En relación con el primero, la propia declaración del tipo de Estado avista que es socialista, de trabajadores, organizado con todos y para el bien de todos.²⁵ Por tanto, ello expresa la trascendencia de este derecho. De igual forma, existe una declaración expresa del principio de igualdad de derechos, incluyéndose la igualdad *en* y *al* trabajo.

Por su parte, la Constitución reconoce también varios de los derechos en el trabajo: derecho a una remuneración en correspondencia a la capacidad, cantidad y calidad de trabajo; derecho al descanso; derecho a la seguridad social, reconociendo además el derecho a la maternidad;²⁶ derecho a la seguridad y salud en el trabajo; derecho a la capacitación laboral²⁷ y el derecho de asociación.²⁸ Estos, a su vez, poseen un reflejo en el Código de Trabajo vigente que refuerza su contenido.²⁹

Los derechos laborales en Cuba se rigen por los principios de supresión de la explotación del hombre por el hombre; distribución socialista; igualdad de salario por trabajo igual; prohibición del trabajo infantil y protección especial a jóvenes de entre quince y dieciocho años.³⁰ Todos ellos son muestra del sistema de relaciones de trabajo en una sociedad socialista, donde se busca el bienestar

²⁴ Este artículo fue escrito en el tránsito constitucional donde aún no había sido aprobada la Constitución cubana de 2019. Sin embargo, el mencionado texto del año 2019 reconoce los mismos derechos laborales que su idéntica del 76, solo que reformula su redacción. De igual manera, se establece en el artículo 1 que la sociedad socialista se funda en el trabajo, el cual es un deber social y un motivo de honor. De tal suerte, se reconoce como un derecho fundamental y se introduce el término de empleo digno, así como el derecho de los trabajadores a participar en la gestión y dirección de la empresa. Ambos elementos que tienen una gran influencia en la RSE.

²⁵ Artículo 1 constitucional.

²⁶ Artículo 44, penúltimo párrafo de la Constitución cubana.

²⁷ Artículo 51, segundo párrafo constitucional.

²⁸ Artículo 54 de la Constitución.

²⁹ Artículos 1, 2, 13, 59 y ss., 84 y ss., 109 y ss., 126 y ss., 165 del vigente Código de Trabajo

³⁰ Artículo 2 en relación con los artículos 64 y ss., todos del vigente Código de Trabajo.

del trabajador y de su familia, al ser impulsores de la economía. Expliquemos brevemente el alcance de estos derechos en el ordenamiento jurídico cubano para comprender cómo se materializa su ejercicio.

Iniciemos con el derecho al trabajo. Este es un derecho cuyo primer reconocimiento constitucional apareció en la Constitución cubana de 1940. Como derecho humano fundamental, implica la posibilidad de que toda persona, apta para ello, realice una labor “en condiciones dignas” con el fin de satisfacer sus necesidades; así como la posibilidad de percibir que sus Estados realizan esfuerzos para la promoción de empleos y políticas públicas en aras de su protección y promoción. Esto significa, pues, tener acceso a un empleo o a la posibilidad de realizar un trabajo para satisfacer necesidades personales, familiares y sociales. No se hace distinción entre el sector en el que se trabaje, ni en la forma en que se haga.

Como parte de este derecho, se encuentra la dignidad o la decencia del trabajo. Será entonces un trabajo digno o decente aquel que se realice en condiciones propicias que garanticen la satisfacción más plena de todos los derechos “sobre todo laborales”. Este derecho se concentra en crear oportunidades para que los hombres y mujeres puedan conseguir un trabajo productivo en condiciones de igualdad, libertad, equidad, seguridad y dignidad humana. En esencia, trabajo digno implica que se respeten todos los derechos en el marco del empleo o de la actividad que se realice por cuenta propia.

Específicamente en Cuba, el derecho al trabajo se manifiesta como aquel atributo que posee todo individuo y que le permite realizar una actividad lícita, determinada y digna, a cambio de una remuneración. Asimismo, que se le garanticen los derechos en el trabajo que son reconocidos y garantizados por el Estado, según los principios sobre los cuales se erige el sistema económico cubano.

En consecuencia, un derecho que deriva de la realización del trabajo es el derecho al salario. Este derecho implica que todo trabajador tiene derecho a recibir una remuneración de acuerdo con su capacidad, calidad, cantidad y tiempo real trabajado. En el país, ello se rige por el principio de que “a cada cual, según su capacidad, a cada cual según su trabajo”. Es importante destacar que el salario constituye la forma principal de retribución por el trabajo para la satisfacción de las necesidades del trabajador y de su familia.

En este sentido, la ley laboral vigente establece un conjunto de garantías por las cuales este derecho puede ser plenamente disfrutado por todos los trabajadores. Entre las principales garantías destacan la posibilidad de que un familiar debidamente autorizado cobre el salario del trabajador, cuando ello se encuentre justificado. También destaca la facultad que tienen los trabajadores de examinar los documentos que sirvan de base para el pago del salario; la

inembargabilidad del salario —en tanto las retenciones solo podrán ascender a un tercio del salario devengado, pudiendo alcanzar hasta la mitad y solo en determinadas situaciones—, así como el derecho a reclamar ante los Órganos de Justicia Laboral por alguna violación relativa al pago de los salarios, entre otras.

Para lograr lo anterior, el empleador está obligado a realizar el pago del salario de forma mensual, en la moneda nacional de curso legal y siempre en el mismo periodo. De esta forma, si el día de realizar el pago corresponde con un día no laborable, este se hará efectivo antes, nunca después. En el caso de que ocurriese alguna situación especial que impidiera tomar todas estas providencias, el empleador debe negociar con la organización sindical de su centro la posibilidad de modificar alguna condición del pago del salario.

En cuanto al derecho al descanso, implica que el trabajador tiene derecho a recuperar sus energías físicas y psíquicas que ha gastado en la realización del trabajo. De esta forma, podrá encontrarse en óptimas condiciones para iniciar una nueva jornada laboral. Así, el trabajador tiene derecho al descanso diario y al descanso semanal. El descanso diario debe ser mayor que el tiempo de trabajo, de modo que el trabajador no solo pueda descansar, sino realizar determinadas actividades para su esparcimiento, y relacionarse con sus familiares.

Por su parte, el descanso semanal debe cumplir la regla de 24 horas consecutivas como mínimo. No obstante, tanto el descanso diario como el semanal pueden estar sujetos a excepciones, siempre y cuando se haya previsto en el convenio colectivo de trabajo, el trabajador voluntariamente lo acepte y se cumpla con la frecuencia mensual establecida para ello.³¹

Igualmente, el trabajador tiene derecho a disfrutar de vacaciones anuales pagadas. Ello se relaciona con la necesidad de que el trabajador tenga un mayor lapso para descansar o realizar la tarea que más le plazca y pueda incorporarse al trabajo con una mejor salud mental. Para el caso de los trabajadores del sector público, por cada once meses de trabajo efectivo, podrán vacacionar durante un mes. Es decir, el tiempo de vacaciones anuales es proporcional al tiempo real trabajado. Para los trabajadores del sector privado, se reconoce un día de descanso semanal y siete días naturales de vacaciones anuales pagadas, como mínimo. En este sentido, el empleador en el sector público puede planificar planes vacacionales para facilitar el disfrute y esparcimiento de sus trabajadores y familiares.

³¹ Artículo 87 del Código de Trabajo.

Como parte de este mismo derecho se deben mencionar las pausas en el trabajo, las cuales pueden o no considerarse como parte de la jornada laboral. El Código de Trabajo cubano es bastante claro al describir que dentro de la jornada el trabajador tiene una o dos pausas de una duración de 30 minutos para su descanso y cubrir necesidades personales. Pero estas no deben afectar las labores, ni modificar la duración de la jornada y el cumplimiento del horario de trabajo. Por su parte, no se contabilizarán las pausas para el almuerzo y la alimentación, cuya duración no debe ser inferior a 30 minutos.

Otro derecho reconocido en torno al trabajo es el de la seguridad y salud. El ejercicio de este derecho implica que el empleador debe garantizar condiciones seguras e higiénicas, prevenir los accidentes y enfermedades profesionales y otros daños a la salud y al medioambiente laboral.

En la ley de trabajo cubana se definen los conceptos de enfermedades, accidentes e incidentes laborales³² y se establecen los derechos de los trabajadores derivados de esta institución. Como garantía primaria a estos derechos, la ley también dispone las obligaciones de los empleadores en relación con la seguridad y salud en el trabajo. La siguiente tabla resume dichas cuestiones.

³²Artículos 128, 129 y 130.

Tabla 1. Derechos y deberes recíprocos de empleadores y trabajadores en materia de seguridad y salud en el trabajo

Obligaciones del empleador	Derechos del trabajador	Deberes del trabajador
Cumplir con la legislación sobre seguridad y salud en el trabajo y adoptar las medidas que garanticen condiciones laborales seguras e higiénicas.	Exigir el cumplimiento de dicha obligación.	Cumplir con la legislación en la materia y con lo establecido para garantizarle su seguridad.
Prevenir accidentes de trabajo, enfermedades profesionales, incendios, averías u otros.	Exigir el cumplimiento de dicha obligación.	Prevenir la ocurrencia de cualquiera de estos eventos.
Controlar, investigar e informar a las autoridades correspondientes sobre los accidentes de trabajo y otros similares.	Exigir el cumplimiento de dicha obligación.	Informar a los empleadores acerca de los incidentes y accidentes de trabajo.
Otorgar las prestaciones correspondientes en caso de accidentes de trabajo o enfermedades profesionales.	Recibir las prestaciones en servicio, en especie o monetarias.	Exigir dichas prestaciones.
Identificar y evaluar los riesgos en el trabajo y realizar acciones preventivas para disminuirlos o evitarlos.	Laborar en condiciones seguras e higiénicas.	Participar en la identificación y evaluación de los riesgos en el trabajo.
Instruir a los trabajadores sobre los riesgos en el trabajo y los procedimientos para realizar la labor de forma segura y saludable.	Recibir la instrucción.	Cumplir con las instrucciones recibidas.
Suministrar gratuitamente, conservar y mantener los equipos de protección personal, contra incendios y otros.	Recibir los equipos de protección personal.	Utilizar dichos equipos y velar por su conservación y mantenimiento.
Exigir a los trabajadores someterse a exámenes médicos cuando lo requieran.	Someterse a dichos exámenes.	Someterse a dichos exámenes.
Mantener adecuadas condiciones para el trabajo.	No laborar en su puesto de trabajo o no realizar determinadas actividades hasta que se elimine el peligro existente (derecho especial).	Trabajar provisionalmente en otro puesto de trabajo que le sea asignado por el empleador.

Fuente: elaboración propia.

Otro elemento que se debe tener en cuenta es la protección especial a las mujeres y los adolescentes y jóvenes en el trabajo, la cual se convierte en derecho y garantía. Esto se verifica en las políticas públicas que se trazan para promover la maternidad y evitar el trabajo infantil, pues disponen condiciones especiales para el trabajo de la mujer grávida y de los jóvenes entre 15 y 16 años autorizados a trabajar, así como aquellos que tienen 17 años y se encuentran realizando estudios universitarios o preuniversitarios.³³

En resumen, este derecho se refiere a que el trabajador, para llevar a cabo su labor, debe hacerlo en condiciones tales que se prevengan los accidentes, los incidentes y las enfermedades que impidan el ejercicio de su trabajo en el centro laboral.

Otro derecho que deriva de la posibilidad de trabajar es el de la capacitación. Este es el derecho de los trabajadores a elevar su instrucción en el trabajo, a partir de la adquisición de nuevos conocimientos, tanto teóricos como prácticos, que le posibiliten desempeñar con mayor eficacia su trabajo.

En este sentido, el empleador está en la obligación de garantizar a sus trabajadores este derecho, siempre y cuando los conocimientos que se adquieran tributen directamente a la labor que realice. Esta excepción se fundamenta, precisamente, en que el ejercicio de este derecho implica, a su vez, la afectación del proceso productivo, la prestación de servicios o la labor que se desempeñe.

Igualmente, el empleador y la organización sindical son sujetos de importancia para garantizar dicha prerrogativa. Así el empleador está en la obligación de organizar la capacitación y elaborar al efecto un plan de capacitación donde, entre otros, deberá tener en cuenta la preparación inicial para los jóvenes próximos a graduarse y aquellos individuos que se inicien en un puesto determinado.³⁴ En este caso, se le garantiza una remuneración equivalente al salario mínimo vigente.³⁵

Como contraste a estos derechos, se encuentra el derecho de asociación. Este derecho, por su parte, responde a la posibilidad que tienen los trabajadores de organizarse para fomentar y defender sus intereses. Así, en Cuba, este derecho se manifiesta en la prerrogativa que tienen todos los trabajadores para asociarse, voluntariamente y, así, aunar esfuerzos en la defensa de sus intereses y derechos. En este sentido, pueden hacerlo asociándose a las secciones sindicales reconocidas para tal efecto.

En este punto, vale la pena destacar el papel de los convenios colectivos de trabajo como instrumento fundamental que reconoce el pacto entre empleador y

³³ Artículos 64-68 del Código de Trabajo.

³⁴ Artículo 39 del Código de Trabajo.

³⁵ Artículo 30 del Reglamento del Código de Trabajo.

organización sindical. El propio Código de Trabajo dispone que las cláusulas del convenio colectivo de trabajo deben contener las especificidades de la entidad³⁶ sobre los deberes y derechos que asumen las partes para el cumplimiento de la legislación y, cuando resulta procedente, se han de basar en los lineamientos generales acordados entre el órgano, organismo de la Administración Central del Estado, entidad nacional y el sindicato nacional correspondiente.

Entre las cláusulas principales se encuentran las referidas al tiempo y duración del periodo de prueba, al régimen de trabajo y descanso y al horario de trabajo, a los términos de los componentes de la remuneración condicionados por el incremento de la eficiencia, la relación de los cargos y áreas de trabajo con doble turno, lo relativo a las convocatorias de plazas, a los cargos que se cubren por designación, a los trabajos de alto riesgo y las condiciones para realizar la evaluación de los trabajadores.³⁷

Como postulado, las cláusulas de los convenios colectivos de trabajo contrarias a la ley se consideran nulas a todos los efectos y carecen de valor legal. Además, son de obligatorio cumplimiento aún para aquellos trabajadores que no sean integrantes de la organización sindical firmante o que hayan ingresado a la entidad con posterioridad a su concertación.

Un elemento novedoso es que las partes pueden acordar extender la aplicación del convenio colectivo de trabajo a centros o áreas de trabajo fuera del lugar donde fue concertado, en cuyo caso pueden incluirse anexos donde queden incluidas las especificidades de cada lugar.

Su periodo de vigencia es de entre uno y tres años, prorrogables sin perjuicio de que puedan prever cláusulas revisables en periodos menores. Vencido el periodo previsto, las cláusulas que garanticen los derechos esenciales de los trabajadores continúan vigentes hasta que se suscriba el nuevo convenio colectivo de trabajo. Esto, sin dudas, constituye una garantía para los trabajadores.

Por último, para resolver las discrepancias que surjan en el proceso de elaboración, modificación y revisión del convenio colectivo de trabajo, así como en relación con la interpretación o cumplimiento de las cláusulas, las partes deben realizar una conciliación. De continuar sin acuerdo, deberán someterlo a un proceso de arbitraje que se describe en los artículos 218-221 del Reglamento del Código de Trabajo.³⁸

³⁶Artículo 10 de la Ley 116 de 2014. Para efectos de este código, se considera entidad a los órganos, organismos, entidades nacionales, organizaciones superiores de dirección, empresas, unidades presupuestadas, dependencias de las organizaciones políticas y de masas. Asimismo, las cooperativas y las formas asociativas autorizadas por la ley se consideran entidades con respecto a sus trabajadores asalariados.

³⁷Artículos 32, 85, 89, 114 y 188 del Código de Trabajo. Artículos 1, 24, 97 y 154 del Reglamento del Código de Trabajo; todos respectivamente.

³⁸"Decreto 326 Reglamento del Código de Trabajo de 12 de junio, 2014", *Gaceta Oficial Extraordinaria*, núm. 29.

Por último, el ordenamiento jurídico cubano reconoce además el derecho a la seguridad social. El disfrute de este derecho lleva consigo la posibilidad de que los trabajadores disfruten de subsidios o pensiones ante la ocurrencia de diversos hechos, como pueden ser la enfermedad, la edad y la invalidez. Además, en el caso de muerte del trabajador, sus familiares tendrán derecho a una pensión. En los casos especiales de los trabajadores por cuenta propia, la protección solo alcanza las condiciones de invalidez, edad o causa de muerte.

En Cuba, el Sistema de Seguridad Social está compuesto por tres regímenes que abarcan la seguridad y la asistencia social. La atención médica tiene un régimen independiente, pero se relaciona con las prestaciones en especie que reconoce el Sistema de Seguridad Social en Cuba. De hecho, es un derecho fundamental reconocido en la Constitución cubana.

El Régimen General de Seguridad Social garantiza la protección a los trabajadores asalariados y a su familia, incluyendo a la pareja, ante las contingencias que se regulan en la propia ley. En este régimen se encuentran las y los trabajadores del sector estatal, mixto, cooperativo y privado; organizaciones políticas, de masas, sociales, asociaciones. También se incluyen los que trabajan en el exterior con motivo de misiones diplomáticas, los sancionados penalmente, los trabajadores civiles de los ministerios de las Fuerzas Armadas Revolucionarias y del Interior, así como otros que reciben una subvención económica por realizar estudios de nivel superior, y los familiares de estas diferentes categorías.³⁹

Por otro lado, este sistema está dirigido a proteger a los trabajadores en los casos de enfermedad o accidente de origen común o profesional, maternidad, invalidez, vejez y, en caso de muerte, a sus familiares.⁴⁰ Su financiamiento se realiza a través del aporte del Estado, la contribución de las entidades laborales y de los propios trabajadores. Las prestaciones en las que se materializa la Seguridad Social cubana son las de servicios, en especie y monetarias.

En este sentido, la protección se extiende también hacia la maternidad y la paternidad. Reconocido usualmente como derecho a la maternidad, este está consagrado en Cuba, y en la actualidad se reconoce a todas las madres y padres que trabajan en el sector público, para propiciar la responsabilidad compartida con la familia en el cuidado y atención del menor de edad. En el caso de los trabajadores por cuenta propia se les reconoce solo a las madres trabajadoras. En general, su contenido implica la posibilidad de disfrutar de

³⁹ Artículo 12 de la Ley 105 de Seguridad Social. Ley núm. 105 "de Seguridad Social". Publicada en Gaceta Oficial núm. 4, extraordinaria, 22 de enero, 2009.

⁴⁰ Artículo 3 de la Ley 105 de Seguridad Social.

prestaciones económicas y sociales para atender a los niños y darles el cuidado que requieren durante el primer año de vida.

Pero como colofón de los derechos cuya implementación se convierte en garantía esencial, se encuentra el derecho a la promoción de acciones ante las instancias competentes. Este derecho se manifiesta en la posibilidad que tienen todos los trabajadores de iniciar acciones ante las autoridades competentes cuando sienten vulnerados sus derechos ante la imposición de una medida disciplinaria.

A la luz de las disposiciones del nuevo Código de Trabajo queda establecida en su artículo 166 la posibilidad que tienen los trabajadores de reclamar sus derechos de trabajo y de seguridad social ante el Sistema de Justicia Laboral, según el lugar en que laboren. Para ello, en cada centro laboral se conforman los Órganos de Justicia Laboral, los cuales constituyen la primera instancia de reclamación para las medidas disciplinarias y los derechos de trabajo. En los casos donde el trabajador aún sienta insatisfechos sus derechos, puede reclamar a las Salas de lo Laboral de los Tribunales Populares.

5. La RSE en el ejercicio de los derechos de los trabajadores

Teniendo como premisas los derechos previamente referidos, es posible afirmar que el ordenamiento jurídico cubano concerniente al sistema de dirección y gestión de la empresa estatal⁴¹ refiere la implementación de la RSE en este ámbito. Lo primero que salta a la vista es el hecho de que dos de los sistemas que componen la gestión y dirección de la empresa estatal cubana responden directamente al ejercicio de los derechos como parte de la RSE: el sistema de atención al hombre y el sistema de gestión del capital humano.

El sistema de atención al hombre tiene como fin fundamental garantizar la participación de los trabajadores en la dirección de la empresa, en el mejoramiento de sus condiciones de trabajo, en la evaluación del nivel de satisfacción de los trabajadores y en la elevación de sus conocimientos técnicos y culturales.

En este sentido, el empleador está en la obligación de concebir un conjunto de tareas, medidas y acciones que se orienten hacia la satisfacción de necesidades y la creación de nuevos valores en el trabajador. Así, la propia norma aclara que la atención al hombre es una práctica necesaria, factible y costeable, que se concibe como una inversión y no como un gasto.⁴²

⁴¹Véase el Decreto 281 de 16 de agosto de 2007, Reglamento para la implementación y consolidación del sistema de dirección y gestión empresarial estatal en *Gaceta Oficial Ordinaria* núm. 7, 18 de febrero, 2013.

⁴²Artículos 191 y 192 del Decreto 281.

En este sistema, también se incluye al estímulo a los trabajadores como un medio para motivarlos en el desempeño de su trabajo. Tiene prioridad la atención a los jóvenes, a las embarazadas y a los trabajadores que se distinguen por sus conocimientos técnicos, así como a los jubilados.

En cuanto a estos últimos, el artículo 198 hace referencia a la necesidad de prestar especial énfasis en ellos por cuanto continúan siendo personas activas de la sociedad “muchos de ellos reincorporados a su vida laboral”. Así, se les ha de mantener actualizados respecto a los nuevos proyectos y los resultados alcanzados, convocándolos a determinadas acciones donde puedan ayudar con sus conocimientos y experiencia; y, sobre todo, brindarles ayuda en momentos difíciles.

Lo cierto es que este sistema dedica todos sus esfuerzos al mejoramiento de las condiciones laborales y profesionales de los trabajadores, aun cuando se encuentren pensionados por edad, con licencia de maternidad o paternidad, o sean jóvenes que apenas se inician. De esta forma la motivación del colectivo laboral se armoniza con los intereses de la empresa, cumpliendo con sus objetivos e indicadores, mientras ello favorece la satisfacción de las necesidades de los trabajadores y de su familia.

En cuanto al sistema de gestión del capital humano, deriva de la propia organización del trabajo. El Decreto 281 la define como “la adecuada integración de los trabajadores con la tecnología, los medios de trabajo y los materiales, mediante un conjunto de métodos y procedimientos que se aplican para trabajar armónica y racionalmente, con niveles adecuados de seguridad y salud en el trabajo, que garanticen la calidad del producto o del servicio prestado y el cumplimiento de los requisitos ergonómicos y ambientales establecidos” (artículo 280).

Como parte de este sistema, se relacionan con la organización del trabajo los procedimientos de selección e integración al empleo,⁴³ las cuestiones relativas al periodo de prueba, a la contratación laboral y al régimen de trabajo y descanso. Así, se han de determinar los requisitos de idoneidad para cada cargo, y se establece la prioridad de ocupación de la plaza por parte de otros trabajadores de la propia empresa que cumplan los requisitos para ser promovidos. Las particularidades del periodo de prueba, otros elementos de la contratación laboral y el régimen de trabajo y descanso estarán descritas en el convenio colectivo de trabajo de cada entidad.

Además, en este convenio se estipulan los requisitos para la capacitación y el desarrollo de los trabajadores; la organización del salario —que responde al

⁴³Véanse los artículos 315 y ss. del Decreto 281.

principio de “a cada cual, según su capacidad, a cada cual, según su trabajo”—y, por supuesto, todo lo concerniente a la seguridad y salud de los trabajadores.

En cuanto al salario, los empleadores en conjunto con la organización sindical han de decidir qué forma de pago aplicar a la actividad concreta que realicen. En cuanto a la seguridad y salud en el trabajo, el empleador está en la obligación de elaborar una política sobre ella, así como planes de prevención de riesgos.

En esencia, en Cuba, la existencia un marco regulatorio que explicita las obligaciones y prerrogativas empresariales en el ámbito laboral en su dimensión interna, con base en los propios valores de la economía socialista, particulariza los elementos de la RSE. Así, contempla entre las obligaciones legales lo que en otros países pueden ser considerados estándares medios de RSE. En ese sentido, la empresa estatal cubana articula la RSE en el ejercicio de los derechos de los trabajadores, tal y como queda esbozado en la siguiente tabla.

Tabla 2. Articulación derechos laborales-RSE

Derechos de los trabajadores	Manifestaciones de la RSE
Derecho al trabajo	Política de empleo y contratación, principio de no discriminación
Derecho al salario	Formas y sistemas de pago, normación del trabajo
Derecho al descanso	Elementos relativos al régimen de trabajo y descanso
Derecho a la seguridad y salud en el trabajo	Sistema de gestión de prevención de riesgos
Derecho a la capacitación	Política de capacitación y desarrollo del personal, sobre todo a los jóvenes
Derecho de asociación	Participación en la dirección empresarial
Derecho a la seguridad social	Atención a jubilados, atención a trabajadores accidentados e incapacitados
Derecho a la maternidad	Atención a las mujeres grávidas

Elaboración propia.

6. Ideas conclusivas

Concluido el desarrollo de este trabajo, y tomando como premisa el objetivo propuesto, se enfatizan las siguientes ideas.

La responsabilidad social empresarial es una categoría que, a pesar de germinar en economías de mercado con sus justificantes y multicausalidades, se alinea con los valores y principios éticos del sistema socioeconómico cubano. Pero, para desplegar al máximo sus potencialidades, requiere de una fundamentación acorde a su realidad y a los principios socialistas que inspiran el sistema.

El Estado puede promover prácticas socialmente responsables mediante exenciones fiscales y bonificaciones para aquellas empresas que obtienen resultados satisfactorios. Asimismo, puede otorgarse el financiamiento para programas de desarrollo de estas prácticas. No debe pensarse en una responsabilidad social limitada únicamente a quienes deben llevarla a cabo, el Estado tiene un rol esencial y en este sentido puede establecer un marco referencial mínimo para la promoción y estímulo de acciones responsables.

En Cuba se reconoce un conjunto de derechos laborales que derivan del derecho a trabajar. Entre ellos se encuentran el derecho al salario, el derecho al descanso, el derecho a la seguridad y salud en el trabajo, el derecho a la capacitación, el derecho de asociación, el derecho a la seguridad social, los derechos asociados a la maternidad y a la paternidad y el derecho a la promoción de acciones ante instancias competentes. Estos derechos no solo se refrendan y garantizan en el ordenamiento jurídico laboral, sino también en las disposiciones que regulan lo relativo al sistema de dirección y gestión de la empresa estatal, a través de los sistemas de atención al hombre y al capital humano.

La existencia en Cuba de un marco regulatorio que explicita las obligaciones y prerrogativas empresariales en el ámbito laboral, en su dimensión interna, con base en los propios valores de la economía socialista, particulariza los elementos de la RSE. Asimismo, contempla entre las obligaciones legales lo que en otros países se puede considerar que son estándares medios de RSE. En ese sentido, la empresa estatal cubana articula la RSE en el ejercicio de los derechos de los trabajadores, pero aún débilmente, puesto que el marco legal es exigente.

Referencias

- “Actualización de los Lineamientos de la Política Económica y Social del Partido y la Revolución para el periodo 2016-2021”, *Cuba debate*. [Consulta: 2 de octubre, 2017]. Disponible en: <http://www.cubadebate.cu/especiales/2016/09/13/vea-el-texto-integro-de-la-actualizacion-de-los-lineamientos-para-el-periodo-2016-2021-pdf>
- ÁNGEL CABO, N., “La discusión en torno a las soluciones *soft law* en materia de responsabilidad social empresarial”, *Revista de Derecho Privado*, núm. 40, Universidad de los Andes, 2008, pp. 2-37.
- “Anuario ONEI”, *Oficina Nacional de Estadísticas e Información*, 2018. [Consulta: 21 de marzo, 2019]. Disponible en: www.onei.cu
- “Corporate Social Responsibility in India Potential to contribute towards inclusive social development Global CSR Summit 2013 An Agenda for Inclusive Growth”. [Consulta: 28 de abril, 2017]. Disponible en: [https://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/EY-Government-and-Public-Sector-Corporate-Social-Responsibility-in-India/\\$File/EY-Corporate-Social-Responsibility-in-India.pdf](https://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/EY-Government-and-Public-Sector-Corporate-Social-Responsibility-in-India/$File/EY-Corporate-Social-Responsibility-in-India.pdf)
- “Decreto 326 Reglamento del Código de Trabajo de 12 de junio, 2014”, *Gaceta Oficial Extraordinaria*, núm. 29.
- ERMIDA URIARTE, OSCAR, GIANIBELLI, GUILLERMO y ORSATTI, ÁLVARO, *Responsabilidad social empresarial: Perspectivas jurídicas para estrategias sindicales*, Uruguay, Friedrich-Ebert-Stiftung, 2009.
- “Escuela de Negocios. Integración de la responsabilidad social de la empresa en la gestión de las Pymes y su incidencia en el empleo”, *Media*. [Consulta: 8 de febrero, 2015]. Disponible en: http://media.eoi.es/nw/Multimedia/EstudiosFSE/2005_02_estudiocompleto.pdf
- FRIEDMAN, MILTON, *Capitalism and Freedom*, Chicago, Chicago University Press, 1982.
- IBARRA MARES, ALBERTO, CASTRILLO GALVÁN, ALEXANDER, “Emprendimiento para Creación de Empresas con Responsabilidad Social Empresarial (RSE): metodología y aplicación del modelo GEM”, *Eumed*. [Consulta: 20 de mayo, 2017]. Disponible en: <http://www.eumed.net/libros-gratis/2014/1363/emprendimiento.html>
- LARRÁN, JORGE, y ANDRADES PEÑA, FRANCISCO, *El marco legal e institucional de la responsabilidad social universitaria*, Foro de Consejos Sociales de las Universidades Públicas de Andalucía, Universidad de Granada. Granada, España, 2013.
- “Ley No. 2 de Economía Social de España, de 29 de marzo de 2011”, *Boletín Oficial del Estado*, 30 de marzo, 2011. [Consulta: 21 de diciembre, 2017]. Disponible en: <https://www.boe.es/boe/dias/2011/03/30/.../BOE-A-2011-5708.pdf>
- “Norma Internacional ISO 26000:2010 Guía de Responsabilidad Social”, *International Organization for Standardization*. [Consulta: 12 de noviembre, 2014]. Disponible en http://www.iso.org/iso/iso_26000_project_overview-es.pdf
- SOTO ALEMÁN, LIEN, “La Responsabilidad Social Empresarial en Cuba: Una visión desde el conocimiento jurídico en pos del desarrollo local”, *Revista Jurídica Direito*, vol. 26.

SOTO ALEMÁN, LIEN y MORENO CRUZ, M., “Barreras administrativas a la gestión de la empresa pública en Cuba”, Memorias del I Taller Internacional de Administración Pública en el marco del perfeccionamiento del modelo económico - CEAP, 2016.

VACA COSTA, ROSA MARÍA, MORENO DOMÍNGUEZ, MARÍA JESÚS y RIQUEL LIGERO, FRANCISCO, “Análisis de la Responsabilidad Social Corporativa desde tres enfoques; *stakeholders*, capital intelectual y teoría institucional”, *Revista Conocimiento, innovación y emprendedores; camino al futuro*, núm. 6.

Derechos fundamentales en el trabajo, poder y nuevas tecnologías*

Fundamental Labor Rights, Power and New Technologies

José Luis Ugarte Cataldo**

RESUMEN

En el presente trabajo expondremos que la relación laboral es un espacio de poder que, como consecuencia de las nuevas tecnologías, se ha expandido crecientemente sobre los trabajadores. Por ello, plantea un relevante desafío para el derecho del trabajo, en particular respecto a cómo poner restricciones a ese poder privado. Analizaremos, asimismo, que ese tal desafío ha sido respondido en el contexto de la constitucionalización del derecho, a través de la idea de derechos fundamentales del trabajador, los cuales han sido considerados en una doble dimensión: como herramienta y como límite.

PALABRAS CLAVE: derechos fundamentales, poder empresarial, control, nuevas tecnologías, constitucionalización.

ABSTRACT

In this paper we will present employment relationships as a space of power that as a consequence of the new technologies, these have expanded increasingly over workers. Therefore, it poses a relevant challenge for labor law, in particular regarding how to place restrictions on that private power. We will also analyze that this challenge has been answered in the context of the fundamental rights of the worker, which have been considered in a double dimension: as a tool and as a limit.

KEY WORDS: *Fundamental Rights, Business power, Control, New technologies, Constitutionalization.*

* Artículo de investigación. Recibido el 18 de octubre de 2018 y aceptado para su publicación el 17 de septiembre de 2019.

** Profesor investigador en la Universidad Diego Portales, Chile. (jose.ugarte@udp.cl) orcid.org/0000-0002-0547-4534

JOSÉ LUIS UGARTE CATALDO

SUMARIO

1. Trabajo, poder y derechos: introducción
2. El trabajo como espacio de poder
3. La "constitucionalización" y el derecho del trabajo
4. Eficacia normativa de la Constitución
5. Los derechos fundamentales desde la perspectiva del trabajador

1. Trabajo, poder y derechos: introducción

De partida, ¿qué relevancia tiene la idea de "derechos fundamentales" para una vinculación contractual como la relación de trabajo? Esa relevancia se construye desde una premisa fundamental que hay que explicitar: el reconocimiento del carácter pluridimensional de la relación de trabajo. Esto es, una relación de carácter económico que sujeta al trabajador a las necesidades productivas de la empresa en una sociedad capitalista. Pero, al mismo tiempo, se constituye como una relación política, en el sentido de que estructura un poder privado en el contexto de una sociedad democrática.

Desde ese ángulo, se debe reconocer la doble dimensión del trabajador en las sociedades contemporáneas, como sujeto que forma parte de una relación laboral cuya finalidad es la productividad —y que se expresa en el vínculo contractual—, y como sujeto que forma parte de una relación de poder que lo expone a una subordinación fáctica y jurídica. De tal modo, esto es la justificación de la expansión de los derechos fundamentales en la relación de trabajo.¹

En consecuencia, el reconocimiento de estos derechos para los trabajadores supone atender a toda la complejidad social del trabajo. Desde la doble dimensión señalada: la del trabajo como mercancía que se transa en un mercado— espacio de intercambio contractual— y la del trabajo como sujeción que somete al trabajador a un gobierno ajeno —espacio de poder privado—.

¹ En la concepción económica dominante, esa relación social de poder queda sutilmente oculta tras el velo del contrato y el trabajo como mercancía. Como sugiere Budd, ello sugiere que "las protege de ser cuestionadas". BUDD, JOHN, *El pensamiento sobre el trabajo*, Valencia, Tirant Humanidades, 2014, p. 109).

En su celebres párrafos del fetichismo de la mercancía, Marx desvela el secreto: "Lo misterioso de la forma mercantil consiste, entonces, simplemente, en que esta refleja ante los hombres los caracteres sociales de su propio trabajo como caracteres materiales de los productos del trabajo, propiedades sociales naturales de dichas cosas; y, por tanto, en que también refleja la relación social de productores con respecto al trabajo total como una relación social de objetos, existentes fuera de ellos". MARX, CARLOS, *El Capital*, tomo 1, libro I, Santiago, LOM, 2010, p. 83.

Desde la perspectiva de la relación de trabajo, entendida como una relación jurídica de intercambio, lo que se exige al derecho es la protección del trabajador. Se trata de fijar aquellas bases que determinarán la forma en que la regulación legal deberá moverse, al momento de construir un modelo de legislación laboral tutelarmente conveniente. Este es el modo tradicional de mirar el derecho del trabajo y explica la justificación mínima de esa intervención sobre la relación laboral en todas las tradiciones jurídicas relevantes.

Debido a que la relación de trabajo es una relación de poder, pues pone a los trabajadores en una situación de sujeción y dominación respecto de otro particular, la finalidad exigible al sistema jurídico es doble. Por una parte, este debe fijar un espacio de inmunidad para el respeto de la dignidad del trabajador, con los derechos fundamentales como límite. Por otra parte, el sistema debe permitir la construcción de un “contrapoder” que opere como factor de equilibrio en la relación entre esas partes, teniendo los derechos fundamentales como herramienta.

En esta dimensión de la relación laboral, la idea de derechos fundamentales juega un doble rol: como límite y como herramienta. Para explicarlo, parece útil echar mano de la tradicional distinción en la doctrina laboral comparada respecto a esos derechos, en el ámbito del trabajo. Estos son los derechos de contenido propiamente laboral (específicos) y los derechos de contenido general (inespecíficos).

Los derechos de contenido laboral son una herramienta imprescindible para la construcción de un contrapoder que permita sostener el equilibrio entre la relación de trabajo y la represión del ejercicio arbitrario del poder empresarial. Así, ese tipo de derechos se vincula como lo que hemos denominado “libertad como no dominación” en el espacio de trabajo capitalista.²

En palabras de Rogmanoli, esta herramienta permite que los trabajadores logren “expropiar cuotas de autocracia privada”,³ propia de la empresa moderna. Esta, a su vez, se refleja con nitidez en los poderes legales reconocidos al empleador y se manifiesta significativamente en la confección unilateral de las condiciones de trabajo.

Para sostener esa pretensión, la Constitución debe garantizar el espacio relevante a los sujetos que participan de la relación —la denominada autonomía colectiva—, así como las herramientas que faciliten a los trabajadores la construcción de una posición de poder de la que originalmente carecen: organizaciones colectivas (sindicatos) y mecanismos de presión (huelga).

² Véase UGARTE, JOSÉ LUIS, *Derecho del Trabajo: invención, teoría y crítica*, Santiago, Thomson Reuters, 2015.

³ ROMAGNOLI, UMBERTO, “El Derecho del Trabajo ante la crisis”, *Revista Derecho Social*, núm. 58, p. 15.

JOSÉ LUIS UGARTE CATALDO

Por su parte, los derechos inespecíficos no buscan confrontar al poder empresarial, sino ponerle límites. Para ello, se reconocen espacios inmunes a ese poder, que protegen ciertos intereses individuales directamente vinculados a la dignidad moral del trabajador. Dicho en la terminología dominante, se refieren a los derechos asociados a la condición de ciudadano. A continuación, explicaremos con detalle esta distinción.

2. El trabajo como espacio de poder

En el trabajo, antes del derecho, está el poder. Exploremos, entonces, en qué consiste el poder que la empresa ejerce sobre el trabajador y que presión ejerce sobre sus derechos fundamentales.

De partida, en la literatura existe el consenso de que el poder es “un punto clave en el campo de las relaciones laborales” ya que “las relaciones laborales están centradas en los procesos de influencia y control sobre el trabajo”.⁴ Por tanto, “debería ser evidente que la relación laboral es una forma específica de forma de poder” y que “el poder es una propiedad de la estructura, las actividades y los procesos característicos de las relaciones laborales y, como en todas las relaciones de poder, la lucha por el control es el rango central y constante”.⁵

Las formas que adopta ese poder empresarial sobre el trabajador son múltiples. En primer lugar, se encuentra el poder organizacional, entendido como la administración y conducción del trabajo. La empresa tiene el poder para determinar los fines y los medios a través de los cuales se organizará la producción, sometiendo al trabajador a un sistema de producción que es ajeno. Como apunta Keenoy “la empresa es quien decide si habrá trabajo o no, y la gerencia quien disfruta el derecho a decidir cómo se va a organizar el trabajo”.⁶

En segundo lugar, aparece el poder normativo, el cual consiste en la facultad de la empresa para fijar las normas internas que regulan cómo se trabaja. Estas determinan un orden disciplinario y establecen obligaciones, e incluso sanciones a los trabajadores disidentes. Este poder será ampliamente reconocido por los diversos culturales legales, que hablarán sin tapujos del poder disciplinario del empleador: “La empresa como institución, e incluso

⁴ KIRKBRIDE, PAUL, “El poder”, en *Relaciones Laborales, La psicología de la influencia y el control en el trabajo*, Madrid, Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, 1994, p. 121.

⁵ KEENY, TOM, “La creación de mecanismos de control”, en *Relaciones Laborales, La psicología de la influencia y el control en el trabajo*, Madrid, Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, 1994, p. 165.

⁶ KEENY, TOM, “La creación de mecanismos de control”, en *Relaciones Laborales, La psicología de la influencia y el control en el trabajo*, Madrid, Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, 1994, p. 159.

antes el empresario en la figura del patrón, ha ejercido tradicionalmente un intenso poder de dominio sobre sus propios subordinados, poder justificado en virtud de la obligación asumida por el trabajador dirigida no solo a realizar la concreta prestación sino también a respetar la disciplina laboral”.⁷

Estas formas tradicionales de poder empresarial constituyeron lo que se denominaría el modelo de empresa taylorista, en referencia a la “organización científica del trabajo”.⁸ El sentido de este modelo está marcado por la racionalización del trabajo, mediante un doble proceso: “un proceso de separación entre la concepción y el trabajo de ejecución; y un proceso de parcelación y repetitividad en los propios trabajos de concepción y de ejecución”.⁹

Dicha forma de organización diseñada en torno a la idea de poder y control jerárquico exigirá la construcción de una “burocracia empresarial” dedicada a la vigilancia del cumplimiento obsesivo de los objetivos empresariales.¹⁰ Por ello, como apunta Keenoy: “A nivel de organización, la posición superior de la gerencia y al alcance del control administrativo están reforzados por la autoridad y la supervisión jerárquica convencionales y apoyados por unos reglamentos y procedimientos laborales”.¹¹

No es extraño que, con esa intensa forma de poder y las técnicas de control propias de las empresas fordistas en el capitalismo del siglo veinte, Foucault viera la concreción del viejo ideal benthamiano del “panóptico”, expresado en la fábrica, la cárcel y el hospital:

⁷ LOY, GIANNI, “El dominio ejercido sobre el trabajador”, en *El poder de dirección del empresario: nuevas perspectivas*, Madrid, La Ley, 2005, p. 62.

⁸ La obra de Frederick W. Taylor supuso una revolución en el capitalismo de entre guerras. Taylor, un ingeniero titulado por correspondencia, fue construyendo sus ideas a partir de su propia experiencia laboral: sirvió como obrero, jefe de cuadrilla, director y jefe de producción en la industria de acero (Midvale Steel Company). Su obra, presentada como una concepción científica sobre la organización del trabajo, tenía como filosofía subyacente la negación del conflicto capital-trabajo; el primero interesado en aumentar la producción, el segundo en aumentar los salarios. La síntesis del taylorismo es la división radical entre planificación —propia de la gerencia— y la ejecución del trabajo —propia de los obreros—. “El trabajo de cada obrero está completamente planificado por el *management* y cada obrero recibe, en la mayoría de los casos, instrucciones completas por escrito que describen en detalle la tarea que debe realizar, así como los medios a utilizar para llevarla a cabo.” TAYLOR, FREDERICK WINSLOW, *Management científico*, Barcelona, Oikos-Tau, 2010, p. 55.

⁹ CORIAT, BENJAMIN, *El taller y el cronometro*, España, Siglo XXI, 2001, p. 107.

¹⁰ “En una perspectiva de mayor alcance histórico, el taylorismo puede interpretarse como la intersección en que coincide la máxima socialización del trabajo y su máxima subordinación al capital. Con su escrupulosa compartimentación de funciones y su principio vertical de la autoridad, contribuye a enlazar a un gran número de obreros en un gigantesco y único trabajador colectivo. La ‘taylorización’ del trabajo le otorga a la dirección de la empresa los medios para ejercer coacción tecnológica sobre los trabajadores.” HOPENHAYN, MARTIN, *Repensar el trabajo*, Santiago, Editorial Norma, 2001, p. 154.

¹¹ KEENY, TOM, “La creación de mecanismos de control”, en *Relaciones Laborales, La psicología de la influencia y el control en el trabajo*, Madrid, Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, 1994, p. 159.

JOSÉ LUIS UGARTE CATALDO

En el panóptico se producirá algo totalmente diferente: ya no hay más indagación, sino vigilancia, examen. No se trata de reconstruir un acontecimiento, sino de vigilar sin interrupción y totalmente. Vigilancia permanente sobre los individuos por alguien que ejerce sobre ellos un poder —maestro de escuela, jefe de oficina, médico, siquiatra, director de prisión— y que, porque ejerce ese poder, tiene la posibilidad no solo de vigilar, sino también de constituir un saber sobre aquellos que vigila [ese] es un rasgo característico de nuestra sociedad: una forma de vigilancia que se ejerce sobre los individuos de manera individual y continua, como control y castigo y recompensa y como corrección, es decir como método de formación y transformación de los individuos en función de ciertas normas.¹²

Según el propio Foucault, el efecto más relevante del panóptico —incluida la fábrica— será la de inducir en el sujeto “un estado consciente y permanente de visibilidad que garantiza el funcionamiento automático del poder”.¹³

En las últimas décadas, a esa forma tradicional de poder y control sobre los trabajadores, se han agregado nuevas formas de control, que lejos de aminorar la jerarquía empresarial, la han acrecentado exponencialmente. Y es que, como apunta con lucidez Crary, “la forma que toma la innovación dentro del capitalismo es la simulación continua de lo nuevo, mientras las relaciones de poder y control permanecen efectivamente iguales”.¹⁴

¿En qué consisten estas nuevas tecnologías de poder empresarial? Por una parte, abarcan el control tecnológico-digital de la relación laboral, derivado del auge de las tecnologías de la información. Por otra parte, se encuentra el control emocional, reforzado por el ascenso de la “cultura de los valores empresariales”.¹⁵

No es necesario extenderse con lo obvio: las tecnologías de la información permiten un control sobre los trabajadores inusualmente amplio. El empleador

¹² FOUCAULT, MICHEL, *La verdad y las formas jurídicas*, Barcelona, Gedisa, 2003, p. 125.

¹³ FOUCAULT, MICHEL, *Vigilar y castigar*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2004, p. 204.

¹⁴ CRARY, JONATHAN, *El capitalismo tardío y el fin del sueño (24/7)*, Buenos Aires, Paidós, 2015, p. 67.

¹⁵ Como ha apunta sagazmente Warde, en esta nueva ideología empresarial, “como en los cultos, el adoctrinamiento permanente —seminarios de formación, retiros, sesiones plenarias— permite inocular los valores de la casa, destilar un discurso movilizador y aliviar el espíritu crítico. El credo de la empresa (su misión, sus objetivos) se recitan como un catecismo. Los himnos y las consignas —que abundan en metáforas deportivas y marciales— se entonan con entusiasmo. Hasta la ropa que se viste (frecuentemente ornada con el logo de la empresa), toda da prueba de la devoción del trabajador. En el gigante deportivo Nike, es de buen tono tatuarse en el tobillo el célebre logo. Algunas teorías de dudosa procedencia justifican las prácticas más extrañas. Con el pretexto de promover la cooperación y el espíritu de equipo, ejércitos de animadores, gestores y otros *coaches* enseñan a los asalariados ‘el arte de ser uno mismo’. Como en los *talk-shows* (y como en los cultos), se les anima a confesar sus secretos más íntimos”. WARDE, IBRAHIM, “Estados Unidos y la religión del trabajo”, en *El Trabajo*, Santiago, Le Monde Diplomatique, 2007, p. 47.

puede mirar cualquier rincón de la empresa, pero también fuera de ella. Como explica Sennett: “Los nuevos sistemas de información proporcionan a los directivos un amplio cuadro de la organización y dejan a los individuos al margen de cuál sea su lugar en la red, poco espacio para esconderse [así, se suman] nuevas formas de poder desigual y arbitrario dentro de la organización”.¹⁶

Pero no solo se trata del tradicional control vertical ahora potenciado por el uso de la informática, el ojo digital, sino también porque el trabajo ahora se hace a través —y cada vez más— de esa comunicación. Es decir, “en el posfordismo, cuando la línea de producción se convierte en flujo informativo, la gente trabaja precisamente comunicándose. La comunicación y el control se requieren mutuamente”.¹⁷

De hecho, esta nueva capacidad tecnológica-informática al servicio del control produce un contradictorio incremento en la administración y control del trabajo, si se le pone en relación con el discurso de la cultura empresarial que publicita un supuesto aligeramiento de las estructuras empresariales. Como señala Sennett, el achatamiento de las antiguas jerarquías piramidales ha sido compatible con al aumento del control sobre los trabajadores:

Uno de los eslóganes de la nueva organización del trabajo es que descentraliza el poder, es decir que le otorga a la gente en los rangos más bajos de la organización el control sobre sus propias actividades [pero] esto no es así en la realidad, en función de las técnicas utilizadas para derribar a los viejos elefantes de la burocracia. Los nuevos sistemas de información proveen a los gerentes de primer nivel una imagen comprensiva de la organización de una forma que otorga a los individuos, en cualquier lugar de la red en que estén, poco lugar para esconderse.¹⁸

De ahí que la combinación de nuevas tecnologías y el gerencialismo ha incrementado excesivamente la presión administrativa sobre los trabajadores. Mientras, se espera que estos últimos sean sus propios auditores, sin que ello los libere de las atenciones de muchos auditores externos. No importa cuán provisorio sea, el trabajo ahora implica la realización de otros metatrabajos de confección de registros, el inventario de objetivos y metas, el compromiso con el llamado desarrollo profesional continuo.¹⁹

¹⁶ SENNETT, RICHARD, *La corrosión del carácter*, Barcelona, Anagrama, 2010, p. 57.

¹⁷ FISHER, MARK, *Realismo capitalista ¿no hay alternativa?*, Buenos Aires, Editorial Caja Negra, 2016, p. 65.

¹⁸ FISHER, MARK, *Realismo capitalista ¿no hay alternativa?*, Buenos Aires, Editorial Caja Negra, 2016, p. 73.

¹⁹ FISHER, MARK, *Realismo capitalista ¿no hay alternativa?*, Buenos Aires, Editorial Caja Negra, 2016, p. 131.

JOSÉ LUIS UGARTE CATALDO

En relación con el control emocional que hoy se ejerce sobre los trabajadores, Berardi expone que, en los últimos tiempos, “el alma fue puesta a trabajar”, lo cual constituiría “el núcleo esencial de la transformación posindustrial, de la transformación a la que estamos asistiendo en las últimas décadas del siglo xx”.²⁰

Ese control “del alma” del trabajo se hace efectivo gracias a la difusión de una fuerte ideología en torno a la cultura de los valores de la empresa.²¹ En ese sentido, la cultura de los valores de la empresa se adiciona al control y vigilancia propia del taylorismo. Se trata de la pretensión empresarial por la adhesión del trabajador al proyecto e ideario simbólico de la empresa, a través de la difusión de agresivos programas de valores que buscan ese “control del alma”, con la consiguiente pérdida de autonomía y libertad del personal.²²

Como sugiere Willmot, los proyectos “humanizadores” de la cultura empresarial no reemplazan al viejo control jerárquico, sino que “superpone[n] un modo de control encaminado al potencial productivo presente en la naturaleza normativa y organizadora de la naturaleza humana”. La centralidad de ese control cultural es la autosupervisión. “Es de crucial importancia que el ámbito y orientación de la misma venga dictado y dirigido por la construcción del compartimiento del compromiso del empleado con los valores corporativos fundamentales.”²³

En este nuevo taylorismo emocional —como lucidamente lo llama Hochschild—, “se obliga a introducir la relación social en canales estrictos: tal vez se conservan lugares ocultos en el margen, pero queda mucho menos espacio para

²⁰ BERARDI, FRANCO, *El trabajo del alma*, Buenos Aires, Cruce, 2016, p. 135.

²¹ Esa cultura de valores es acompañada de un proceso de control más blando vinculado con la “ideología de la felicidad”. Como explica Berardi, “hacia fines de los setenta, la desafección obrera por el trabajo industrial, la crítica difusa de la jerarquía y la repetitividad habían quitado energía al capital. Todo el deseo estaba fuera del capital y atraía fuerzas que se alejaban de su dominio. Hoy sucede todo lo contrario: el deseo llama las energías hacia la empresa, hacia la autorrealización en el trabajo”. BERARDI “Bifo”, FRANCO, *La fábrica de infelicidad*, Madrid, Traficantes de sueños, 2015, p. 59. Esa vinculación empresa y deseo de felicidad se expresará “a medida que los caracteres físico y psicológico del trabajo —y de la enfermedad— comienzan a confundirse entre sí, los conceptos de “salud”, “felicidad” y “productividad” resultan todavía menos indistinguibles. Los patronos terminan por tratar las tres cosas como una sola entidad, a maximizar por medio de una serie de estímulos e instrumentos. Estamos hablando de la filosofía monista del directivo del siglo xxi: cada trabajador puede convertirse, o ser convertido, en uno mejor en los ámbitos del cuerpo, la mente y el rendimiento personal. DAVIES, WILLIAM, *La industria de la felicidad*, Barcelona, Malpaso, 2015, p. 160.

²² En ese sentido, Thompson y Ackroyd señalan que “el poder disciplinario constriñe a los individuos mediante el conocimiento de estos sobre sí mismos y su creencia en su propia soberanía como consumidor o empleado: el sujeto moderno reproduce voluntariamente las relaciones hegemónicas de dominación y explotación. El instrumento más habitual para llevar a cabo este sometimiento son los programas culturales de la empresa [y en ese sentido] la inseguridad del individuo, la cultura empresarial y el orden organizativo se constituyen unos a otros”. THOMPSON, PAUL y ACKROYD, STEPHEN, “¿Reina la calma en el frente de trabajo?: una crítica de las recientes tendencias en la sociología de trabajo en el Reino Unido”, en *Vigilar y Organizar, Una introducción a los Critical Management Studies*, Madrid, Siglo XXI, 2007, p. 215.

²³ WILLMONT, HUGH, “La fuerza es la ignorancia, la esclavitud es la libertad: la gestión de la cultura de las organizaciones modernas”, en *Vigilar y Organizar, Una introducción a los Critical Management Studies*, Madrid, Siglo XXI, 2007, p. 121.

la navegación individual de las aguas emocionales”.²⁴ De ahí, como apunta Frayne, “el sistema emocional privado ha pasado a estar regido por una lógica comercial, y el derecho del trabajador de dominar su propia conducta emocional y de interrelación ha sido eliminado”.²⁵

En ese sentido, el poder empresarial en la época contemporánea pretende acercarse a eso que Byung-Chul Han llama su nivel máximo, el poder libre: “El poder libre significa que el otro obedece libremente al yo. Quien quiera obtener un poder absoluto no tendrá que hacer uso de la violencia, sino de la libertad del otro. Ese poder absoluto se habrá alcanzado en el momento que libertad y sometimiento coincidan del todo”.²⁶

Existe también un “poder jurídico precarizador”. Consiste en la ampliación de la gama de opciones que el derecho pone a disposición del empleador para relacionarse con el trabajo y sus titulares, los trabajadores. El empleador somete la conducta de los trabajadores con la posibilidad de ejercer sobre ellos formas jurídicas de flexibilidad interna (ius variandi, salarios de productividad, entre otros) y de precariedad externa (formas atípicas de contratación: subcontratación, suministro).

Esa gama de opciones jurídicas –incrementadas significativamente en el derecho laboral de las últimas décadas– genera una situación de disciplinamiento vía precariedad, cuyas consecuencias “desde el punto de vista del trabajador, son profundas: la organización colectiva y el alcance de las reclamaciones y los intereses es muchísimo más difícil para el personal temporal que ha sido contratado sobre una base de inseguridad”.²⁷

De ahí que Antunes apunte:

El escenario es aún más intenso en los estratos precarizados de la fuerza humana de trabajo, que experimentan las condiciones más carentes de derechos y viven en condiciones de inestabilidad cotidiana, dada por el trabajo *part-time*, temporario, precarizado [y que] bajo la incertidumbre y la superficialidad dadas por la condición de precarización o de riesgo de desempleo, la alienación puede asumir formas aún más intensificadas e incluso brutalizadas, pautadas por la pérdida [casi] completa de la dimensión de humanidad.²⁸

²⁴ HOCHSCHILD, ARLUE, *The Managament Heart: Commercialisation of Human Feeling*, Estados Unidos, University of California Press, 1983, p. 119.

²⁵ FRAYNE, DAVID, *El rechazo al trabajo, teoría y práctica de la resistencia al trabajo*, Madrid, Akal, 2017, p. 65.

²⁶ HAN, BYUN-CHUL, *Sobre el poder*, España, Herder, 2016, p. 17.

²⁷ HARTLEY, JEAN Y STEPHENSON, GEOFFREY, “La psicología de las relaciones laborales”, en *Relaciones laborales. La psicología de la influencia y el control en el trabajo*, Madrid, Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, 1994, p. 22.

²⁸ ANTUNES, RICARDO, “Marx y las formas actuales de alienación: cosificaciones inocentes y las cosificaciones extrañadas”, en *De regreso a Marx*, Buenos Aires, Editorial Octubre, 2015, p. 227.

JOSÉ LUIS UGARTE CATALDO

El resultado de la combinación de poderes empresariales señalados y el contexto sociopolítico dominante no es un trabajador “liberado” del control y poder empresarial. Por el contrario, el resultado es “un incremento, tan notable como perturbador, de la intensificación del trabajo” en permanente búsqueda de la perfección, “y perfecto quiere decir estar siempre a disposición de la empresa. A cualquier hora del día. O de la noche”.²⁹ Así, se produce eso que acertadamente Fisher denomina el poder indefinido:

El trabajo sigue en casa, se trabaja desde la casa o se está como en casa en el lugar de trabajo, etc. Una consecuencia de este ejercicio “indefinido” del poder es que la vigilancia externa ya no es tan necesaria: en gran medida la sustituye la vigilancia interna. El Control solo funciona si uno es cómplice con él. De ahí viene esa figura de Burroughs, el “adicto al control” aquel que necesita fanáticamente controlar, pero que también es víctima él mismo del control que lo domina y lo posee.³⁰

El resultado de todo este inédito y contemporáneo proceso de acumulación de poder en torno a la forma empresarial será la formación de eso que Anderson llama un “gobierno privado”. Un gobierno privado, explica, es un “gobierno que tiene un poder arbitrario e incontrolable sobre los que gobierna”.³¹

Volvamos al derecho en exacto punto. ¿Tiene algo que decir el derecho sobre este formidable proceso de acumulación de poder empresarial? ¿Como podría enfrentar el potente efecto desestabilizador que ese poder tiene en los intereses más relevantes del trabajador como ciudadano?

Pues bien, de partida, para que el derecho pueda erigir la idea de los derechos fundamentales como herramienta y límite frente a ese poder, se requerirá una profunda transformación constitucional. Dicha transformación se ha producido en el transcurso del siglo veinte y es conocida como constitucionalización del derecho del trabajo.

²⁹ CASTILLO, JUAN JOSÉ, *La invasión del trabajo en la vida*, Madrid, Catarata, 2015, p. 68.

³⁰ FISHER, MARK, *Realismo capitalista ¿no hay alternativa?*, Buenos Aires, Editorial Caja Negra, 2016, p. 51.

³¹ ANDERSON, ELIZABETH, *Private Government, How employers rule our lives*, New Jersey, Princeton University Press, 2017, p. 45.

3. La “constitucionalización” y el derecho del trabajo

En principio, cabe distinguir dos fenómenos jurídico-históricos que concurren bajo el mismo título. En efecto, podría sostenerse que la constitucionalización del derecho del trabajo ha operado en dos direcciones opuestas: la incorporación de normas laborales en la dimensión constitucional y su reverso, esto es, la irradiación de las normas de derechos fundamentales al orden laboral.

Así, se habla de constitucionalización del derecho del trabajo para el reconocimiento de derechos de carácter laboral, por las normas constitucionales de un determinado ordenamiento jurídico, proceso conocido como el “constitucionalismo social”. Pero también existen para aquellos casos en que las normas constitucionales que estipulan derechos fundamentales de contenido general —no laborales— se proyectan en la regulación laboral, como efecto del carácter normativo de la Constitución.

Ambos procesos, así delineados, serán el soporte para que estos derechos pretendan cumplir su función frente al poder empresarial en el trabajo, como herramienta y como límite.

Revisemos estas dos caras de la moneda. En una primera dirección, el nombre de constitucionalización hará referencia a:

Las correcciones al liberalismo individualista que cristalizan constitucionalmente en dos importantes textos: la Constitución mexicana de Querétaro (1917) y la Constitución social-demócrata de la República de Weimar (1919); textos en los que emerge, como nuevo centro de imputación normativa, el trabajo humano y en los que se procede al reconocimiento de los derechos fundamentales, tanto individuales como colectivos, de los trabajadores.³²

Se trata del constitucionalismo social y, en este sentido, significará dos cuestiones importantes: por una parte, una renovación del modelo antropológico de persona tras el texto constitucional —del propietario burgués al ciudadano

³² MONTIYA, ALFREDO, “El trabajo en la Constitución”, en *El trabajo y la Constitución, Estudios en homenaje al Profesor Alonso Olea*, Madrid, Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales, 2003, p. 464. Aunque ambos textos constitucionales inauguran la dimensión social del orden constitucional, cabe señalar que sus alcances son diversos: en el caso mexicano hay una recepción social más limitada que el texto alemán, ya que se circunscribe fundamentalmente a la función social de la propiedad, especialmente la agrícola (artículo 27), y el reconocimiento de la protección del trabajo (artículo 123). La explicación parte de la relación con la fuerte influencia del movimiento obrero campesino en la Revolución de 1910, hecho político desencadenante del nuevo orden constitucional. En el caso alemán, la Constitución de Weimar tiene un sentido social amplio que abarcará cuestiones tan diversas como el derecho a la protección al trabajo (artículo 157), el derecho a la seguridad social (artículo 161), derecho a la sindicalización (artículo 159) vivienda digna (artículo 155) y a la instalación de consejos obreros para los trabajadores (artículo 147).

JOSÉ LUIS UGARTE CATALDO

en sentido amplio—³³ y, por otra, una renovación con la igualdad material como objetivo constitucional relevante, mediante la estipulación de derechos con contenido social. Esta fase de constitucionalismo social:

Apareció de la mano de la crisis social de los años 30, y que puede ser considerada como la respuesta política-jurídica frente a un nuevo pico de radicalización social —una forma de evitar lo que ocurría en Europa a partir de la expansión de la ideología y demandas propias del socialismo. En tales textos tendieron a quedar consagrados los derechos del trabajador y sobre las condiciones laborales; protecciones en materia de seguridad social.

Esta nueva dirección del pensamiento jurídico “se corresponde con una modificación de la realidad social, con el desarrollo de la sociedad industrial, con la aparición progresiva de la clase trabajadora como nueva clase ascendente, con las condiciones económicas, sociales y culturales precarias en que vive, con las duras y penosas dimensiones en que desempeña su trabajo”.³⁴

Primeramente, se amplió el modelo antropológico del orden constitucional decimonónico. Este orden supone la “identificación exclusiva del hombre —titular universal de derechos— con el individuo, según la concepción ideológica del liberalismo, y del individuo con el burgués”.³⁵

La ampliación relatada abrió ese citado orden a una pluralidad de sujetos anteriormente ignorados (campesinos, asalariados, pobres, infantes, entre otros). Lo que importaría, la mayor parte de las veces, sería reconocer el derecho de organización de estos nuevos sujetos constitucionales, incluyendo, como caso paradigmático, las organizaciones sindicales.

El constitucionalismo decimonónico “presenta para el trabajador en relación de dependencia un déficit político considerable”.³⁶ Y ello se debe a su situación de “sirviente, doméstico, no propietario o no contribuyente en la

³³En el Congreso Constituyente de Querétaro se dijo: “Así como Francia, después de su revolución, ha tenido el alto honor de consagrar en la primera de sus cartas magnas los inmortales derechos del hombre, así la Revolución mexicana tendrá el orgullo de mostrar al mundo que es la primera en consignar en una Constitución los sagrados derechos de los obreros”. Véase GARCÍA RAMÍREZ, SERGIO, “Raíz y horizonte de los derechos sociales en la Constitución mexicana”, *Derechos Humanos*, núm. 61, p. 85.

³⁴PECES-BARBA, GREGORIO, “Los derechos económicos, sociales y culturales: su génesis y concepto”, *Derechos y libertades*, núm. 6, p. 21.

³⁵DE LUCAS, JAVIER, *El desafío de las fronteras. Derechos humanos y xenofobia frente a una sociedad plural*, Madrid, Temas de hoy, 1994, p. 787.

³⁶VÁSQUEZ VIALARD, ANTONIO, “Fundamentos constitucionales del Derecho del Trabajo Argentino”, en *El trabajo y la Constitución, Estudios en homenaje al Profesor Alonso Olea*, Madrid, Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales, 2003, p. 31.

medida exigida por la ley constitucional o la ley ordinaria, con frecuencia no es elector, ni elegible”.³⁷

En segundo lugar, el constitucionalismo social revitalizaría los “compromisos igualitarios” que el liberalismo había logrado desterrar de los textos constitucionales en desmedro de la libertad. Ese liberalismo constitucional había sostenido un débil compromiso con la igualdad, que se restringía a la “igualdad legal”, esto es, a la idea de que ella consistía en ser tratados todos por iguales en la ley. En consecuencia:

El cambio más significativo del tránsito del Estado de derecho al Estado social de derecho lo constituye la sustitución de una concepción formal por una material de igualdad; la realización de la igualdad ya no queda librada únicamente a las fuerzas del mercado, sino que depende de la continua y deliberada intervención de las autoridades públicas para promover personas, grupos y sectores desfavorecidos.³⁸

Ese compromiso igualitario, ya reforzado constitucionalmente, se implementó a través de la recepción de los derechos sociales. Este proceso se aceleró en algunos aspectos del derecho occidental después del término de la Segunda Guerra Mundial, a través del reconocimiento explícito de tales derechos, los cuales: “ante la desigualdad en el punto de partida, pretenden la igualación en el punto de llegada para hacer posible una convivencia igual desde posiciones equiparables en la calidad de vida, en los medios de que disponen, en el ámbito de protección de que cada uno disfruta”.³⁹

Para esa pretendida igualación por los derechos sociales, es imprescindible abordar el problema del trabajo. De acuerdo con “ese modelo originario del derecho social, si el trabajo es el lugar central de integración social, las formas de redistribución de la riqueza deben ir vinculadas a la situación del trabajador asalariado”.⁴⁰

³⁷SAGÜES, NESTOR, “Constitucionalismo social”, en *Tratado de Derecho del Trabajo*, Buenos Aires, Astrea, 1982, p. 671. La exclusión política y consiguientemente constitucional del trabajador en el siglo XIX vendrá a ser justificada desde la filosofía política liberal como un problema de libertad. “La repetición monótona y alienante de la misma tarea, la falta de educación, la ignorancia, impiden el desarrollo de verdaderos ciudadanos. Además, un pensamiento contraído se domina con mayor facilidad. Es lo que ocurre, precisamente, con la clase obrera, la gran damnificada en el proceso liberador que desata la sociedad comercial. Si la libertad es ausencia de dominación, el trabajador asalariado no es libre.” AGUIAR, FERNANDO, “¿Un Adam Smith republicano?”, en *Republicanism y Democracia*, Madrid, Editorial Mino y Davila, 2005, p. 115.

³⁸ARANGO, RODOLFO, *Derechos, constitucionalismo y democracia*, Bogotá, U. Externado de Colombia, 2004, p. 68.

³⁹PECES-BARBA, GREGORIO, “Reflexiones sobre los derechos sociales”, en *Derechos sociales y ponderación*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2007, p. 92.

⁴⁰COURTIS, CHRISTIAN, “Los derechos sociales en perspectiva”, en *Teoría del neoconstitucionalismo*, Madrid, Trotta, 2007, p. 187.

JOSÉ LUIS UGARTE CATALDO

En busca de esa finalidad distributiva del nuevo orden constitucional, se erige como pieza fundamental el reconocimiento del derecho a la libertad sindical y los derechos vinculados al conflicto colectivo (negociación colectiva y huelga).⁴¹ En ese sentido, “el nacimiento y desarrollo del derecho social están marcados a fuego por el intento de codificar en términos jurídicos los conflictos relacionados con el trabajo asalariado”.⁴²

Desde entonces, estuvieron en el centro de ese constitucionalismo social los derechos fundamentales que operan como herramientas de poder para los trabajadores: la libertad sindical, la negociación colectiva y la huelga.

Expresado en términos de ciudadanía, dichos derechos fundamentales serán el soporte de una nueva dimensión de esta, que será designada como ciudadanía industrial por T. H. Marshall.⁴³ Tal concepción de la ciudadanía industrial “se arraigó en las democracias liberales después de la Segunda Guerra Mundial” y corresponde a “un estado que limita la mercantilización de las personas en el empleo”, encontrándose “inextricablemente ligada al crecimiento del estado de bienestar y los derechos sociales”.⁴⁴

Para los trabajadores, el sentido político de esas herramientas (sindicato, negociación y huelga) es evitar la total “mercantilización” del trabajo, mediante “la adquisición por los empleados de derechos dentro de la relación laboral, derechos que van más allá y están asegurados por fuerzas externas a la posición que los empleados pueden ganar puramente a través de las fuerzas del mercado laboral”.⁴⁵

Además, como dijimos, existe otro proceso de constitucionalización. La combinación de la denominada eficacia normativa de las normas constitucionales, particularmente de las que estipulan derechos fundamentales, con la eficacia horizontal de dichos derechos entre privados, especialmente en la relación

⁴¹ “El valor constitucional de la libertad tiene una cualificada expresión laboral, de dimensión tanto individual como colectiva, en la libertad sindical: un derecho reivindicado por el movimiento obrero desde sus orígenes. Reconocida en las Constituciones de Querétaro y Weimar y, a partir de ellas en todo el moderno constitucionalismo, la libertad sindical supone un avance trascendental a partir del simple derecho de asociación y reunión contemplado en las viejas constituciones del siglo XIX.” MONTIYA, ALFREDO, “El trabajo en la Constitución”, en *El trabajo y la Constitución, Estudios en homenaje al Profesor Alonso Olea*, Madrid, Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales, 2003, p. 474.

⁴² COURTIS, CHRISTIAN, *Derechos sociales, ambientales y relaciones entre particulares*, Bilbao, Cuadernos Deusto de Derechos Humanos, 2006, p. 15.

⁴³ MARSHALL, THOMAS HUMPREY, *Ciudadanía y clase social*, Buenos Aires, Losada, 2005, p. 21. Como explica el sociólogo inglés esta forma de ciudadanía, que corre por fuera de la institucionalidad estatal —a diferencia de la ciudadanía civil, política y social— se encuentra fundada en la negociación colectiva llevada adelante por los gremios y que pudo desarrollarse al amparo de los derechos civiles contractuales —“mediante el uso del contrato en el mercado abierto”—.

⁴⁴ FUDGE, JUDY, “After Industrial Citizenship: Market Citizenship or Citizenship at Work?”, *Relations Industrielles / Industrial Relations*, vol. 60, núm. 4, p. 632.

⁴⁵ CROUCH, COLIN, “The Globalized Economy: An End to the Age of Industrial Citizenship?”, en *Advancing Theory in Labor Law and Industrial Relations in a Global Context*, Holanda, T. Wiltshagen, 1998, p. 152.

laboral, gatillarán un segundo cruce histórico entre el orden constitucional y el derecho del trabajo. Se hablará, entonces, de derechos fundamentales no laborales del trabajador y de ciudadanía en la empresa.

4. Eficacia normativa de la Constitución

La tradición jurídica continental del siglo XIX, incluida la latinoamericana, estaba construida como una “concepción predominantemente formalista y legalista de la Constitución, las cartas de derechos eran meras declaraciones de naturaleza política (y no jurídica) que requerirían, si habían de tener algún poder normativo directo, de desarrollo y configuración legal”. En ese escenario, los derechos fundamentales:

Calificaban, no como reglas, sino como principios [...] la aceptación de que los derechos eran principios (contenidos en meras “declaraciones”) implicaba que no tenían la fuerza normativa directa para ser litigados en sede judicial. Los verdaderos derechos eran tan solo posiciones directas y concretamente definidas en la ley sustantiva y procesal; los derechos constitucionales en cambio estaban lejos de definir directa y concretamente en qué ocasiones eran violados, en qué ocasiones se imponía su protección o qué remedios se imponían para su protección.⁴⁶

En comparación, una idea extremadamente relevante del constitucionalismo de posguerra será considerar que las normas constitucionales tienen todas plena eficacia vinculante. Se incluyen también las que estipulan los derechos fundamentales de las personas y que, por tanto, son susceptibles de producir efectos jurídicos sin necesidad de desarrollo infra constitucional y, especialmente, sin necesidad de desarrollo legal. La Constitución “no es un catecismo político o una guía moral dirigida al legislador virtuoso, sino una norma como cualquiera otra que incorpora la pretensión de que la realidad se ajuste a lo que ella prescribe”.⁴⁷

En los textos constitucionales del derecho comparado se hará constar esa eficacia normativa de los derechos fundamentales. En el caso chileno, se reconoce, en efecto, bajo la denominación local de “principio de vinculación directa de la Constitución”. Esto según los claros términos de su artículo 6, inciso segundo,

⁴⁶ LÓPEZ MEDINA, DIEGO, *Teoría impura del derecho*, Bogotá, Legis, 2004, p. 446.

⁴⁷ PRIETO SANCHÍS, LUIS, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2009, p. 116.

JOSÉ LUIS UGARTE CATALDO

que señala: “Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo”. Así, además, se desprende de modo inequívoco de los amplísimos términos en que está concebida la acción de amparo constitucional, que según el artículo 20 de la Constitución, puede ser ejercida en contra de “actos u omisiones arbitrarios o ilegales [que provoquen] privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías” establecidas en el artículo 19, según los números que en dicho artículo se indican.

Algo parecido ocurre en el caso de diversas experiencias jurídicas en nuestro continente. En relación con el derecho peruano, se ha escrito que “aunque todos los preceptos constitucionales gozan de la misma fuerza normativa y, por tanto, de una capacidad de incidencia sobre el ordenamiento infra constitucional en principio equivalente, aquellos que se enmarcan dentro de la ‘Constitución laboral’ suelen desplegar una influencia sobre la configuración a nivel legislativo del ordenamiento laboral muy superior a la habitual”.⁴⁸

En relación con el derecho uruguayo, se ha escrito que la importancia de la Constitución “surge de su ubicación de primer rango en el sistema jerárquico, de forma tal que todo el orden normativo inferior se encuentra condicionado por sus preceptos, importancia que se ha visto acrecentada por el llamado proceso de constitucionalización del derecho laboral”.⁴⁹

Y, en el caso español, el artículo 9.1 y el artículo 53.1 de la Constitución española señalan respectivamente que: “los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico” y “los derechos y libertades reconocidos en el capítulo segundo del presente título vinculan a todos los poderes públicos”.

Por lo anterior, se afirma que, “en razón de lo dispuesto por estos artículos, es indiscutible que los derechos fundamentales son más que mera lírica constitucional”.⁵⁰ En ese sentido, la “consecuencia más básica consiste en concebir a los derechos como normas supremas, efectivas y directamente vinculantes, que pueden y deben ser observadas en toda operación de interpretación y aplicación del derecho”.⁵¹

Sin embargo, falta una idea adicional en relación con las normas constitucionales: esa eficacia directa o normativa de la Constitución no solo se restringe a la regulación de las relaciones entre el Estado y los ciudadanos (eficacia

⁴⁸ SANGUINETI, WILFREDO, *Derecho Constitucional del Trabajo*, Lima, Gaceta Jurídica, 2007, p. 13.

⁴⁹ SERÉ, JORGE, “Fuentes del Derecho del Trabajo”, en *Derecho del Trabajo*, tomo 1, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2012, p. 51.

⁵⁰ BERNAL, CARLOS, “Los derechos fundamentales y la teoría de los principios. ¿Es la teoría de los principios la base adecuada de los derechos fundamentales de la constitución española?”, *Doxa*, núm. 30, p. 275.

⁵¹ PRIETO SANCHÍS, LUIS, “El constitucionalismo de los derechos”, en *Teoría del neoconstitucionalismo*, Madrid, Trotta, 2007, p. 216.

vertical), sino que también —y ahí la gran novedad— afecta las relaciones entre particulares (eficacia horizontal).

La idea central de esta transformación constitucional corresponderá a la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, esto es, a “la posibilidad de que los particulares esgriman, en contra de otros particulares y en el ámbito de las relaciones privadas, los derechos subjetivos públicos como, por ejemplo, el derecho de propiedad, el derecho a no ser discriminado, la libertad de emitir opinión, el derecho a la intimidad o el derecho moral del autor”.⁵²

Esta es una novedad mayor para la tradición jurídica constitucional, pues “tradicionalmente se entendía que las normas constitucionales sobre derechos fundamentales se aplicaban únicamente a las relaciones entre los ciudadanos y el Estado; los derechos fundamentales habían aparecido históricamente como derechos de defensa frente a injerencias de los poderes públicos en la libertad de los particulares y, en consecuencia, no alcanzaban relaciones entre particulares”.⁵³

La idea de la eficacia horizontal supera esa forma reductiva de comprensión de los derechos fundamentales, y su éxito en el derecho comparado es significativo:

Con todo y con ello, no me parece arriesgado afirmar que la tesis de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales se está, bajo una u otra forma, imponiendo en la mayor parte de los sistemas jurídicos [y que, salvo notables excepciones]⁵⁴ cuenta no sólo con un consenso doctrinal muy amplio; constituye —y ello es más importante— una herramienta ampliamente utilizada en los ambientes jurídicos y judiciales comparados.⁵⁵

Ese consenso se expresa, asimismo, en el derecho internacional. Tanto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en aplicación de la Convención Europea de Derechos Humanos,⁵⁶ como la Corte Interamericana de Derechos Humanos en aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Opinión

⁵² PEÑA, CARLOS, *Sistema Jurídico y Derechos Humanos*, Santiago, U. Diego Portales, 1996, p. 668.

⁵³ FERRER I. RIBA, JOSEPH, *Asociaciones, derechos fundamentales y autonomía privada*, Madrid, Civitas, 1997, p. 89.

⁵⁴ En Estados Unidos pervive la idea de que los derechos fundamentales solo operan como protección frente a la acción de los poderes públicos, la llamada doctrina del *state action*. De ahí que se hable de “la impermeabilidad absoluta de la jurisprudencia norteamericana a la teoría de la *Drittwirkung*, incluso en su versión más suave”. VALDÉS DAL-RE, FERNANDO, “Los derechos fundamentales de la persona del trabajador”, *Informe Congreso Mundial de Derecho del Trabajo*, Montevideo, 2003, p. 81.

⁵⁵ VALDÉS DAL-RE, FERNANDO, “Los derechos fundamentales de la persona del trabajador”, *Informe Congreso Mundial de Derecho del Trabajo*, Montevideo, p. 69.

⁵⁶ El Tribunal Europeo de Derechos Humanos sostendrá que el Estado es responsable por la violación a la libertad sindical si tolera las prácticas empresariales que, con acuerdo de un sindicato, exigen a un trabajador elegir entre afiliarse a un sindicato o conservar el empleo, “*Young, Jones & Webster c Reino Unido*”, 13 de agosto de 1981, serie A, párrafos 54 a 56.

JOSÉ LUIS UGARTE CATALDO

Consultiva,⁵⁷ sostendrán abiertamente la doctrina del efecto horizontal de los derechos fundamentales.

En este último caso, la Corte Interamericana señala:

En una relación laboral regida por el derecho privado, se debe tener en cuenta que existe una obligación de respeto de los derechos humanos entre particulares. Esto es, de la obligación positiva de asegurar la efectividad de los derechos humanos protegidos, que existe en cabeza de los Estados, se derivan efectos en relación con terceros (*erga omnes*). Dicha obligación ha sido desarrollada por la doctrina jurídica y, particularmente, por la teoría *drittwirkung*, según la cual los derechos fundamentales deben ser respetados tanto por los poderes públicos como por los particulares en relación con otros particulares (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-18/03, párrafo 140).

Así, la relación laboral se muestra estructuralmente restrictiva con el ejercicio de derechos fundamentales del trabajador; no por razones éticas, como suele mostrar la metáfora del mal empleador —explotador—, sino, cosa distinta, por la racionalidad económica y tecnocrática sobre la cual se estructura el andamiaje de la producción de la empresa capitalista contemporánea.

Ante ese panorama, la irrupción de la eficacia directa e inmediata de los derechos fundamentales del trabajador en la relación laboral tiene una pretensión de efecto emancipador.

Desaparece, por obra de esa modernización que la Constitución impone, la configuración paternalista del poder empresarial como atributo de una responsabilidad personal frente a la comunidad; y como se elimina la sobrevaloración de los deberes de lealtad y fidelidad del trabajador

⁵⁷La Corte Interamericana de Derechos Humanos sostendrá, en opinión solicitada por México, que los trabajadores inmigrantes —aún en condición de ilegales— tienen derecho al respeto y protección de sus derechos fundamentales, tanto respecto del Estado como de los particulares, Opinión Consultiva OC-18/03 "Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados", 17 de septiembre de 2003. Esta Opinión Consultiva de la CIDH es —sin decirlo— una respuesta al fallo del Tribunal Supremo de los Estados Unidos "Hoffman Plastic Compounds v. National Labor Relations Board" (2002), que había negado el derecho de un inmigrante mexicano para cobrar salarios por un despido en represalia por el ejercicio de los derechos sindicales establecidos en la National Labor Relations Act. Como apunta Mijangos y González: "El Tribunal Supremo sostuvo que la prohibición de trabajar sin autorización, prevista en la ley de inmigración, prevalecía sobre el derecho de formar y ser parte de un sindicato". MIJANGOS Y GONZÁLEZ, JAVIER, *Los derechos fundamentales entre particulares*, México, Porrúa, 2007, p. 195.

a la empresa como expresión de una subordinación personal a un modélico funcionamiento de la producción.⁵⁸

Por lo anterior, se trata de que la “empresa se convierta en parte de una república y los trabajadores conservan siempre sus derechos, incluso dentro de la empresa”.⁵⁹ Este cambio de mirada sobre la Constitución, y particularmente sobre los derechos constitucionales, tendrá profundos efectos en el derecho del trabajo, como veremos en adelante.

5. Los derechos fundamentales desde la perspectiva del trabajador

Los procesos de expansión y transformación constitucional recién delineados situaron en el centro de las relaciones laborales los derechos fundamentales, como una técnica de protección. Por tratarse de dos fases de constitucionalización diferentes se estableció en la doctrina laboral una distinción respecto de estos derechos: para el caso del constitucionalismo social se ha hablado de derechos fundamentales específicos y, para el caso de la ciudadanía en la empresa, se ha hablado de los derechos fundamentales inespecíficos.

Por una parte, circundan en torno al sujeto “los derechos específicamente laborales de que son titulares los trabajadores asalariados o empleadores en tanto que sujetos de una relación laboral” (paradigmáticamente, derecho a la huelga y negociación colectiva). Por otra parte, se encuentran “los derechos constitucionales de carácter general y, por ello, no específicamente laborales que pueden ser ejercidos, sin embargo, por sujetos de las relaciones de trabajo —los trabajadores en particular— en el ámbito de las mismas, por lo que en tal caso adquieren un contenido o dimensión laboral sobrevenidos”.⁶⁰

Aunque pareciera lo mismo, pues estamos hablando de derechos fundamentales cuyo titular es el trabajador, cabe destacar relevantes diferencias entre ambas fases de la constitucionalización del derecho del trabajo. La diferencia central entre ambos procesos de expansión constitucional se atribuye a su función política y económica. Es ahí donde se explica la diferencia entre el límite y la herramienta.

⁵⁸ GONZÁLEZ ORTEGA, SANTIAGO, “La aplicación judicial difusa de la Constitución en el orden jurisdiccional social”, *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 7, p. 211.

⁵⁹ GHEZZI, GIORGIO y ROMAGNOLI, UMBERTO, *Il rapporto di lavoro*, Bologna, Zanichelli, 1987, p. 26.

⁶⁰ PALOMEQUE, MANUEL CARLOS, “Derechos fundamentales generales y relación laboral: los derechos laborales inespecíficos”, en *El modelo social de la Constitución española de 1978*, Madrid, Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales, 2003, p. 229.

JOSÉ LUIS UGARTE CATALDO

Los derechos constitucionales generales (inespecíficos) no buscan deslizar parte del poder en disputa en la relación laboral hacia el lado de sus titulares, los trabajadores, sino garantizar un espacio de inmunidad que fije la frontera donde ese poder se detiene.

En cambio, los derechos fundamentales laborales, en su versión colectiva, encuentran su mejor sentido en la constitución de un “contra-poder”. Estos buscan que sea posible oponerse a la sujeción que el capital establece sobre el trabajo, con el fin de reestablecer la libertad en ese espacio. “La invención de la dimensión colectiva ha permitido salir del dilema de la subordinación voluntaria, restituyendo al trabajador su cualidad de sujeto libre, sin cuestionar su subordinación: se le da en el plano colectivo la autonomía de que se le priva en el plano individual.”⁶¹

Desde el derecho, ¿qué puede explicar la menor ofensividad política de unos en relación con los otros? La respuesta implica la relación con el titular y la pretensión protegida.

Los derechos fundamentales generales inespecíficos exhiben una titularidad de carácter individual, que suele estar al servicio de una posición de defensa, cuyo correlato, por regla general, es un deber negativo para el poder empresarial. Ese deber negativo —un no hacer— puede ser traducido en una sola prohibición general que constituye el límite del cual venimos hablando: no invadir el espacio protegido por el derecho fundamental de que se trata.

Por su parte, los derechos fundamentales laborales, particularmente la negociación colectiva y la huelga, o son derechos de carácter colectivo o individuales, pero de ejercicio colectivo. Su contenido protegido es una autonomía organizativa y funcional, con el fin de que sean sus titulares los que decidan cuáles acciones serán las necesarias para contrarrestar el poder empresarial. No se busca solo la distribución de utilidades económicas entre las partes, sino del poder mismo al interior de la relación laboral.⁶² Son herramientas al servicio de sus titulares para que ellos decidan qué hacer con estas.

De este modo, esos derechos fundamentales han sido entendidos como herramientas en diversas tradiciones jurídicas comparadas. De ellos se ha dicho que:

⁶¹SUPIOT, ALAIN, *Crítica del Derecho del Trabajo*, Madrid, Ministerio del Trabajo y Asunto Sociales, 1996, p. 164.

⁶²Se habla, así, de “un derecho de doble titularidad, siendo las representaciones colectivas titulares directas de unos contenidos del derecho, mientras que corresponden otras facetas de este a los individuos representados por formaciones colectivas”. RIVERO, JUAN y DE VAL TENA, ÁNGEL LUIS, “El derecho a la negociación colectiva: reconocimiento constitucional y garantías legales”, en *Modelo social en la Constitución española de 1978*, Madrid, Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales, 2003, p. 655. En la misma línea, respecto de la huelga, Ray señala: “Es un derecho que pertenece a cada asalariado, único titular de este derecho constitucional. Pero si el asalariado hace la huelga él solo, en principio, incurre en culpa porque la huelga tiene que ser ejercida colectivamente”. RAY, JEAN-EMMANUEL, *La huelga hoy en el derecho social comparado*, Madrid, Esade, 2007, p. 233.

Entre otras significaciones tienen la de legitimar medios de defensa a los intereses de grupos y estratos de la población socialmente dependientes [y que en el caso de la huelga operan] como instrumento de presión constitucionalmente reconocido, que la experiencia secular ha mostrado ser necesario para la afirmación de los intereses de los trabajadores en conflictos socioeconómicos, conflictos que el Estado social no puede excluir, pero a los que sí puede y debe proporcionar los adecuados cauces institucionales.

En el mismo sentido, se dirá en la jurisprudencia constitucional alemana que:

El derecho fundamental protege, además —como actividad sindical—, las medidas de protesta laboral orientadas a la celebración de contratos colectivos. De acuerdo con esto, son comprendidas, en todo caso, dentro de la libertad de asociación sindical, en la medida que se requieran para asegurar la funcionalidad de la autonomía en las negociaciones sindicales (véase BVerfGE 84, 212 [224 y ss.]). Dentro de éstas se encuentra también el derecho de huelga (véase BVerfGE 88, 103 [114]). La autonomía del contrato colectivo es funcionalmente capaz sólo en la medida que entre las partes del contrato colectivo exista un equilibrio de fuerza —paridad— (véase BVerfGE 84, 212 [229]). Una reglamentación es incompatible en todo caso con el artículo 9, párrafo 3 de la Ley Fundamental, cuando lleva a que no se garantice más en caso de controversia, la capacidad negocial de las partes en un contrato colectivo, incluyendo la capacidad para llevar a cabo una lucha laboral efectiva, y se restrinja adicionalmente la actividad sindical que se requiere para equilibrar los derechos fundamentales de ambas partes.

En el caso chileno la cuestión no será distinta, pues, en relación con este tipo de derechos:

Se presenta como el rechazo por parte del factor trabajo, de manera concertada y colectiva, a continuar realizando su aporte, con miras a lograr mejoras en sus condiciones y su situación social, cuando desestimadas por el capital. En este sentido se hace manifiesto su carácter de presión ante el empleador; es un “ultimátum” a la patronal, que se enfrenta a la inminencia de la suspensión de labores y consecuente paralización del proceso productivo. Carecen los dependientes de otra herramienta pacífica que pueda contrapesar la autonomía y poder de la

JOSÉ LUIS UGARTE CATALDO

propiedad. Su necesidad está íntima y directamente unida a la reivindicación de derechos que se consideran conculcados e, indirectamente, al bien común.

Además, se trata de derechos con una intensa connotación político-distributiva, que se enmarcan en la ciudadanía en la empresa, entendida como:

Recuperación de aspectos económicos y sociales de la misma —es decir a través de la consecución de la igualdad sustancial, no formal— que solo podía realizarse a través de los colectivos, de la acción de las organizaciones representativas de los trabajadores. El constitucionalismo industrial tiene ese sesgo, la generación de instituciones de contrapoder colectivo. Este es el principio fundante de la democracia industrial, de la democracia colectiva.⁶³

En ese sentido, dichos derechos son expresión de la institucionalización del conflicto central de las sociedades capitalistas modernas, como lo es la disputa salarial del reparto de las utilidades sociales agregadas entre los factores del trabajo. De ahí que dicho conflicto aparezca “regulado por un potente aparato normativo, y que da lugar a formas relativamente ordenadas de protesta, enmarcadas en un contexto que tiene como principal referente la negociación colectiva”.⁶⁴

Es evidente la fuerte connotación política que los derechos fundamentales específicos tienen para un sistema de relaciones laborales. Por ello, no es de extrañar que, tal como lo señala ampliamente la doctrina, con la introducción en el texto constitucional de la libertad sindical, la negociación colectiva y la huelga tendrán una clara consecuencia político-institucional: la pretensión de un sistema democrático de relaciones laborales.⁶⁵

La naturaleza de los derechos fundamentales inespecíficos del trabajador, en cambio, es diversa. Se trata preponderantemente de derechos de titularidad individual cuyo contenido es la protección de un espacio de inmunidad frente a

⁶³ BAYLOS, ANTONIO, *Derecho del Trabajo: un modelo para armar*, Madrid, Trotta, 1997, p. 96.

⁶⁴ ALONSO, LUIS ENRIQUE, *Trabajo y ciudadanía: Estudios sobre la crisis de la sociedad salarial*, Madrid, Trotta, 1999, p. 50.

⁶⁵ En efecto, se afirmará que el reconocimiento constitucional de la libertad sindical y de la huelga es una consecuencia precisa de una toma de posición de política jurídica asumida por el legislador constituyente, referida a “la cláusula de Estado social y democrático de derecho (artículo 1.1 CE) que, entre otras significaciones, tiene la de legitimar medios de defensa a los intereses de los grupos y estratos de la población socialmente dependientes, y entre los cuales se cuenta el de “otorgar reconocimiento constitucional a un instrumento de presión que la experiencia secular ha mostrado ser necesario para la afirmación de intereses de los trabajadores en conflictos socioeconómicos”. PALOMEQUE, MANUEL CARLOS, “El derecho constitucional de huelga y su regulación en España”, en *Derecho del Trabajo y razón crítica. Libro dedicado al Profesor Manuel Carlos Palomeque*, Salamanca, 2004, p. 138.

terceros. En ese sentido corresponden, técnicamente, a los denominados clásicos derechos de defensa. Es decir, son derechos que “ponen límites al Estado para asegurar espacios individuales de libertad, en consonancia con la concepción liberal clásica de los derechos fundamentales”.⁶⁶

Pero, donde se encuentra la diferencia más relevante y que se liga con lo anteriormente apuntado es en las consecuencias políticas de ambos procesos. Mientras los derechos fundamentales específicos (como la negociación colectiva y la huelga) están encaminados a producir un significativo efecto de reparto del poder empresarial —en atención a su pretensión de reequilibrar las relaciones laborales—, el ejercicio de los derechos fundamentales inespecíficos exhibe un sentido político más modesto: asegurar un espacio de autonomía personal para el trabajador.

Dicho de otro modo, los derechos fundamentales no laborales o inespecíficos buscan limitar el poder empresarial, a favor de la libertad y la autonomía personal. Mientras, los derechos fundamentales propiamente laborales o específicos buscan repartir ese mismo poder, en razón de la igualdad o de la propia libertad.

Insistimos en que unos operan como límites; los otros, como herramientas. Pero esas relevantes diferencias no deben opacar aquello que los une. Ambos tipos de derechos fijan un nexo del trabajo con la ciudadanía, si es que entendemos esa condición en sentido amplio: “como un estado que limita la mercantilización” y confiere a los trabajadores “derechos para influir en las condiciones de trabajo”.⁶⁷

De ese modo, pese al diverso papel que cada tipo de derecho tiene en la tarea de construir un derecho del trabajo robusto, radicalmente ligado al contrapoder de los trabajadores,⁶⁸ es necesario reconocer el íntimo nexo de los derechos fundamentales en cualquiera de sus versiones con la idea que desvincula al trabajador de su condición de mercancía: la de ciudadanía. Esta condición, en fin, expresa “el logro de derechos que los trabajadores poseen por razón de formar parte de una comunidad humana y que son conferidos por fuerzas institucionales, más que por fuerzas de mercado”.⁶⁹

⁶⁶ ARANGO, RODOLFO, *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Bogotá, Legis, 2005, p. 35.

⁶⁷ BARBALET, JACK, *Citizenship: Rights, Struggle and Class Inequality*, Publisher, Open University Press, 1988, p. 26.

⁶⁸ VÉASE UGARTE, JOSÉ LUIS, *Derecho del Trabajo: invención, teoría y crítica*, Santiago, Thomson Reuters, 2015, pp. 93-127.

⁶⁹ BUDD, JOHN, *El pensamiento sobre el trabajo*, Valencia, Tirant Humanidades, 2014, p. 122.

JOSÉ LUIS UGARTE CATALDO

Referencias

- AGUIAR, FERNANDO, “¿Un Adam Smith republicano?, en *Republicanism y Democracia*, Madrid, Editorial Mino y Davila, 2005.
- ALONSO, LUIS ENRIQUE, *Trabajo y ciudadanía: Estudios sobre la crisis de la sociedad salarial*, Madrid, Trotta, 1999.
- ANDERSON, ELIZABETH, *Private Government, How employers rule our lives*, New Jersey, Princeton University Press, 2017.
- ANTUNES, RICARDO, “Marx y las formas actuales de alienación: cosificaciones inocentes y las cosificaciones extrañadas”, en *De regreso a Marx*, Buenos Aires, Editorial Octubre, 2015.
- ARANGO, RODOLFO, *Derechos, constitucionalismo y democracia*, Bogotá, U. Externado de Colombia, 2004.
- ARANGO, RODOLFO, *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Bogotá, Legis, 2005.
- BARBALET, JACK, *Citizenship: Rights, Struggle and Class Inequality*, Publisher, Open University Press, 1988.
- BAYLOS, ANTONIO, *Derecho del Trabajo: un modelo para armar*, Madrid, Trotta, 1997.
- BERARDI, FRANCO, *La fábrica de infelicidad*, Madrid, Traficantes de sueños, 2015.
- BERARDI, FRANCO, *El trabajo del alma*, Buenos Aires, Cruce, 2016.
- BERNAL, CARLOS, “Los derechos fundamentales y la teoría de los principios. ¿Es la teoría de los principios la base adecuada de los derechos fundamentales de la constitución española?”, *Doxa*, núm. 30.
- BUDD, JOHN, *El pensamiento sobre el trabajo*, Valencia, Tirant Humanidades, 2014.
- CASTILLO, JUAN JOSÉ, *La invasión del trabajo en la vida*, Madrid, Catarata, 2015.
- CORIAT, BENJAMIN, *El taller y el cronometro*, España, Siglo XXI, 2001.
- COURTIS, CHRISTIAN, *Derechos sociales, ambientales y relaciones entre particulares*, Bilbao, Cuadernos Deusto de Derechos Humanos, 2006.
- CRARY, JONATHAN, *El capitalismo tardío y el fin del sueño (24/7)*, Buenos Aires, Paidós, 2015.
- CROUCH, COLIN, “The Globalized Economy: An End to the Age of Industrial Citizenship?”, en *Advancing Theory in Labor Law and Industrial Relations in a Global Context*, Holanda, T. Wilthagen, 1998.
- DAVIES, WILLIAM, *La industria de la felicidad*, Barcelona, Malpaso, 2015.
- DE LUCAS, JAVIER, *El desafío de las fronteras. Derechos humanos y xenofobia frente a una sociedad plural*, Madrid, Temas de hoy, 1994.
- FERRER I. RIBA, JOSEPH, *Asociaciones, derechos fundamentales y autonomía privada*, Madrid, Civitas, 1997.
- FISHER, MARK, *Realismo capitalista ¿no hay alternativa?*, Buenos Aires, Editorial Caja Negra, 2016.
- FOCAULT, MICHEL, *La verdad y las formas jurídicas*, Barcelona, Gedisa, 2003.
- FOCAULT, MICHEL, *Vigilar y castigar*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2004.

- FRAYNE, DAVID, *El rechazo al trabajo, teoría y práctica de la resistencia al trabajo*, Madrid, Akal, 2017.
- FUDGE, JUDY, "After Industrial Citizenship: Market Citizenship or Citizenship at Work?", *Relations Industrielles / Industrial Relations*, vol. 60, núm. 4.
- GARCÍA RAMÍREZ, SERGIO, "Raíz y horizonte de los derechos sociales en la Constitución mexicana", *Derechos Humanos*, núm. 61.
- GHEZZI, GIORGIO y ROMAGNOLI, UMBERTO, *Il rapporto di lavoro*, Bologna, Zanichelli, 1987.
- HAN, BYUN-CHUL, *Sobre el poder*, España, Herder, 2016.
- HARTLEY, JEAN y STEPHENSON, GEOFFREY, "La psicología de las relaciones laborales", en *Relaciones laborales. La psicología de la influencia y el control en el trabajo*, Madrid, Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, 1994.
- HOCHSCHILD, ARLIE, *The Managment Heart: Commercialisation of Human Feeling*, Estados Unidos, University of California Press, 1983.
- HOPENHAYN, MARTIN, *Repensar el trabajo*, Santiago, Editorial Norma, 2001.
- KEENOY, TOM, "La creación de mecanismos de control", en *Relaciones Laborales, La psicología de la influencia y el control en el trabajo*, Madrid, Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, 1994.
- KIRKBRIDE, PAUL, "El poder", en *Relaciones Laborales, La psicología de la influencia y el control en el trabajo*, Madrid, Ministerio del Trabajo y Seguridad Social.
- LÓPEZ MEDINA, DIEGO, *Teoría impura del derecho*, Bogotá, Legis, 2004.
- LOY, GIANNI, "El dominio ejercido sobre el trabajador", en *El poder de dirección del empresario: nuevas perspectivas*, Madrid, La Ley, 2005.
- MARSHALL, THOMAS HUMPREY, *Ciudadanía y clase social*, Buenos Aires, Losada, 2005.
- MARX, CARLOS, *El Capital*, tomo 1, libro I, Santiago, LOM, 2010.
- MIJANGOS Y GONZÁLEZ, JAVIER, *Los derechos fundamentales entre particulares*, México, Porrúa, 2007.
- MONTOYA, ALFREDO, "El trabajo en la Constitución", en *El trabajo y la Constitución, Estudios en homenaje al Profesor Alonso Olea*, Madrid, Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales, 2003.
- PALOMEQUE, MANUEL CARLOS, "Derechos fundamentales generales y relación laboral: los derechos laborales inespecíficos", en *El modelo social de la Constitución española de 1978*, Madrid, Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales, 2003.
- PALOMEQUE, MANUEL CARLOS, "El derecho constitucional de huelga y su regulación en España", en *Derecho del Trabajo y razón crítica. Libro dedicado al Profesor Manuel Carlos Palomeque*, Salamanca, 2004.
- PECES-BARBA, GREGORIO, "Los derechos económicos, sociales y culturales: su génesis y concepto", *Derechos y libertades*, núm. 6.
- PECES-BARBA, GREGORIO, "Reflexiones sobre los derechos sociales", en *Derechos sociales y ponderación*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2007.
- PEÑA, CARLOS, *Sistema jurídico y derechos humanos*, Santiago, U. Diego Portales, 1996.

JOSÉ LUIS UGARTE CATALDO

- PRIETO SANCHÍS, LUIS, “El constitucionalismo de los derechos”, en *Teoría del neoconstitucionalismo*, Carbonell (ed.), Madrid, Trotta, 2007.
- PRIETO SANCHÍS, LUIS, Justicia constitucional y derechos fundamentales, Madrid, Trotta, 2009.
- RAY, JEAN-EMMANUEL, *La huelga hoy en el derecho social comparado*, Madrid, Esade, 2007.
- RIVERO, JUAN y DE VAL TENA, ÁNGEL LUIS, “El derecho a la negociación colectiva: reconocimiento constitucional y garantías legales”, en *Modelo social en la Constitución española de 1978*, Madrid, Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales, 2003.
- ROMAGNOLI, UMBERTO, “El Derecho del Trabajo ante la crisis”, *Revista Derecho Social*, núm. 58.
- SAGÜES, NESTOR, “Constitucionalismo social”, en *Tratado de Derecho del Trabajo*, Vásquez (coord.), Buenos Aires, Astrea, 1982.
- SANGUINETI, WILFREDO, *Derecho Constitucional del Trabajo*, Lima, Gaceta Jurídica, 2007.
- SENNETT, RICHARD, *La corrosión del carácter*, Barcelona, Anagrama, 2010.
- SERÉ, JORGE, “Fuentes del Derecho del Trabajo”, en *Derecho del Trabajo*, tomo 1, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2012.
- SUPIOT, ALAIN, *Crítica del Derecho del Trabajo*, Madrid, Madrid, Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales, 1996.
- LOY, GIANNI, “El dominio ejercido sobre el trabajador”, en *El poder de dirección del empresario: nuevas perspectivas*, Madrid, La Ley, 2005.
- THOMPSON, PAUL y ACKROYD, STEPHEN, “¿Reina la calma en el frente de trabajo?: una crítica de las recientes tendencias en la sociología de trabajo en el Reino Unido”, en *Vigilar y Organizar, Una introducción a los Critical Management Studies*, Madrid, Siglo XXI, 2007.
- UGARTE, JOSÉ LUIS, *Derecho del Trabajo: invención, teoría y crítica*, Santiago, Thomson Reuters, 2015.
- VALDÉS DAL-RE, FERNANDO, “Los derechos fundamentales de la persona del trabajador”, *Informe Congreso Mundial de Derecho del Trabajo*, Montevideo, 2003.
- VÁSQUEZ VIALARD, ANTONIO, “Fundamentos constitucionales del Derecho del Trabajo Argentino”, en *El trabajo y la Constitución, Estudios en homenaje al Profesor Alonso Olea*, Madrid, Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales, 2003.
- WARDE, IBRAHIM, “Estados Unidos y la religión del trabajo”, en *El Trabajo*, Santiago, Le Monde Diplomatique, 2007.
- WILLMONTT, HUGH, “La fuerza es la ignorancia, la esclavitud es la libertad: la gestión de la cultura de las organizaciones modernas”, en *Vigilar y Organizar, Una introducción a los Critical Management Studies*, Madrid, Siglo XXI, 2007.

El derecho humano al trabajo y su dimensión protectora en la norma laboral mexicana* *The Human Right to Work and its Protective Dimension in the Mexican Labor Standards*

Cora Silvia Bonilla Carreón**

Luis Carlos Flores Catzin***

RESUMEN

Este artículo presenta un estudio de los derechos humanos y los derechos fundamentales de los trabajadores a partir del sistema jurídico nacional e internacional para evidenciar su interacción y el carácter multidimensional de la norma laboral. Intenta dilucidar la dimensión de protección del derecho del trabajo en el sistema jurídico mexicano. El objetivo es analizar y exponer el marco de protección del derecho del trabajo a la luz del principio *pro homine* y el efecto *erga omnes*. Se propone defender la protección de los derechos de los trabajadores de forma multidimensional para, de ser practicable, mejorar la impartición de justicia desde una concepción integral del derecho, la cual redundará en el beneficio de una tutela judicial garantizada. Al respecto, es necesario comprender la multidimensionalidad de la norma laboral en relación con la aplicación de los instrumentos jurídicos internacionales en materia de derechos humanos laborales como garantía de su cumplimiento, a fin de contribuir a la argumentación jurídica y la práctica del derecho del trabajo mexicano.

PALABRAS CLAVE: *Erga omnes*, principio *pro homine*, principio *indubio pro operario*, sistema interamericano, sistema universal.

ABSTRACT

This Article presents a study of the Human Rights and the Fundamental Rights of workers in accordance with the National and International Legal Systems to demonstrate its interaction and its multidimensional character of the labor norm. An attempt to elucidate the dimension of Labor law protection in the Mexican Legal System. The objective is to analyze and describe the framework for the protection of the right to work in the light of the pro homine principle and the erga omnes effect. It is proposed to defend the protection of workers' rights in a multidimensional way, if feasible improve the delivery of justice from an integral conception of the law, which will result in the benefit of a guaranteed judicial protection. In this regard, it is necessary to understand the multidimensionality of the labor law in relation to the application of the International Legal Instruments on Labor Human Rights as a guarantee of their compliance, in order to contribute to legal argumentation and practice of Mexican Labor Law.

KEY WORDS: *Erga omnes*, *Pro Homine* principle, *Indubita pro operatio*, *Inter-American System*, *Universal System*.

* Artículo de investigación. Recibido el 12 de julio de 2018 y aceptado para su publicación el 14 de agosto de 2019.

** Profesora investigadora en la Universidad del Istmo, Campus Ixtotec, Oaxaca, México. (korysilk@hotmail.com) orcid.org/0000-0003-2051-0801

*** Profesor invitado en la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, México. (ahraxaxel76_1@hotmail.com) orcid.org/0000-0001-8734-9157

CORA SILVIA BONILLA CARREÓN / LUIS CARLOS FLORES CATZIN

SUMARIO

1. Introducción
2. La norma laboral mexicana a la luz del principio *pro homine*
3. La dimensión de protección o tutela de las normas laborales en México
4. Los principios de la norma laboral en el sistema jurídico nacional e internacional
5. Conclusiones

1. Introducción

Actualmente, la práctica de los operadores jurídicos en los tribunales nacionales se realiza con cierta subestimación o desinterés de los instrumentos jurídicos de carácter internacional, particularmente en la materia de derecho del trabajo. Esta circunstancia denota tanto el desconocimiento del sistema jurídico nacional como del sistema internacional surgido de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) y el sistema internacional regional originario de la Organización de los Estados Americanos (OEA).

Estos sistemas jurídicos complementan y nutren nuestro sistema jurídico mexicano en la materia de derecho del trabajo. Sin embargo, en muchos casos la omisión por desconocimiento e incompreensión impiden que se apliquen. Así, los encargados de dirimir los conflictos de trabajo, es decir, las autoridades como las juntas de conciliación y arbitraje, los jueces de distrito y los magistrados de circuito no emplean las normas internacionales en el momento de resolver los juicios. No obstante, tienen el deber de vigilar el cumplimiento, no sólo de la norma nacional, sino también del control de constitucionalidad y el de convencionalidad, y la jurisprudencia tanto de la Corte Internacional de Justicia y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En relación con el tema, se cita el párrafo 339 de la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Rosendo Radilla Pacheco:

En relación con las prácticas judiciales, este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente de que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, que desde un inicio

carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer un “control de convencionalidad” ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.¹

Alfonso Bouzas Ortiz afirma que “las autoridades que conocen de los conflictos del trabajo –juntas federales y locales de conciliación y arbitraje– se niegan a reconocer, como fundamentos de las pretensiones planteadas por los trabajadores, la referencia que se haga a convenios internacionales que México ha celebrado y ratificado o simplemente las omiten en sus consideraciones”.²

Sin embargo, esto cambió a partir de la reforma del 10 de junio de 2011 publicada en el Diario Oficial de la Federación. La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos dispone en el artículo 1 que en los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección. Asimismo, las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con la Constitución y con los tratados internacionales de la materia, favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

Para esto, todas las autoridades en el ámbito de sus competencias tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.³

¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos, sentencia de 23 de noviembre de 2009, p. 92. [Consulta: 2 de marzo, 2018]. Disponible en: <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Jurlnt/STCIDHM4.pdf>

² BOUZAS ORTIZ, ALFONSO, “Los convenios internacionales”, en Alfonso Bouzas Ortiz (coord.), *Propuestas para una reforma laboral democrática*, México, UNAM - Grupo Parlamentario del PRD - Cámara de Diputados - Congreso de la Unión LX Legislatura, 2007, p. 194. [Consulta: 2 de marzo, 2018]. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2505/12.pdf>

³ Véase el “Decreto por el que se modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”, *Diario Oficial de la Federación*, 10 de junio, 2011. [Consulta: 5 de marzo, 2018]. Disponible en: http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5194486&fecha=10/06/2011

Esta reforma cambió el paradigma jurídico en nuestro sistema normativo. A partir de la sentencia del caso Rosendo Radilla Pacheco se estableció en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos el control de convencionalidad, cuya aplicación retardó tanto tiempo el Estado mexicano. Con antelación celebró y ratificó tratados internacionales, pero a pesar de que tenía la obligación de instituir este control de convencionalidad a nivel constitucional no lo hizo hasta la reforma de 2011.

Ello fue un cambio muy importante, porque se relaciona con el artículo 133 de la Constitución que dispone como ley suprema a la Constitución y los tratados que estén de conformidad con la misma y ratificados por el Estado mexicano. El artículo 133 constitucional establece:

Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los Tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada entidad federativa se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de las entidades federativas.⁴

Aún con la reforma constitucional en materia de derechos humanos de 2011, existe incomprensión de la normatividad vigente, tanto sustantiva como de la norma adjetiva convencional, de la jurisprudencia sobre la protección de los derechos humanos y la resistencia a la aplicación de los instrumentos jurídicos internacionales en la materia de derechos humanos laborales por parte del personal de las juntas locales o federales de conciliación y arbitraje y de los magistrados federales. Lo anterior vulnera los derechos laborales y el principio *pro homine* y el efecto *erga omnes*.

En la configuración del sistema jurídico mexicano, interactúan el sistema jurídico internacional, surgido en el seno de la ONU, y el sistema interamericano, de igual forma internacional, pero de carácter regional. Mantienen una tendencia a la integración de un único sistema jurídico en materia de protección de los derechos humanos, pero coordinados entre sí, hacia el interior y el exterior. Evidentemente, existe la necesidad de adecuar la práctica profesional de la aplicación de las normas internacionales en la materia de derechos humanos laborales para garantizar su cumplimiento de manera formal y material.

⁴ "Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos", *Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión*. [Consulta: 28 de marzo, 2018]. Disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_150917.pdf

Se conocen parcialmente los derechos sustantivos de los tratados y los convenios sobre derechos humanos, surgidos en el seno de la ONU. Asimismo, se desconocen los convenios surgidos de la OIT en materia del trabajo, organismo especializado de la ONU, pero también se desconoce en el sistema regional la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos y el Protocolo Adicional a esta Convención en lo relativo al derecho del trabajo.

La falta de conocimiento del contenido de los diversos instrumentos jurídicos internacionales genera la violación sistémica de los derechos humanos laborales. Esta situación justifica la necesidad del estudio, la enseñanza, la institucionalización y la puesta en práctica de dichos instrumentos hasta lograr familiarizarnos con el conjunto de normas sustantivas y adjetivas e instituciones internacionales y regionales. También se requiere, en la formación de los profesionistas en derecho, apreciar más la enseñanza del derecho internacional del trabajo.

2. La norma laboral mexicana a la luz del principio *pro homine*

Por lo que respecta a la norma constitucional mexicana relacionada con el trabajo, particularmente en el artículo 5 se establece el derecho a la libertad de trabajo como un derecho fundamental. Toda persona podrá dedicarse a cualquier actividad o profesión, siendo lícitas. Por tanto, el trabajador goza de la protección del Estado al reconocerse la libertad de trabajo en la norma constitucional como en la Ley Federal del Trabajo y en esta última se instituyen los procesos para que las instituciones del trabajo protejan este derecho atendiendo al principio *pro homine*.

Por otra parte, el artículo 123 constitucional regula las relaciones de trabajo. Además, amplía la protección del trabajador al establecer que toda persona tiene derecho al trabajo digno y socialmente útil. Asimismo, dispone que el Estado promoverá la creación de empleos y la organización social conforme a la ley. Carbonell afirma que “el derecho al trabajo, como otros derechos sociales, es un ‘derecho bifronte’, puesto que es a la vez un derecho social y un derecho de libertad”.⁵

Esto constituye una garantía y un derecho social para todo mexicano o extranjero en edad de trabajar. El marco constitucional contempla el derecho al trabajo como un derecho fundamental y social. Asimismo, disponemos de un sistema normativo internacional para la protección de los derechos humanos de los trabajadores. Formalmente, a partir de la reforma constitucional

⁵ CARBONELL, MIGUEL, *Los Derechos Fundamentales en México*, México, CNDH-UNAM, 2004, p. 944.

CORA SILVIA BONILLA CARREÓN / LUIS CARLOS FLORES CATZIN

del 10 de junio de 2011, las normas del derecho del trabajo deben aplicarse e interpretarse conforme con las reglas de la interpretación de las normas internacionales, es decir, acorde con los principios que las rigen. Al tratarse de derechos humanos, las autoridades deben otorgar la protección más amplia a la persona que trabaja.

La protección o tutela de los derechos laborales contemplados en la normatividad nacional se amplía cuando los instrumentos jurídicos internacionales de carácter universal y regional operan como mecanismos (sustantivos y adjetivos) de garantía y protección de los derechos humanos laborales a partir de la interpretación del principio *pro homine* y el efecto *erga omnes*. A través de los convenios o los tratados internacionales ratificados por el Estado mexicano en materia del trabajo, se instituye la obligación de respetar los compromisos internacionales adquiridos y su integración al sistema jurídico mexicano.

Sin embargo, lo anterior permite afirmar que las normas internacionales y las de derecho interno mantienen una interrelación, enriquecen nuestro sistema jurídico y facilitan la instauración y la conformación de un sistema de mayor protección. Además, esto contribuye a la argumentación científica jurídica; apela a una mejoría en la práctica del derecho del trabajo mexicano a la luz del derecho internacional para salvaguardar y promover los niveles de exigibilidad de los derechos humanos laborales.

3. La dimensión de protección o tutela de las normas laborales en México

Es necesario conocer la normatividad laboral mexicana en su integralidad y aclarar su dimensión de protección en relación con los sistemas en materia de derechos humanos a nivel internacional e interamericano. Partiremos de la teoría alemana de la *Drittwirkung*,⁶ cuyo origen se encuentra en el campo de las relaciones laborales, donde es especialmente sensible la subordinación del trabajador a un poder, esta vez privado, la empresa, y los consiguientes peligros que para los derechos fundamentales provienen de estos poderes privados. Al respecto, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha precisado lo siguiente:

⁶ SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, Tesis I.3o.C.739 C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. 30, agosto, 2009, p. 1597, [Consulta: 3 de abril, 2018]. Disponible en: https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Paginas/DetalleGeneralIV2.aspx?Epoca=1e3e1fd8f8fcd&Apendice=1ffdf8f8fcd&Expresion=drittwirkung&Dominio=Rubro,Texto,Precedentes,Localizacion&TA_TJ=2&Orden=1&Clase=DetalleTesisBL&NumTE=1&Epp=20&Desde=-100&Hasta=-100&Index=0&InstanciasSeleccionadas=6,1,2,3,4,5,50,7&ID=166676&Hit=1&IDs=166676&TipoTesis=&Semanario=0&tabla=&Referencia=&Tema=

CORA SILVIA BONILLA CARREÓN / LUIS CARLOS FLORES CATZIN

jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas.¹⁰

Las Naciones Unidas¹¹ explican los derechos humanos como los derechos inherentes a todos los seres humanos, sin distinción alguna de nacionalidad, lugar de residencia, sexo, origen nacional o étnico, color, religión, lengua, o cualquier otra condición. Todos tenemos los mismos derechos humanos, sin discriminación alguna. Estos derechos son interrelacionados, interdependientes e indivisibles.

Miguel Carbonell¹² precisa que “podríamos decir que todos los derechos fundamentales son derechos humanos *constitucionalizados*”. De esta forma, Hernández¹³ señala que los derechos humanos laborales son todos aquellos derechos humanos vinculados con el mundo del trabajo, cuyo propósito posibilita condiciones mínimas satisfactorias de trabajo. Muchos de esos están consagrados en pactos y convenios internacionales de derechos humanos, así como en tratados y convenios que desarrollan algún derecho humano laboral contenido en aquellos y que, en todos los casos, reconocen como titular a la persona humana.

El derecho al trabajo se entiende como la libertad de trabajar y, sobre todo, el derecho de acceder a un puesto de trabajo en igualdad de condiciones, sin discriminaciones, pueden ser considerados como ese mínimo definitivamente garantizado [...] en todo su contenido posible, como un principio, como un mandato de optimización, supone, no sólo que algo debe ser perseguido en la mayor medida posible, sino que también exige una satisfacción mínima de ese objetivo que viene a configurarse como una regla.¹⁴

Para alcanzar una satisfacción mínima de los derechos fundamentales es necesario determinar las garantías que servirán de instrumento de naturaleza

¹⁰ FERRAJOLI, LUIGI, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2009, p. 19.

¹¹ NACIONES UNIDAS, Derechos Humanos, “¿Qué son los derechos humanos?”. [Consulta: 5 de enero, 2018]. Disponible en: <https://www.ohchr.org/sp/issues/pages/whatarehumanrights.aspx?>

¹² CARBONELL, MIGUEL, *Los Derechos Fundamentales en México*, México, CNDH - UNAM, 2004, p. 9.

¹³ HERNÁNDEZ CERVANTES, ALEIDA, “Programa de capacitación y formación profesional en derechos humanos fase de actualización permanente, Derechos humanos laborales”, *Cuadernos de capacitación, Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal*, 2013, p. 20. [Consulta: 7 de marzo, 2018]. Disponible en: http://cdhdf.org.mx/serv_prof/pdf/derechoshumanoslaborales.pdf

¹⁴ ARCOS RAMÍREZ, FEDERICO, “La naturaleza del derecho al trabajo como derecho social fundamental”, *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, núm. 3. [Consulta: 7 de marzo, 2018]. Disponible en: http://www.uv.es/cefd/3/arcos.htm#_ftnref7

procesal para hacer posible su materialización y realmente gozar de derechos fundamentales o derechos humanos útiles.

Salazar¹⁵ señala que, de acuerdo con la teoría garantista de Luigi Ferrajoli sobre los derechos fundamentales, “existen derechos sin garantías, lo que se traduce en una obligación para el legislador que debe crearlas”. Los sujetos obligados en ocasiones incumplen su obligación y la labor de interpretar y velar por el cumplimiento de los derechos corresponde a los órganos garantes.

Para Luigi Ferrajoli, la ausencia de garantías constituye una laguna jurídica que el legislador debe colmar. Riccardo Guastini, por su parte, precisa que “un derecho sin garantía no es propiamente un derecho o, en todo caso, es un derecho de papel”. Entre Luigi Ferrajoli y Riccardo Guastini hay una coincidencia de fondo compartida: los derechos sin garantías son normas incompletas.¹⁶

La multidimensionalidad de la norma laboral “comprende la manifestación de las diversas dimensiones jurídicas” para regular las relaciones de trabajo más humanas a beneficio de las personas. Para ello, existe un sistema jurídico universal: el sistema jurídico universal-regional y el sistema jurídico nacional. Asimismo, el control de convencionalidad de las normas laborales contenidas en el sistema jurídico nacional y en el sistema jurídico internacional es fundamental al momento de resolver los conflictos del trabajo.

4. Los principios de la norma laboral en el sistema jurídico nacional e internacional

Las normas del trabajo traducidas en derechos humanos laborales hoy se someten al rigor de los principios que rigen a estos. Es decir, en términos del artículo 1, párrafo tercero de la Constitución, “deben tenerse como rectores los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad, progresividad”.¹⁷

De este modo, la interpretación del artículo 133 constitucional nos proporciona la luz en el tema de la aplicación obligatoria de los tratados internacionales que han sido ratificados por el Estado mexicano. La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha señalado que es una obligación de las autoridades jurisdiccionales realizar un control de constitucionalidad y convencionalidad *ex officio* en materia de derechos humanos para garantizar en todo tiempo a

¹⁵ SALAZAR UGARTE, PEDRO, *Política y derecho. Derechos y garantías, cinco ensayos latinoamericanos*, México, Fontamara, 2013, pp. 119-120.

¹⁶ SALAZAR UGARTE, PEDRO, *Política y derecho. Derechos y garantías, cinco ensayos latinoamericanos*, México, Fontamara, 2013, p. 118.

¹⁷ KURCZYN VILLALOBOS, PATRICIA, “Los principios del Derecho del Trabajo mexicano. Permanencia y transformación”, s. a., p. 4. [Consulta: 7 de marzo 2018]. Disponible en: http://www.adapt.it/boletinespanol/docs/patricia_kurczyn.pdf

las personas la protección más amplia en virtud de que los tratados internacionales ratificados que forman parte de la ley suprema.

Los principios que rigen la norma laboral, esencialmente, son el principio *pacta sunt servanda*, *pro homine* o *pro persona*, *indubio pro operario* y el efecto *erga omnes*. Por lo que respecta al principio *pacta sunt servanda*, se entenderá como el principio reconocido en el derecho internacional y tiene como significado “lo pactado obliga a las partes”. Esto tiene fundamento en el artículo 26 de la Convención de Viena, que dispone “Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”.

Los tratados internacionales son instrumentos de acatamiento obligatorio para los Estados; y si bien no han seguido el mismo proceso de formación de las leyes internas para entrar en vigencia, forman parte del ordenamiento jurídico de los países una vez que han sido firmados, ratificados, y, por lo tanto, puestos en vigor en el derecho interno de los Estados.¹⁸

Medellín Urquiga¹⁹ precisa que la primera definición del principio *pro homine* (PPH) se debe al juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Rodolfo E. Piza Escalante. El juez señaló que el principio *pro persona* es “un criterio fundamental que impone la naturaleza misma de los derechos humanos, la cual obliga a interpretar extensivamente las normas que los consagran o amplían y restrictivamente las que los limitan o restringen”.

Este principio se puede encontrar en el ámbito del Pacto y de la Convención a través de dos vías. Una es su consagración directa (artículo 5.1 PIDCP y artículo 29 CADH). La otra se puede observar a través de las normas interpretativas del artículo 31 de la Convención de Viena, vía utilizada recurrentemente por la Corte.²⁰

Américo Plá Rodríguez señala que el principio *indubio pro operario*, conocido también como la regla *indubio pro operario*, es el criterio que debe utilizar el juez o el intérprete para elegir entre varios sentidos posibles de una norma: aquel que sea más favorable al trabajador.²¹ Este se puede entender como un subprincipio derivado de la aplicación del principio *pro homine* en materia de derecho del trabajo.

¹⁸ “Los tratados internacionales sobre derechos humanos vigentes en Centroamérica y República Dominicana”, *Poder Judicial de la República de Honduras*. [Consulta: 2 de marzo, 2018]. Disponible en: <http://www.poderjudicial.gob.hn/transparencia/regulacion/Documents/Tratados/LosTratadosInternacionales.pdf>

¹⁹ DRNAS DE CLÉMENT, ZLATA, “La complejidad del principio pro homine”, *Doctrina*, 25 de marzo, 2015, JA 2015-I, fascículo 12, p. 101. [Consulta: 22 de abril, 2018]. Disponible <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r33496.pdf>

²⁰ VILLARREAL AMAYA, FRANCISCO ÁLVARO, “El principio pro homine: interpretación extensiva vs. el consentimiento del Estado”, *International Law: Revista colombiana de Derecho Internacional*, núm. 5, pp. 337-380. [Consulta: 1 de abril, 2018]. Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82400511>

²¹ PLÁ RODRÍGUEZ, AMÉRICO, *Los principios del derecho del trabajo*, España, Depalma, 1998, p. 84.

La expresión *erga omnes* proviene de la locución latina que significa “contra todos”. Expresa que la ley, el derecho o la resolución abarcan a todos, hayan sido parte o no, y ya se encuentren mencionados u omitidos en la relación que se haga.²² Cebada²³ sostiene que, con un criterio literal o, si se prefiere, etimológico y prescindiendo de cualquier intento de contextualización, cualquier obligación que se asume *frente a todos* es una obligación *erga omnes*.

Al respecto, la SCJN ha establecido la tesis titulada “Sustitución de un trabajador. Ataque a derecho de un tercero”. En esencia, dispone lo siguiente:

El artículo 7o. de la Ley Federal del Trabajo clasifica como ataque a derecho de tercero la sustitución de un trabajador que haya sido separado sin haberse resuelto su caso por la Junta de Conciliación y Arbitraje, lo que ocurre con los trabajadores que fueren separados primeramente, quienes han de estimarse como terceros.²⁴

En el ámbito internacional el derecho al trabajo se encuentra contemplado en diversos instrumentos jurídicos. Entre los principales está el Tratado de Versalles, firmado el 28 de junio de 1919. Este tratado contiene disposiciones relativas a la constitución de la Organización Internacional del Trabajo. La parte XIII, bajo la denominación “Trabajo” y la sección I “Organización del trabajo”, está dividida en cuatro capítulos (capítulo I, organización; capítulo II, funcionamiento; capítulo III, las disposiciones generales, y capítulo IV, medidas transitorias). Además, contiene un anexo titulado “Primera reunión de la Conferencia del Trabajo: 1919” que identifica la sección II, denominada “Principios generales”. Todas estas disposiciones se encuentran del artículo 387 a 427.²⁵

En el artículo 427 de dicho tratado, se reconoce el principio fundamental de que el trabajo no debe considerarse como una mercancía o un artículo de comercio. Constituye uno de los principios universales respecto de las personas

²² VEGA, JOSÉ, “Erga omnes”, *Diccionario jurídico en línea*, 2014. [Consulta: 1 de abril, 2018]. Disponible en: <http://diccionario.leyderecho.org/erga-omnes/>

²³ CEBADA ROMERO, ALICIA, “Los conceptos de obligación erga omnes, ius cogens y violación grave a la luz del nuevo proyecto de la CDI sobre responsabilidad de los estados por hechos ilícitos”, *Revista electrónica de Estudios Internacionales*, 2002, p. 2. [Consulta: 11 de marzo, 2018]. Disponible en: www.reei.org/index.php/revista/num4/archivos/Cebada.PDF

²⁴ SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, “Tesis aislada”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Sexta Época, registro 274604, vol. 60, p. 98. Disponible en: https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Paginas/DetalleGeneralV2.aspx?Epoca=1e3e1fd8f8fcd&Apndice=1ffdf8f8fcd&Expresion=sustituci%25C3%25B3n%2520de%2520un%2520trabajador%2520erga%2520omnes&Dominio=Rubro,Texto,Precedentes,Localizacion&TA_TJ=2&Orden=1&Clase=DetalleTesisBL&NumTE=1&Epp=20&Desde=-100&Hasta=-100&Index=0&InstanciasSeleccionadas=6,1,2,3,4,5,50,7&ID=274604&Hit=1&IDs=274604&tipoTesis=&Semanario=0&tabla=&Referencia=&Tema=

²⁵ Véase “El Tratado de Versalles de 1919 y sus antecedentes”, *Instituto Ibero-Americano de Derecho Comparado*, 1920, p. 183. [Consulta: 1 de marzo, 2018]. Disponible en: <http://fama2.us.es/fde/ocr/2006/tratadoDeVersalles.pdf>

que trabajan el principio de asociación sindical para asalariados y patrones, el derecho al pago de un salario a los obreros, jornada laboral de ocho horas, un descanso semanal de 24 horas, por lo menos, la supresión del trabajo de los niños, el principio de salario igual cuando se trate de trabajo de valor igual sin importar el sexo. El objeto de este documento es establecer la paz universal fundada sobre la base de la justicia social. Resalta la necesidad de mejorar las condiciones de trabajo de los obreros, la protección de los niños, adolescentes y las mujeres en el trabajo. Considera necesario la adopción de un régimen del trabajo realmente humano.

Por otra parte, la Organización Internacional del Trabajo fue fundada en 1919 después de la Primera Guerra Mundial y en una visión según la cual una paz duradera y universal sólo puede ser alcanzada cuando está fundamentada en el trato decente de los trabajadores. Tiene por objeto la promoción de la justicia social, los derechos humanos y laborales reconocidos internacionalmente. Es la única agencia tripartita de la ONU que reúne a gobiernos, empleadores y trabajadores de 187 Estados miembro a fin de establecer las normas del trabajo, formular políticas y elaborar programas que promuevan el trabajo decente.²⁶

Esta organización mantiene diversos instrumentos que regulan la libertad sindical, la negociación colectiva, las relaciones de trabajo, el trabajo forzoso, la eliminación del trabajo infantil, la protección de los menores, la igualdad de oportunidades y de trato, la inspección del trabajo, la política y la promoción del empleo, la seguridad y la salud en el trabajo. Estos son algunos de los temas que establece la OIT a través de los convenios suscritos, las recomendaciones y el control de la aplicación de las normas internacionales del trabajo.

México es miembro de la OIT desde el 12 de septiembre de 1931, ha ratificado 79 convenios, de los cuales 67 están en vigor, 8 han sido denunciados, un instrumento abrogado y ninguno ha sido ratificado en los últimos 12 meses. La OIT ha declarado 8 convenios fundamentales de los cuales México solo ha ratificado 7; falta ratificar el convenio 98, relativo a la aplicación de los principios de sindicación y negociación colectiva.²⁷

Por otra parte, la Declaración Universal de los Derechos Humanos dispone en el artículo 23 el derecho al trabajo y la protección contra el desempleo, el derecho al salario por la prestación de un trabajo igual, un salario digno y los medios de protección social y el derecho de sindicación. En el artículo 24 establece el derecho al descanso, al disfrute del tiempo libre, a una limitación

²⁶ "Misión e impacto de la OIT", *Organización Internacional del Trabajo*, 2018. [Consulta: 10 de marzo, 2018]. Disponible en: <http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/mission-and-objectives/lang-es/index.htm>

²⁷ "Misión e impacto de la OIT", *Organización Internacional del Trabajo*, 2018. [Consulta: 10 de marzo, 2018]. Disponible en: <http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/mission-and-objectives/lang-es/index.htm>

razonable de la duración del trabajo y a vacaciones periódicas pagadas. El artículo 25 dispone el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, el derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad. El artículo 30 determina: "Nada en la presente Declaración podrá interpretarse en el sentido de que confiere derecho alguno al Estado, a un grupo o a una persona, para emprender y desarrollar actividades o realizar actos tendientes a la supresión de cualquiera de los derechos y libertades proclamados en esta Declaración".²⁸

Asimismo, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), en el artículo 6 (1), ordena que "Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho a trabajar, que comprende el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado, y tomarán medidas adecuadas para garantizar este derecho". El artículo 7 reconoce el derecho de toda persona al goce de las condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que aseguren una remuneración que proporcione como mínimo a todos los trabajadores, un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor, sin distinciones de ninguna especie; condiciones de existencia dignas; la seguridad y la higiene en el trabajo; igual oportunidad para todos de ser promovidos dentro de su trabajo a la categoría superior que les corresponda, sin más consideraciones que los factores de tiempo de servicio y capacidad; el descanso, el disfrute del tiempo libre, la limitación razonable de las horas de trabajo y las vacaciones periódicas pagadas, así como la remuneración de los días festivos.²⁹

Este pacto dio origen a la creación del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PF-PIDESC) celebrado en Nueva York el 10 de diciembre de 2008 como un mecanismo de denuncia e investigación de cumplimiento del PIDESC y un instrumento internacional vinculante. Entró en vigor el 5 de mayo de 2013. No ha sido ratificado por México.³⁰

²⁸Véase NACIONES UNIDAS, *Declaración Universal de Derechos Humanos*, 2018. Disponible en: http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf

²⁹Véase, "Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales", *Naciones Unidas, Derechos Humanos*. [Consulta: 14 de marzo, 2018]. Disponible en: <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>

³⁰Véase "¿Ha ratificado su país el PF-PIDESC?, *Red-DESC*. Disponible en: <https://www.esccr-net.org/es/pf-pidesc/mapa> "Por su parte la Honorable Cámara de Diputados, exhorta al titular del Ejecutivo Federal, a firmar el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, reconociendo expresamente la competencia del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales para conocer de los procedimientos de comunicaciones entre Estados y de investigación".

La relevancia del Protocolo Facultativo, en vigor a nivel internacional, radica en que dota de competencia al Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC) para, una vez agotados todos los recursos disponibles en el ámbito nacional, recibir y examinar comunicaciones de personas o grupos de personas que se hallen bajo la jurisdicción de un Estado Parte y que aleguen ser víctimas de una violación por el mismo, de cualquiera de los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en el PIDESC, del que nuestro país es Estado Parte desde 1981, que contempla a los derechos laborales, a la seguridad social, educación, alimentación, agua, vivienda y salud, entre otros.³¹

Por otra parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos fue aprobada por la H. Cámara de Senadores del Congreso de la Unión el 18 de diciembre de 1980 por el decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 9 de enero de 1981. El preámbulo de la convención en comento dispone en el párrafo segundo:

Reconociendo que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican con protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados Americanos.³²

Dentro de las Naciones Unidas, la Organización de los Estados Americanos constituye un organismo regional. Así lo determina el artículo 1 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos. En esta carta, el capítulo VII, titulado “Desarrollo integral”, dispone:

Artículo 34: Los Estados miembros convienen en que la igualdad de oportunidades, la eliminación de la pobreza crítica y la distribución equitativa de la riqueza y del ingreso, así como la plena participación de sus pueblos en las decisiones relativas a su propio desarrollo, son, entre

³¹ Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, Dirección General de Comunicación, Comunicado de Prensa DGC/330/16, 18 de diciembre, 2016. [Consulta: 3 de abril, 2018] Disponible en: http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Comunicados/2016/Com_2016_330.pdf

³² Convención Americana sobre Derechos Humanos, “Pacto de San José de Costa Rica”. [Consulta: 7 de abril, 2018]. Disponible en: https://www.colmex.mx/assets/pdfs/4-CADH_51.pdf?1493133911

otros, objetivos básicos del desarrollo integral. Para lograrlos, conviene asimismo en dedicar sus máximos esfuerzos a la consecución de las siguientes metas básicas: *g) Salarios justos, oportunidades de empleo y condiciones de trabajo aceptables para todos*".

En su artículo 45 dispone: "Los Estados miembros, convencidos de que el hombre solo puede alcanzar la plena realización de sus aspiraciones dentro de un orden social justo, acompañado de desarrollo económico y verdadera paz, conviene en dedicar sus máximos esfuerzos a la aplicación de los siguientes principios y mecanismos: [...] *b) El trabajo es un derecho y un deber social, otorga dignidad a quien lo realiza y debe prestarse en condiciones que, incluyendo un régimen de salarios justos, aseguren la vida, la salud y un nivel económico decoroso para el trabajador y su familia, tanto en sus años de trabajo como en su vejez, o cuando cualquier circunstancia lo prive de la posibilidad de trabajar; c) Los empleadores y los trabajadores, tanto rurales como urbanos, tienen el derecho de asociarse libremente para la defensa y promoción de sus intereses, incluyendo el derecho de negociación colectiva y el de huelga por parte de los trabajadores, el reconocimiento de la personería jurídica de las asociaciones y la protección de su libertad e independencia, todo de conformidad con la legislación respectiva;*

Artículo 46: "Los Estados miembros reconocen que, para facilitar el proceso de la integración regional latinoamericana, *es necesario armonizar la legislación social de los países en desarrollo, especialmente en el campo laboral y de la seguridad social, a fin de que los derechos de los trabajadores sean igualmente protegidos, y conviene en realizar los máximos esfuerzos para alcanzar esta finalidad*".³³

Estos son algunos de los principales instrumentos jurídicos de carácter internacional y regional que contemplan normas de derecho del trabajo. El gobierno mexicano ha ratificado diversos tratados, lo cual implica el compromiso de cumplir con ellos. Sin embargo, a pesar de que se han adoptado como parte del derecho interno mexicano, siguen conculcándose derechos humanos laborales, no obstante su obligatoriedad.

Una vez incorporados a la Ley Suprema de toda la Unión los tratados internacionales suscritos por México, en materia de derechos humanos, y dado el reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es posible invocar la jurisprudencia de dicho tribunal internacional

³³ Las cursivas son nuestras.

como criterio orientador cuando se trate de la interpretación y cumplimiento de las disposiciones protectoras de los derechos humanos.³⁴

En este sentido, el derecho al trabajo es un derecho social, humano y fundamental. Por consiguiente, es viable la aplicación de la jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos como criterio orientador para la interpretación y un mejor cumplimiento de las normas laborales mexicanas.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido que la fuerza vinculante de la jurisprudencia de la Corte Interamericana se desprende del propio mandato constitucional establecido en el artículo 1 constitucional, pues el principio *pro persona* obliga a los jueces nacionales a resolver atendiendo a la interpretación más favorable a la persona.³⁵

5. Conclusiones

Es necesaria la integración de los diversos sistemas jurídicos (nacionales e internacionales) en materia derechos humanos y de derecho del trabajo con el propósito de comprender y alcanzar la necesaria aplicación de las normas internacionales en nuestro sistema jurídico, ya que aún continúa su inaplicación por el desconocimiento o displicencia de una mayoría de juristas.

En el sistema jurídico mexicano, el artículo 5 y 123 constitucional contempla el derecho al trabajo digno y socialmente útil. El sistema jurídico internacional universal, particularmente el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales reconoce en el artículo 6.1 este mismo derecho. En el sistema jurídico regional existe un Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales es el artículo 6.1 el que comprende el derecho al trabajo para llevar una vida digna y decorosa.

El derecho al trabajo es un derecho social, un derecho humano y un derecho fundamental. Se encuentra considerado dentro del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, los cuales son necesarios para alcanzar plenamente el respeto irrestricto de la dignidad humana. Sin embargo, el derecho al trabajo como otros derechos sociales siguen siendo derechos humanos vigentes que se contravienen. Por ello es importante la divulgación

³⁴"Ejecutoria Registro Núm. 24985", *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Pleno, libro 5, tomo 1, abril de 2014, p. 96. Disponible en: <https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Paginas/DetalleGeneralScroll.aspx?id=24985&Clase=DetalleTesisEjecutorias&IdTe=2006224>

³⁵"Ejecutoria Registro Núm. 24985", *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Pleno, libro 5, tomo 1, abril de 2014, p. 96. Disponible en: <https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Paginas/DetalleGeneralScroll.aspx?id=24985&Clase=DetalleTesisEjecutorias&IdTe=2006224>

y no el silencio para exigir su garantía y cumplimiento a través de los diversos instrumentos jurídicos internacionales.

Esta responsabilidad es compartida entre los trabajadores, que deben exigir su cumplimiento, y los legisladores, que fijan las normas claras y determinan el presupuesto necesario para garantizar un nivel esencial de derechos humanos laborales mediante la provisión de recursos efectivos tanto judiciales como económicos. La actividad jurisdiccional y la función del poder ejecutivo son igualmente indispensables para garantizar los recursos judiciales idóneos que permitan la progresividad de los derechos laborales.

Se debe asegurar y cristalizar el cumplimiento de todos los instrumentos jurídicos internacionales en materia de derecho del trabajo derivados del sistema universal de protección y la promoción de los derechos humanos, siempre atendiendo al principio de progresividad, con el fin de lograr la plena efectividad material de estos derechos. De igual forma, hay que aplicar a nivel interno los estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para ampliar la dimensión de protección de la normatividad laboral en México.

Por lo tanto, a la luz del principio *pro homine* y el efecto *erga omnes*, las normas de derecho del trabajo deberán interpretarse favoreciendo en todo tiempo a los trabajadores la protección más amplia. Atendiendo a la interpretación de las normas de derechos humanos, la función del principio *pro homine* incluye el subprincipio *indubio pro operario*, vigente en el artículo 18 de la Ley Federal del Trabajo: “En la interpretación de las normas del trabajo se tomarán en consideración sus finalidades señaladas en los artículos 2° y 3°. En caso de duda prevalecerá la interpretación más favorable al trabajador”.

El efecto *erga omnes* y progresivo de las normas que contienen en este caso derechos humanos laborales proviene de las normas que contienen derechos humanos en los sistemas jurídicos nacional e internacional. Al respecto, Jiménez Solares³⁶ señala que, sobre el atributo *erga omnes* de las normas de derechos humanos, cabe hacer las siguientes precisiones: no todas las normas con efecto *erga omnes* pueden ser consideradas normas de derechos humanos, pero sí todas las normas de derechos humanos tienen efectos *erga omnes*. Sin embargo, todas las normas de *ius cogens* tienen efectos *erga omnes*.

³⁶ JIMÉNEZ SOLARES, ELBA, *Tratados Internacionales de Derechos Humanos. ¿Derecho uniforme u orden público general?*, México, Flores Editor, 2015, p. 342.

Referencias

- ARCOS RAMÍREZ, FEDERICO, “La naturaleza del derecho al trabajo como derecho social fundamental”, *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, núm. 3. [Consulta: 7 de marzo, 2018]. Disponible en: http://www.uv.es/cefd/3/arcos.htm#_ftnref7
- BOUZAS ORTIZ, ALFONSO, “Los convenios internacionales”, en Alfonso Bouzas Ortiz (coord.), *Propuestas para una reforma laboral democrática*, México, UNAM - Grupo Parlamentario del PRD - Cámara de Diputados - Congreso de la Unión LX Legislatura, 2007, p. 194. [Consulta: 2 de marzo, 2018]. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2505/12.pdf>
- CARBONELL, MIGUEL, *Los Derechos Fundamentales en México*, México, CNDH - UNAM, 2004.
- CEBADA ROMERO, ALICIA, “Los conceptos de obligación erga omnes, ius cogens y violación grave a la luz del nuevo proyecto de la cdi sobre responsabilidad de los estados por hechos ilícitos”, *Revista electrónica de Estudios Internacionales*, 2002, p. 2. [Consulta: 11 de marzo, 2018]. Disponible en: www.reei.org/index.php/revista/num4/archivos/Cebada.PDF
- Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, Dirección General de Comunicación, Comunicado de Prensa DGC/330/16, 18 de diciembre, 2016. [Consulta: 3 de abril, 2018] Disponible en: http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Comunicados/2016/Com_2016_330.pdf
- “Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”, *Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión*. [Consulta: 28 de marzo, 2018]. Disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_150917.pdf
- Convención Americana sobre Derechos Humanos, “Pacto de San José de Costa Rica”. [Consulta: 7 de abril, 2018]. Disponible en: https://www.colmex.mx/assets/pdfs/4-CADH_51.pdf?1493133911
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos, sentencia de 23 de noviembre de 2009, p. 92. [Consulta: 2 de marzo, 2018]. Disponible en: <http://www.ordenjuridico.gob.mx/JurInt/STCIDHM4.pdf>
- “Decreto por el que se modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”, *Diario Oficial de la Federación*, 10 de junio, 2011. [Consulta: 5 de marzo, 2018]. Disponible en: http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5194486&fecha=10/06/2011
- DRNAS DE CLÉMENT, ZLATA, “La complejidad del principio pro homine”, *Doctrina*, 25 de marzo, 2015, JA 2015-I, fascículo 12, p. 101. [Consulta: 22 de abril, 2018]. Disponible <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r33496.pdf>
- “El Tratado de Versalles de 1919 y sus antecedentes”, *Instituto Ibero-Americano de Derecho Comparado*, 1920, p. 183. [Consulta: 1 de marzo, 2018]. Disponible en: <http://fama2.us.es/fde/ocr/2006/tratadoDeVersalles.pdf>
- “Ejecutoria Registro Núm. 24985”, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Pleno, libro 5, tomo 1, abril de 2014, p. 96. Disponible en: <https://>

sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Paginas/DetalleGeneralScroll.aspx?id=24985&tClase=DetalleTesisEjecutorias&IdTe=2006224

FERRAJOLI, LUIGI, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2009.

HERNÁNDEZ CERVANTES, ALEIDA, “Programa de capacitación y formación profesional en derechos humanos fase de actualización permanente, Derechos humanos laborales”, *Cuadernos de capacitación, Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal*, 2013, p. 20. [Consulta: 7 de marzo, 2018]. Disponible en: http://cdhdf.org.mx/serv_prof/pdf/derechoshumanoslaborales.pdf

JIMÉNEZ SOLARES, ELBA, *Tratados Internacionales de Derechos Humanos. ¿Derecho uniforme u orden público general?*, México, Flores Editor, 2015.

KURCZYN VILLALOBOS, PATRICIA, “Los principios del Derecho del Trabajo mexicano. Permanencia y transformación”, s. a., p. 4. [Consulta: 7 de marzo 2018]. Disponible en: http://www.adapt.it/boletinespanol/docs/patricia_kurczyn.pdf

“Los tratados internacionales sobre derechos humanos vigentes en Centroamérica y República Dominicana”, *Poder Judicial de la República de Honduras*. [Consulta: 2 de marzo, 2018]. Disponible en: <http://www.poderjudicial.gob.hn/transparencia/regulacion/Documents/Tratados/LosTratadosInternacionales.pdf>

“Misión e impacto de la OIT”, *Organización Internacional del Trabajo*, 2018. [Consulta: 10 de marzo, 2018]. Disponible en: <http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/mission-and-objectives/lang-es/index.htm>

MIJANGOS Y GONZÁLEZ, JAVIER, “La doctrina de la drittwirkung der Grundrechte en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos”, *Teoría y realidad constitucional*, núm. 20, p. 585. [Consulta: 5 de marzo, 2018]. Disponible en: <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/teoria-realidad/article/view/22783/20348>

NACIONES UNIDAS, *Declaración Universal de Derechos Humanos*, 2018. Disponible en: http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf

NACIONES UNIDAS, Derechos Humanos, “¿Qué son los derechos humanos?”. [Consulta: 5 de enero, 2018]. Disponible en: <https://www.ohchr.org/sp/issues/pages/whatarehumanrights.aspx>

“Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, *Naciones Unidas, Derechos Humanos*. [Consulta: 14 de marzo, 2018]. Disponible en: <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>

PLÁ RODRÍGUEZ, AMÉRICO, *Los principios del derecho del trabajo*, España, Depalma, 1998.

SALAZAR UGARTE, PEDRO, *Política y derecho. Derechos y garantías, cinco ensayos latinoamericanos*, México, Fontamara, 2013.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, Tesis I.3o.C.739 C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. 30, agosto, 2009, p. 1597, [Consulta: 3 de abril, 2018]. Disponible en: https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Paginas/DetalleGeneralV2.aspx?Epoca=1e3e1fd8df8fcfd&Apendice=1fffdfcfcff&Expresion=drittwirkung&Dominio=Rubro,Texto,Precedentes,Localizacion&TA_TJ=2&Orden=1&Clase=Data

CORA SILVIA BONILLA CARREÓN / LUIS CARLOS FLORES CATZIN

lleTesisBL&NumTE=1&Epp=20&Desde=-100&Hasta=-100&Index=0&InstanciasS
eleccionadas=6,1,2,3,4,5,50,7&ID=166676&Hit=1&IDs=166676&tipoTesis=&Sem
anario=0&tabla=&Referencia=&Tema=

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, “Tesis aislada”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Sexta Época, registro 274604, vol. 60, p. 98. Disponible en: https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Paginas/DetalleGeneralV2.aspx?Epoca=1e3e1fdfdf8fcfd&Apendice=1ffdf8fcfd&Expresion=sustituci%25C3%25B3n%2520de%2520un%2520trabajador%2C%2520erga%2520omnes&Dominio=Rubro,Texto,Precedentes,Localizacion&TA_TJ=2&Orden=1&Clase=DetalleTesisBL&NumTE=1&Epp=20&Desde=-100&Hasta=-100&Index=0&InstanciasSeleccionadas=6,1,2,3,4,5,50,7&ID=274604&Hit=1&IDs=274604&tipoTesis=&Semanario=0&tabla=&Referencia=&Tema=

VEGA, JOSÉ, “Erga omnes”, *Diccionario jurídico en línea*, 2014. [Consulta: 1 de abril, 2018]. Disponible en: <http://diccionario.leyderecho.org/erga-omnes/>

VILLARREAL AMAYA, FRANCISCO ÁLVARO, “El principio pro homine: interpretación extensiva vs. el consentimiento del Estado”, *International Law: Revista colombiana de Derecho Internacional*, núm. 5, pp. 337-380. [Consulta: 1 de abril, 2018]. Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82400511>

Las regulaciones iusprivatistas para el contrato de trabajo internacional como forma de protección al migrante: apuntes desde Cuba*

*The iusprivatists for the international
employment contract as a form of protection
for migrants: Notes from Cuba*

Odette Martínez Pérez*

RESUMEN

En los últimos años se han producido cambios notables en el contexto económico internacional. Se abre camino un mundo donde las economías cada vez están más integradas. Los avances tecnológicos y las reformas aperturistas incrementan el crecimiento del comercio y los flujos de inversión. Todo ello se traduce en un incremento de la migración, que impacta a las sociedades en importantes campos, como el laboral. Por tanto, han de buscarse mecanismos convencionales y otros cuya función principal no es la de tutela, para la protección de los migrantes. Es el caso del contrato de trabajo internacional.

PALABRAS CLAVE: Migración, trabajo, contrato, Cuba, derecho.

ABSTRACT

In recent years there have been notable changes in the international economic scenery. It is opening to a world that is making its way to economies that are increasingly integrated. Technological advances and opening reforms increase trade growth and investment flows. All this translates into an increase in migration, which impacts societies in important fields, such as labor. Therefore, conventional mechanisms are to be found and others whose main function is not of guardianship should be sought for the protection of migrants. This is the case of The International Employment Contract.

KEY WORDS: Migration, work contract, Cuba, Law.

* Artículo de reflexión. Recibido el 29 de agosto de 2018 y aceptado para su publicación el 10 de junio de 2019.

** Docente en el Instituto Superior Tecnológico Bolivariano de Tecnología, Ecuador. (odettemartinezperez@gmail.com) orcid.org/0000-0001-6295-2216

ODETTE MARTÍNEZ PÉREZ

SUMARIO

1. Reflexiones iniciales
2. El contrato de trabajo en el ámbito del derecho internacional privado:
¿por qué es una garantía?
3. El contrato de trabajo internacional en el ordenamiento jurídico cubano
4. Propuestas dirigidas al perfeccionamiento de las normas de ordenación
de la contratación internacional laboral
5. Reflexiones finales

1. Reflexiones iniciales

Los cambios auspiciados por la tecnología de la información, la globalización financiera y comercial y la intensificación de procesos regionales de integración económica, particularmente en la Unión Europea, tienen consecuencias sobre toda la economía mundial, en general, y sobre las relaciones laborales, en particular. Las más importantes son el grado de apertura exterior de la economía, el nivel de competencia de los mercados de bienes y servicios, el régimen de la política monetaria, el proceso de ajuste macroeconómico ante perturbaciones de oferta y de demanda, el ritmo de innovación y de desarrollo tecnológico, la capacidad competitiva de las naciones y la heterogeneidad de las empresas y de la fuerza de trabajo. En última instancia, esto condiciona la cuantía y la composición de la demanda de trabajo.

Desde esta perspectiva, el progreso tecnológico manifiesta cada vez más un carácter sesgado a favor de la cualificación de los trabajadores. En los países desarrollados se asiste a un declive del empleo en el sector industrial, un deterioro de las condiciones de trabajo, una posible caída de los salarios reales y la persistencia, todavía hoy en muchos de estos países, de una tasa de desempleo elevada. El resultado es que aumenta la demanda relativa de trabajo cualificado con respecto al no cualificado. Ante este cambio en la composición de la demanda, se observa un incremento de la desigualdad salarial en los países desarrollados a favor de los trabajadores cualificados, y una concentración del desempleo en los segmentos de trabajadores de menor cualificación.

En ese contexto, otra de las tendencias ha sido la rigidez institucional entendida como la existencia de normas que dificultan competir con otros países que no tienen tales normas, o sea, aquellos donde las instituciones laborales y las normas son más laxas o simplemente no existen. En materia laboral, el conflicto se visualiza en el caso de los países receptores en la protección que los Estados puedan dispensar a los trabajadores migrantes, de las acciones de

los privados y flexibilizar sus propias restricciones de entrada y regularización, sin afectar los índices demográficos vinculados con el empleo. En el caso de los países emisores, no deben verse afectados por el robo de cerebros, a la par que los individuos tienen derecho a buscar mejores ofertas laborales.

De ahí que resulte trascendente la articulación del binomio migración-trabajo, en una política en favor de los derechos humanos. Cuba no escapa a la realidad que enfrentan los países emisores de migrantes. El sistema de normas de derecho internacional privado en materia laboral en Cuba se encuentra integrado por un conjunto de normas externas e internas, que poseen insuficiencias: lagunas, la indebida construcción de los supuestos de hechos en la norma conflictual, la dispersión legislativa y la inaplicabilidad de muchas normas por obsolescencia de los conceptos jurídicos que presentaban en sus supuestos de hecho y las contradicciones entre las normas convencionales e internas. Lo anterior provoca poca flexibilidad para la recepción de la migración y la imposibilidad de que los migrantes circulares puedan acumular algún tipo de derecho laboral en Cuba, previa contribución monetaria, en una simbiosis entre el sistema tributario y el sistema laboral. Esto se determinó en el estudio exploratorio, que nos animó y reafirmó la necesidad de realizar la investigación en este campo.

2. El contrato de trabajo en el ámbito del derecho internacional privado: ¿por qué es una garantía?

Uno de los grandes problemas de la migración laboral en la actualidad son las condiciones de informalidad. Por tanto, atendiendo a que las garantías, como mecanismos jurídicos y extrajurídicos, permiten el reconocimiento y la eficacia de los derechos, el contrato de trabajo se vuelve una figura para proteger al trabajador, ya que legaliza su vínculo y le da un estatus jurídico y, consecuentemente, establece derechos, deberes y garantías para el empleador y el empleado.

El contrato de trabajo como forma de materializar la relación jurídica laboral es “el acuerdo entre el trabajador y la dirección de la organización empresarial, para la formalización de la relación laboral, salvo en los casos en que ésta se establece por designación y elección. Mediante el Contrato de Trabajo, el trabajador y la dirección de la organización empresarial se comprometen a cumplir los deberes, derechos y obligaciones contenidas en el mismo”.¹

¹ VÍAMONTES GUILBEAUX, EULALIA, *Derecho Laboral Cubano. Teoría y Legislación*, La Habana, Editorial Félix Varela, 2001, pp. 156 y 157.

ODETTE MARTÍNEZ PÉREZ

Se determina la internacionalidad de un contrato por su vínculo con la pluralidad de ordenamientos jurídicos.² Como características principales, dicho instrumento posee un carácter histórico; su regulación ha estado condicionado en diferentes épocas por el flujo migratorio, la tipología de los Estados, la religión, la cultura, la economía y, en el último lustro, por la presión de determinados organismos, como la Organización de Naciones Unidas (ONU), la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y la Organización Internacional para las Migraciones (OIM).

El régimen jurídico del contrato de trabajo internacional consistente en la ley que regula la relación, puede ser la elegida por las partes (para aquellos que admiten la autonomía de la voluntad), o bien por mandato de la norma de conflicto. Pero sí es cierto que, en un caso u otro, esta ley rige para toda la relación contractual, de principio a fin. Por lo tanto, suele denominarse ley aplicable al fondo del asunto, y también se identifica con los latinismos *lex causae*, ley declarada aplicable a la relación jurídica y *lex contractus*, simplemente ley del contrato.³

A diferencia del contrato de trabajo interno, es práctica común en las relaciones laborales internacionales, y en el contrato de trabajo internacional, que se manifieste el principio de autonomía de la voluntad. Además, el contrato de trabajo internacional hereda la ruptura del principio de unidad contractual por el de fragmentación del contrato.

Las regularidades teóricas del contrato de trabajo internacional que los distinguen del contrato de trabajo interno son las siguientes.

En primer lugar, los sujetos son el trabajador y el empleador. En caso de que el elemento personal marque el carácter internacional, uno de ellos tendrá nacionalidad diferente. Es así que su nacionalidad determinará la ley aplicable a la capacidad y a la representación.

En el caso de los sujetos, una cuestión importante para evaluar en el contrato de trabajo internacional es la capacidad de las partes.

La capacidad que interesa al contrato de trabajo es aquella que permite concertar dicho contrato con eficacia jurídica: la capacidad de obrar, que delimita los requisitos que ha de reunir una persona para que el derecho le permita celebrar un contrato de trabajo válido. Para esto, se exige la concurrencia de determinados requisitos: la aptitud, el cumplimiento de una edad determinada así como la ausencia de causas de incapacitación.⁴

² LORENZO IDIARTE, GONZALO, "Cuándo un contrato es internacional", en Jan Kleinheisterkamp (coord.), *Avances del Derecho Internacional Privado en América Latina*, España, Fundación de Cultura Universitaria, 2002, pp. 106-116.

³ DÁVALOS FERNÁNDEZ, RODOLFO, *Derecho Internacional Privado*, La Habana, Universidad de la Habana, 1990, p. 139.

⁴ VÍAMONTES GUILBEAUX, EULALIA, *Derecho Laboral Cubano. Teoría y Legislación*, La Habana, Editorial Félix Varela, 2001, p. 285.

La edad es un factor imprescindible para determinar la capacidad y no puede obviarse al concertar y cumplir un contrato de trabajo. Por este motivo, cada legislación delimita la exigencia de una edad mínima, por debajo de la cual no se puede contratar válidamente.

La capacidad jurídica laboral del trabajador es más que el cumplimiento de la edad establecida por ley. La relación jurídica laboral no existe si no se concreta en un vínculo específico. Por tanto, la persona natural tiene la capacidad jurídica cuando cumple los requisitos⁵ que se exigen para cada ocupación.⁶

La ley personal regulará la ley aplicable a la capacidad del trabajador como persona física teniendo en cuenta su ciudadanía, es decir, la ley del Estado del que es ciudadano. Por otro lado, la capacidad contractual del empresario⁷ es la capacidad negocial para celebrar contratos de trabajo y se rige por las reglas inherentes a las personas jurídicas.⁸

Uno de los elementos que trae aparejado el factor capacidad es la personalidad jurídica de la entidad laboral, la cual pende de la validez de constitución del ente social. Esto es, se rige por lo que estipule la ley, sus estatutos y reglamentos, ya que su personalidad jurídica nace precisamente con la constitución de esta, sea por resolución, por ley o por los estatutos de la misma.⁹

Es necesario agregar que la celebración de contratos de trabajo por parte de los representantes de la persona jurídica que exceda los poderes conferidos por sus estatutos o escritura fundacional traería consigo la nulidad de dicho contrato. Para actuar, la persona jurídica debe mantener el marco que la ley le ha conferido.

La ley aplicable a las personas jurídicas es la ley de su nacionalidad, ya que no puede descomponerse la ley de acuerdo con la ciudadanía de cada miembro de la entidad. En este caso, como equivalente de la ley nacional, se utiliza la ley del Estado que crea o reconoce a dicha persona jurídica.¹⁰

La capacidad de la persona jurídica extranjera se rige en correspondencia con la ley de su constitución en cuanto a los derechos y responsabilidades de la sociedad. Sin embargo, es necesario determinar que, en relación con la capacidad de obrar, esta persona jurídica tiene que cumplir con los requisitos

⁵ Entre estos requisitos se destacan el grado de escolaridad, esencial para obtener la capacidad jurídica laboral; el sexo, que tiene como objetivo fundamental proteger la salud de la mujer; y el estado de salud, ya que las personas discapacitadas no pueden desarrollar todo tipo de actividad laboral.

⁶ VÍAMONTES GUILBEAUX, EULALIA, *Derecho Laboral Cubano. Teoría y Legislación*, La Habana, Editorial Félix Varela, 2001, p. 104.

⁷ "Para el Derecho Laboral es empresario, sujeto del Contrato de Trabajo, cualquier persona, ya sea física o jurídica, que hace suyo el resultado o frutos del trabajo, contractualmente prestado, obligándose a remunerarlo."

⁸ VÍAMONTES GUILBEAUX, EULALIA, *Derecho Laboral Cubano. Teoría y Legislación*, La Habana, Editorial Félix Varela, 2001, p. 290.

⁹ DÁVALOS FERNÁNDEZ, RODOLFO, *Derecho Internacional Privado*, La Habana, Universidad de la Habana, 1990, p. 101.

¹⁰ ECHEMENDÍA, JOSÉ MIGUEL, *Derecho Internacional Privado II*, Habana, Imprenta ius, 1999, p. 89.

ODETTE MARTÍNEZ PÉREZ

estipulados en el territorio donde desarrolla sus actividades, de acuerdo con las limitaciones que al respecto puedan imponer las leyes del ordenamiento jurídico interno de cada país.¹¹

En segundo lugar, la internacionalidad podrá determinarse por el lugar de ejecución del contrato y va a determinar la ley aplicable al contenido, con el principio *lex loci laboris*. Asimismo, el lugar también determina las formalidades para la concertación del contrato, *lex locus regit actum*.

La forma del contrato es un elemento que tratan varios autores, quienes han dado un concepto de este término teniendo en cuenta las características de sus sistemas y ordenamientos jurídicos. “Se llama forma del contrato al medio utilizado por las partes para expresar o exteriorizar su consentimiento y, eventualmente, dejar constancia de la materia o estipulaciones sobre las que este recae.”¹²

Según Eulalia Viamontes, la forma del contrato “es el conjunto de prescripciones que la ley establece referente a las condiciones y términos, expresando que deben observarse en la formación del acto jurídico para su plena validez”.¹³

Por su parte, Giuliano y Lagarde manifiestan al respecto que “la forma comprende todo comportamiento exterior y tangible impuesto al autor de una manifestación de voluntad jurídica, sin la cual esta manifestación no se verá atribuida de total eficacia”.¹⁴

Históricamente, el derecho internacional privado sometió la forma de los actos jurídicos, o sea, la validez formal de los actos, al principio *locus regit actum*. Por lo tanto, es posible afirmar que la regla (el lugar rige el acto) predomina en casi todos los sistemas para determinar las formas y solemnidades de los contratos y otros actos jurídicos. Este principio regula que cualquier acto o negocio jurídico deberá ser reglamentado en su forma y formalidades por la ley del lugar donde se otorgue.¹⁵

De esta forma, las normas que regulan la validez formal de los contratos quedan dispuestas dentro de la legislación laboral interna de cada país, donde tanto la entidad contratante como el personal contratado se rigen por la legislación imperante. Aplica la ley del lugar donde se suscribe el acto.

En cuanto al contenido, se atiende al lugar de ejecución del contrato y a los diferentes tipos de normas que se vinculan con el mismo. En ese sentido,

¹¹ DÁVALOS FERNÁNDEZ, RODOLFO, *Derecho Internacional Privado*, La Habana, Universidad de la Habana, 1990, p. 143.

¹² MONTIYA MELGAR, ALFREDO, *Derecho del Trabajo*, Madrid, Tecnos, 1991, p. 295.

¹³ VIAMONTES GUILBEAUX, EULALIA, *Derecho Laboral Cubano. Teoría y Legislación*, La Habana, Editorial Félix Varela, 2001, p. 158.

¹⁴ GIULIANO, MANUEL Y LAGARDE, PATRICIO, *Informe referente al Convenio sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales*, La Habana, Editorial DOCE, 1992, p. 27.

¹⁵ DÁVALOS FERNÁNDEZ, RODOLFO, *Derecho Internacional Privado*, La Habana, Universidad de la Habana, 1990, p. 143.

la autonomía de la voluntad no se puede obviar, dada su importancia dentro de los elementos que conforman el contrato.

Este componente no se establece arbitrariamente. Es la propia ley quien lo regula. Acorde con estas facultades, la autonomía de la voluntad quedará dentro o fuera de la legislación de cada Estado, dependiendo de sus intereses en las esferas económica, política y social. En materia de contratación, constituye un factor fundamental, ya que las partes que hacen uso de dicho principio pueden acordar los aspectos que van a quedar regulados dentro del estatuto contractual.

Según Rodolfo Dávalos, el contenido es “la facultad legal que tienen las partes de elegir el ordenamiento jurídico estatal aplicable a un contrato internacional”.¹⁶ Esta tiene como fin suplir la ausencia de regulación legal adecuada, colmar las lagunas que existan en el contenido de los contratos o, sencillamente, coadyuvar a resolver las dudas que surjan en la interpretación de estos.¹⁷

En los últimos tiempos ha existido la tendencia a concebir la fuerza de trabajo como mercancía, aplicando la autonomía de la libertad en el contrato internacional de trabajo. Esta postura es criticable cuando se usa de forma absoluta.

Sí es cierto que esta puede utilizarse, porque la internacionalidad de la relación y la conciliación de intereses no ocurre con la presencia de la norma de una sola parte. La autonomía de la voluntad es un factor que no actúa *ex lege*, fuera del alcance de toda ley; por el contrario, la designación de la ley aplicable por las partes se realiza bajo el supuesto previsto por la ley del país del que se trate y por el sistema de normas del derecho internacional privado bajo el cual toma vida el contrato.¹⁸

Así, a la hora de establecer el derecho aplicable, las partes no se sitúan fuera del marco legal, sino que efectúan esta selección en función de una ley que las autoriza a ello y que, por lo general, establece también la forma de suplir el olvido mediante una presunción legal de voluntad. Una vez perfeccionado el contrato, las partes no solo quedan obligadas a cumplir lo pactado, sino también a asumir las consecuencias de cualquier incumplimiento.

Desde el punto de vista del derecho aplicable, es necesario apuntar que todo contrato en el que estén presentes elementos extranacionales podrá registrarse por la ley que escojan las partes producto a la autonomía de la voluntad, dentro del marco legal de las normas imperativas del lugar de su concertación.

¹⁶ DÁVALOS FERNÁNDEZ, RODOLFO, PEÑA LORENZO, TAYDIT, SANTIBÁÑEZ FREIRE, MARÍA DEL CARMEN, *Derecho Internacional Privado*, La Habana, Félix Varela, 2007, p. 120.

¹⁷ URÍA, RODRIGO, *Derecho Mercantil*, Madrid, Marcial Pons, 1997, p. 22.

¹⁸ DÁVALOS FERNÁNDEZ, RODOLFO, *Derecho Internacional Privado*, La Habana, Universidad de la Habana, 1990, p. 15.

Sin embargo, puede existir un concurso de leyes aplicables en el sentido de una vinculación necesaria de la ley escogida con la *lex loci laboris*.¹⁹ Es decir, la propia ley del lugar donde se realiza la contratación (donde se efectúa el trabajo) es la que determina si se puede utilizar una ley ajena al ordenamiento jurídico. Dicha norma, dentro de su articulado, especifica esta posibilidad.

La legislación interna de cada país es la que decide el campo de acción de la autonomía de la voluntad. Así, deja a los contratantes aquellos tipos legales que estime pertinentes, para que puedan decidir la ley aplicable, y reserva para sí los que considere necesarios, confiriéndole una tutela jurídica especial.²⁰

Pese a la presencia del principio de autonomía de la voluntad, en el ámbito de la contratación, existen determinados países donde las regulaciones estatales definen imperativamente las condiciones en que se realizan las relaciones jurídicas, así como sus requisitos, condiciones y hasta los trámites para obtener su aprobación. Muchos son los ordenamientos jurídicos que crean normas especialmente elaboradas para la contratación internacional. Estos regulan aspectos como la importación, exportación e inversiones, con la finalidad de delimitar las condiciones a las que han de someterse las operaciones entre nacionales y extranjeros en un país determinado.²¹

Las disposiciones imperativas, de acuerdo con el criterio expresado por Espinar Vicente, son “aquellas normas que determinan conminatoriamente las condiciones a las que han de ajustarse todos los actos que durante el desarrollo de la relación jurídica con elemento extranjero hayan de realizarse en el territorio de un Estado cuyo ordenamiento jurídico no sea la *lex contractus*”.²²

El clásico principio de autonomía de la voluntad también se puede ver limitado, ya que la legislación interna de cada país reserva para sí aquellos tipos legales que dentro de la relación contractual crea necesario concederle especial tutela jurídica.

Por ello, en el caso de la contratación laboral, este principio se restringe en algunos aspectos, ya que con frecuencia se obliga a las partes a realizar operaciones con arreglo a formas rígidamente preestablecidas. Estas limitaciones traen consigo la imposibilidad de discutir el contrato en un plano de igualdad y absoluta libertad para contratar, motivado por una posición dominante en

¹⁹ DÁVALOS FERNÁNDEZ, RODOLFO, PEÑA LORENZO, TAYDIT, y SANTIBÁÑEZ FREIRE, MARÍA DEL CARMEN, *Derecho Internacional Privado*, La Habana, Félix Varela, 2007, p. 187.

²⁰ DÁVALOS FERNÁNDEZ, RODOLFO, *Derecho Internacional Privado*, La Habana, Universidad de la Habana, 1990, pp. 15-16.

²¹ DÁVALOS FERNÁNDEZ, RODOLFO, *Derecho Internacional Privado*, La Habana, Universidad de la Habana, 1990, p. 27.

²² ESPINAR VICENTE, JOSÉ MARÍA, *La regulación jurídica de los contratos internacionales de contenido económico*, Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas, 1979, p. 111.

el contrato que puede sujetarse a formas predeterminadas por condiciones generales de contratación o contratos tipos rígidos.

Es necesario aclarar que la ley escogida por las partes no puede ser aplicada a todos los elementos del contrato, ya que existen determinados tipos legales que el Estado reserva para sí de forma especial. Entre dichos tipos destacan la capacidad de las partes, que se rige por la ley personal de los contratantes; la forma y la validez formal de los actos, que tienen como presupuesto el principio *locus regit actum*; y las cuestiones de orden público, ya que cada Estado determina los asuntos que lo afectan dentro de su territorio.

De ahí que el régimen jurídico del contrato esté compuesto por los siguientes elementos: normas constitucionales de orden público internacional; las normas imperativas, fundamentalmente administrativas, en materia migratoria y las regulaciones laborales internas, las normas conflictos de derecho laboral internacional y, finalmente, las normas de derecho internacional público que protegen al trabajador. Esas normativas se incorporan como contenido del contrato de trabajo internacional o se tienen en cuenta para no contravenirlas.

Partiendo de la revisión bibliográfica, Cáceres Serrano y Martínez Pérez²³ establecieron todo el maniqueísmo funcional del contrato de trabajo internacional. Construyeron reglas para la adecuada construcción de la norma conflicto para el contrato de trabajo laboral internacional, como garantía del migrante:

- Todo Estado debe poseer su Código de Derecho Internacional Privado y un capítulo de derecho laboral internacional, con una sección donde se plasmen las normas de contratación laboral internacional. En caso contrario, en el Código de Trabajo debe existir un capítulo con las normas al respecto.
- Debe quedar definido el contrato de trabajo internacional en el Código de Trabajo interno de cada país o en un Código de Derecho Internacional Privado.
- Debe considerarse al empleador extranjero y la persona natural extranjera, como sujetos que dotan de internacionalidad al contrato.
- Debe quedar expuesto el principio de condición de internacionalidad por el lugar de concertación o de ejecución del contrato.
- Debe consagrarse un reenvío a los principios constitucionales garantes de extranjería y a la legislación migratoria y de inversión extranjera

²³ MARTÍNEZ PÉREZ, ODETE y SERRANO CÁCERES, YANARA, *Premisas para la regulación normativa del contrato de trabajo internacional en Cuba*, Tesis de maestría en opción al grado de Doctora en Ciencias Jurídicas, Cuba, Facultad de Derecho Universidad de Oriente, inédita.

correspondiente, así como a las normas del Código de Trabajo expresamente aplicables a la relación y a cualquier otra norma imperativa.

- Exponer los requisitos de fondo y procedimientos necesarios, para definir la capacidad y representación de los empleadores.
- La capacidad de los trabajadores extranjeros, junto a un reenvío y prohibición de transgredir su estatuto personal.
- Debe consagrarse el principio de *lex loci laboris* y el de *lex locus regit actum*.
- Determinación del valor y reenvío específico a las normativas internacionales aplicables.
- Reenvío a las normas generales de solución de dificultades y limitaciones en la aplicación del derecho extranjero.
- En busca de preservar la coherencia y unidad del ordenamiento jurídico en su formulación, debe proveerse del uso correcto del lenguaje jurídico, elaborar actos normativos simples que sean accesibles en su comprensión y evitar los términos ambiguos, contradicciones, lagunas, vaguedades y reiteraciones, sobre todo durante el establecimiento de los sujetos, en las normas que establecen derechos, deberes y garantías.
- El método bilateral o multilateral debe ser usado en aquellas normas conflicto del sistema conflictual tradicional señaladas, a través de un procedimiento que puede sistematizarse de la siguiente manera: con relación al supuesto de hecho de las mismas, se debe atender a cada una de las variantes específicas en las que puede diseccionarse cada instituto. En relación con este problema, el legislador puede realizar una subdivisión del supuesto de hecho. Es decir, puede desglosarlo en cada una de sus distintas variantes y establecer un precepto de atribución diferente para cada una de las esferas de regulación señaladas.
- En el caso del precepto de atribución, la consecuencia jurídica puede utilizar conexiones sucesivas jerárquicamente ordenadas. Este modo de formular las conexiones permite tomar en consideración las diversas maneras en las que puede producirse, a nivel concreto, lo abstractamente descrito en el presupuesto de la norma. Para ello, pueden observarse dos notas definitorias con los puntos de conexión, ciudadanía y residencia. A cada una de las esferas anteriores le corresponde un determinado punto de conexión y no otro.
- Referente al conflicto móvil, no debe ser objeto de una solución general, sino que la norma debe prescribir su solución en atención a las peculiaridades del caso. Para ello debería tomarse la solución alternativa, consistente en aplicar una u otra ley en atención a criterios de validación del acto o de protección de los intereses en juego.

De este análisis, es posible determinar que la ley declarada aplicable al contrato, fuera del ejercicio de la autonomía de la voluntad y pese a la existencia del principio de unidad, no habrá de regir por sí sola todo el supuesto de la contratación. Antes bien, alrededor de la relación jurídica se dará un concurso de leyes aplicables que van desde las acordadas por las partes, *lex causae*, hasta las normas imperativas del foro, *lex fori*.

3. El contrato de trabajo internacional en el ordenamiento jurídico cubano

Teniendo en cuenta el criterio de las autoras mencionadas, puede definirse que la tendencia histórica en Cuba es que la internacionalidad se mueva en función del sujeto, como objeto de regulación de la norma.

En este último período, se observan las principales insuficiencias de las normas actuales:

- No existe un código actual de derecho internacional privado, a partir del hecho de que las normas conflicto en Cuba se encuentran en el Código Civil y las leyes especiales. En este caso, el Código de Trabajo no regula el contrato de trabajo internacional.
- No queda expuesto con claridad el principio de condición de internacionalidad por el lugar de concertación o de ejecución del contrato, para que así alcance en su protección a los nacionales, incluso a los que gestionan su contratación laboral en el exterior, siempre que la norma conflicto extranjera dé paso a la ley de nuestro foro.
- No se consagran los principios de *lex loci laboris* y el de *lex locus regit actum*.
- No se determina el valor y reenvío específico a las normativas internacionales aplicables y la jerarquía con respecto al Código de Trabajo, a partir de las dificultades que en este aspecto comporta la norma cubana.
- No se determinan las normas generales de solución de dificultades y limitaciones en la aplicación del derecho extranjero del Código Civil.

De manera especial, la regulación jurídica de la contratación de servicios profesionales de cubanos en el exterior se caracteriza por:

- Materializar los principios de territorialidad, reciprocidad y *lex loci laboris*.
- Ser dispersa, anómica y con vaguedades.

ODETTE MARTÍNEZ PÉREZ

- Carecer de un mecanismo de control de orden público, internacional e interno de los derechos, deberes y garantías de los trabajadores y los intereses estatales, donde se contrasta su conformidad con la Constitución de la República, los tratados en materia laboral suscritos por Cuba y la legislación laboral vigente.
- Impedir que, con el nuevo sistema de migración circular que se ha implementado con la reforma migratoria, aquellos cubanos que trabajan en el exterior y gestionan contratos personales, durante dos años, entren al sistema laboral y tributario, y tanto el país como los trabajadores se beneficie económicamente de ello.

Por lo anterior, y atendiendo el criterio de las autoras, en la investigación citada se hace necesario reformular las normas en materia del derecho internacional privado y, especialmente, en materia de contrato laboral internacional.

4. Propuestas dirigidas al perfeccionamiento de las normas de ordenación de la contratación internacional laboral

Debido a las actuales condiciones de la emigración, cuyas características son la circularidad, el saldo negativo, el robo de cerebros y el flujo emigratorio de personal calificado, la actual norma es inoperante. Dichas limitaciones no incluyen ni protegen a los migrantes circulares que gestionan contratos de trabajo en el exterior. Además, le permiten al Estado aprovechar económicamente esa fuerza profesional formada en Cuba.

Por otra parte, las políticas de incentivo al turismo, la inversión extranjera y el incremento de población extranjera en Cuba evidencian la necesidad de perfeccionar estas normas atendiendo a los principios políticos, económicos y sociales contenidos en la actual Constitución de la República, los tratados firmados por Cuba, especialmente el de la protección de los trabajadores migratorios, y el actual Código de Trabajo.

En este sentido, mi propuesta inicial se dirige a la adopción de una ley de derecho internacional privado, donde se defina como contrato de trabajo internacional aquel que se materializa cuando confluyen elementos de carácter extranacional dados por el sujeto (dígase trabajador o empleador), el objeto o el lugar donde se lleva a vías de hecho el contrato, con la intervención de una o más conexiones extranjeras o pluralidad de ordenamientos jurídicos. Interesa al derecho internacional privado por no estar ligado exclusivamente al derecho interno de un país en específico.

Asimismo, sugiero que se defina con claridad que quedan autorizados para trabajar en Cuba los extranjeros, según se ha establecido en la Ley de Extranjería, con las clasificaciones de residentes temporales y residentes permanentes. La capacidad laboral de los trabajadores extranjeros y cubanos que laboren en el exterior atenderán a lo dispuesto en el Código de Trabajo de la República de Cuba, siempre que no entren en conflicto con su estatuto personal. De ser así, se atenderá a este último.

Se debe regular la obediencia de los contratos realizados en Cuba por trabajadores extranjeros, a la normativa constitucional, si su ejecución es en la isla, en respeto al orden constitucional y a que las formalidades de los contratos internacionales se regirán por la ley del lugar donde sean realizados.

Con respecto al contenido de los contratos de trabajo internacional que se ejecuten en Cuba, se atenderá a lo previsto en la ley cubana, y los que sean firmados para su ejecución en el exterior atenderán a la ley del lugar de su ejecución o los convenios firmados por la República. Asimismo, para el tratamiento de las dificultades y limitaciones en la aplicación del derecho extranjero que se presenten alrededor de estos se atenderá a lo previsto en el Código Civil en su carácter supletorio.

5. Reflexiones finales

La regulación jurídica cubana, para la contratación de servicios profesionales en el exterior se caracteriza por tres elementos: a) Materializa los principios de territorialidad, reciprocidad y *lex loci laboris*; b) Se encuentra dispersa, anómica y existen vaguedades; y, c) Carece de un mecanismo de control de los derechos, deberes y garantías de los trabajadores y los intereses estatales.

Entre las principales insuficiencias en su contenido se encuentran las siguientes:

- La dispersión en la legislación y atención diferenciada en la materia pudiera ser objeto de un tratamiento dispar para los diferentes trabajadores que se subsumen a un régimen jurídico u otro, lo que resulta en una vulneración al principio de igualdad en la arista laboral.
- No permite que, con el nuevo sistema de migración circular que se ha implementado en el país, aquellos cubanos que trabajan en el exterior, por gestión personal y no han perdido la residencia, entren al sistema laboral y el país se beneficie económicamente de ello y los trabajadores también.
- Son restringidos los sujetos destinatarios de la misma que pudieran ingresar al Estado y ser protegidos por esta resolución, “todos los cubanos

ODETTE MARTÍNEZ PÉREZ

cuya motivación de viaje sea laboral en una empresa extranjera, siempre y cuando la última no haya contravenido en su historial empresarial los principios económicos, políticos y sociales del país”.

Entre sus ventajas pueden señalarse la existencia de las condiciones generales de contratación, tanto del contrato de trabajo individual, como el de suministro de fuerza de trabajo. No obstante, pudiera señalarse como negativo que estas modificaciones tienen una formulación de principios y las regulaciones jurídicas o proformas utilizadas por las agencias empleadoras. En ocasiones no se ajustan a los principios previstos en la Constitución de la República, los convenios suscritos por Cuba y la legislación laboral vigente.

Bibliografía

- DÁVALOS FERNÁNDEZ, RODOLFO, *Derecho Internacional Privado*, La Habana, Universidad de la Habana, 1990.
- DÁVALOS FERNÁNDEZ, RODOLFO, PEÑA LORENZO, TAYDIT, SANTIBÁÑEZ FREIRE, MARÍA DEL CARMEN, *Derecho Internacional Privado*, La Habana, Félix Varela, 2007.
- ESPINAR VICENTE, JOSÉ MARÍA, *La regulación jurídica de los contratos internacionales de contenido económico*, Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas, 1979.
- EICHEMENDÍA, JOSÉ MIGUEL, *Derecho Internacional Privado II*, Habana, Imprenta IUS, 1999.
- GIULIANO, MANUEL y LAGARDE, PATRICIO, *Informe referente al Convenio sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales*, La Habana, Editorial DOCE, 1992.
- LORENZO IDIARTE, GONZALO, “Cuándo un contrato es internacional”, en Jan Kleinheisterkamp (coord.), *Avances del Derecho Internacional Privado en América Latina*, España, Fundación de Cultura Universitaria, 2002.
- MARTÍNEZ PÉREZ, ODETTE y SERRANO CÁCERES, YANARA, *Premisas para la regulación normativa del contrato de trabajo internacional en Cuba*, Tesis de maestría en opción al grado de Doctora en Ciencias Jurídicas, Cuba, Facultad de Derecho Universidad de Oriente, inédita.
- MONTOYA MELGAR, ALFREDO, *Derecho del Trabajo*, Madrid, Tecnos, 1991.
- URÍA, RODRIGO, *Derecho Mercantil*, Madrid, Marcial Pons, 1997.
- VIAMONTES GUILBEAUX, EULALIA, *Derecho Laboral Cubano. Teoría y Legislación*, La Habana, Editorial Félix Varela, 2001.

Caracterización de competencias profesionales necesarias para los médicos calificadoros de la pérdida de la capacidad laboral y ocupacional en Colombia* *Characterization of Professional Competences necessary for qualifying Doctors that classify the work and Occupational capacity in Colombia*

Hermes Rodolfo Suárez Vega** / Jorge Enrique Gallego Vásquez***
/ Paula Andrea Jaramillo Villegas****

RESUMEN

El presente artículo es producto de la línea de investigación "Gestión educativa y curricular para la formación integral", desarrollada en la Maestría en Educación de la Corporación Universitaria Minuto de Dios. Esta identifica las competencias profesionales del médico para calificar la pérdida de capacidad laboral u ocupacional, que antes era llamada invalidez, en el marco colombiano de la Seguridad Social Integral. Este trabajo se basa en los saberes médicos, el marco legal de la calificación, y la revisión a cuatro planes posgraduales en Salud Ocupacional—ahora Seguridad y Salud en el Trabajo—. Asimismo, consulta a un grupo de médicos que integran las Juntas de Calificación de Invalidez, respecto a las competencias para calificar y necesidades de formación. A partir de los resultados, se puede apreciar que los programas hacen énfasis formativo en la prevención de la enfermedad laboral. No obstante, no desarrollan a profundidad la formación en calificación, específicamente en lo relacionado con la deficiencia / enfermedad. Por ello, se hace evidente la necesidad de crear planes de formación que incluyan competencias y saberes para el actuar médico en calificación, con responsabilidad social y ética, y que estas consideren el cambio de paradigmas sobre la calificación.

PALABRAS CLAVE: Deficiencia, evaluación médica independiente, ausencia por incapacidad, incapacidad laboral, invalidez, baremología, daño corporal, deficiencia, pensión.

ABSTRACT

This Article is the product of the research line "Educational and curricular management for integral training", developed in the Master's Degree in Education of the University Corporation Minuto de Dios. This identifies the professional competences of doctors to classify the loss of work or occupational capacity, which was previously called disability, with the Colombian framework of Integral Social Security, this work is based on Medical knowledge, the legal framework of qualifications, and the review of four postgraduate study plans in Occupational Health—now called Health and Safety in the work place—. Nevertheless, it is consulted a group of doctors that make up the Disability Classification Boards, regarding prerequisite skills and training needs. From the results, it can be seen that the programs place a formative emphasis on the prevention of occupational disease. However, they do not develop in-depth classification training, specifically in relation to the deficiency/disease. Therefore, it is evident the need to create training plans that include skills and knowledge to act in medical diagnosis, with social and ethical responsibility, and that these consider the paradigm shift on classification.

KEY WORDS: Deficiency, independent medical evaluation, absence due to disability, work disability, Disability, baremology, bodily harm, deficiency, pension.

* Artículo de investigación. Recibido el 5 de noviembre de 2019 y aceptado para su publicación el 1 de septiembre de 2019.

** Profesor emérito del Instituto de Posgrados de la Universidad Libre de Colombia. (hermessuarezv@hotmail.com) orcid.org/000-0002-3754-6424 / *** Docente en la Corporación Universitaria Minuto de Dios, Colombia. (Jorge.gallego@uniminuto.edu) orcid.org/0000-0002-8674-2755 / **** Docente investigadora de la Maestría en Educación e integrante del grupo GIEIP de la Corporación Universitaria Minuto de Dios, Colombia. (pjaramillov@uniminuto.edu.co) orcid.org/0000-0003-4580-3037

SUMARIO

1. Introducción
2. Contexto de la calificación de la pérdida de capacidad laboral y ocupacional en Colombia: perspectiva investigativa
3. Calificación de la pérdida de capacidad laboral y ocupacional: perspectiva contextual
 - a) Competencias como marco general
 - b) Competencias en el contexto de la calificación de la pérdida de la capacidad laboral y ocupacional: perspectivas internacional y nacional
 - c) Enfoque metodológico
4. Conclusiones

1. Introducción

El marco de competencias en la formación del talento humano en materia de salud es hoy uno de los temas de mayor exigencia en el contexto colombiano. Este es fundamental para el ejercicio médico en lo que respecta a la valoración y calificación de las deficiencias generadas por una condición de salud. En el caso colombiano, estas acciones implican la aplicación de un baremo específico para determinar la pérdida de capacidad laboral y ocupacional, antes llamada calificación de invalidez.

Como fruto de la investigación —llevada a cabo en el marco de los requisitos para optar al título de magister en Educación de la Corporación Universitaria Minuto de Dios—, se presentan los principales hallazgos respecto a la caracterización de las competencias profesionales esperadas a la hora de valorar, calificar y determinar el valor porcentual de las deficiencias generadas por un evento profesional o común. Este determina para la población el acceso a derechos en materia de prestaciones económicas, como indemnizaciones y pensiones, según el Sistema de Seguridad Social colombiano. Calificar las deficiencias corresponde a aplicar el Título I: Valoración de las deficiencias, acorde a la norma colombiana; es este título específicamente el objeto de esta investigación.

142

2. Contexto de la calificación de la pérdida de capacidad laboral y ocupacional en Colombia: perspectiva investigativa

Según el marco legal colombiano, la calificación de la pérdida de capacidad laboral y ocupacional, antes llamada invalidez, históricamente ha demandado la presencia de profesionales en medicina en lo que respecta a la valoración de las deficiencias. Estas se entienden como aquellas condiciones clínicas articuladas

a un diagnóstico médico que, desde la perspectiva actual de la Organización Mundial de la Salud, expresan problemas en las funciones y estructuras corporales en una persona. Para efectos de calificación se habla de secuelas, razón por la cual se hace necesaria la participación y articulación de equipos interdisciplinarios. En ellos, el rol médico se circunscribe a la calificación de las deficiencias, sin embargo, este aspecto aún es un reto colombiano, debido a la existencia de paradigmas descontextualizados, con los cuales se cree que la calificación es solo una práctica médica.

Para calificar es necesario el saber médico, puesto que su rol exige la consideración e incorporación de nuevas perspectivas y, por tanto, competencias especializadas. Estas, a su vez, deben tener soporte en el uso de herramientas técnicas que han de ser impartidas desde la academia. Todo ello evoca profundas reflexiones sobre las prácticas médicas, así como las necesidades y oportunidades que permitirían prestar un mejor servicio. En especial a personas que, por cualquier contingencia, son sujetos de derecho a dictámenes o calificaciones periciales, las cuales deben estar basadas en saberes, competencias, prácticas y conceptos asertivos, equitativos, éticos y de calidad, a partir de la formación académica y profesional.

Las investigaciones sobre el tema resultan escasas, razón por la cual el problema de investigación partió del saber propio del investigador, la experiencia laboral y docente acumulada por más de 25 años. El objetivo fue caracterizar las competencias profesionales de los médicos calificadores a partir del análisis a los programas académicos de especialización médica que establece el marco legal en Colombia para la calificación del Título I, Valoración de las deficiencias del Decreto 1507 de 2014. Los objetivos específicos se orientan a analizar los elementos conceptuales sobre la calificación de las deficiencias o Título I del Decreto en los planes de estudio de la especialización de Salud Ocupacional (hoy Seguridad y Salud en el trabajo) y en Medicina del Trabajo, de la ciudad de Bogotá, Barranquilla, Cali y Medellín. Asimismo, se buscó registrar las necesidades de formación y gestión del conocimiento que considera un grupo de médicos calificadores integrantes de las Juntas de Calificación de Invalidez como relevantes para la mejora de las competencias profesionales requeridas a la hora de calificar las deficiencias, y sugerir un conjunto de competencias profesionales necesarias que debe tener el médico calificador a la hora de determinar el grado de severidad de las deficiencias.

Si bien el tema de investigación podría ser más ambicioso, se encontraron límites temporales y espaciales, así como a problemáticas que hoy en día representan conflictos éticos y morales en Colombia. A esto se suma que, si bien el estudio podría ser más potente al haber analizado currículos, hubo

restricciones de acceso a los mismos y, por tanto, no fueron parte de la definición operacional del investigador. Por ello, precisamente, la investigación en sí misma buscó responder a qué dicen los planes de estudios de los programas de posgrado respecto a las competencias orientadas al tema de calificación de pérdida de capacidad laboral y ocupacional, correlacionada con los objetivos anteriormente expuestos.

La metodología fue de enfoque mixto, pues, de acuerdo con Hernández, Fernández y Baptista,¹ entre otras ventajas, esta logra una perspectiva más amplia y profunda para caracterizar las competencias de los médicos calificados. Respecto a la población objeto, según Lepkowski,² es “el conjunto de todos los casos que concuerdan con una serie de especificaciones”. La investigación tuvo en cuenta dos grupos.

El primer grupo fue el de los médicos integrantes de las Juntas de Calificación de Invalidez, se seleccionó por muestreo no probabilístico o dirigido por conveniencia (también conocido como “guiadas por uno o varios propósitos”). Este fue indagado mediante una encuesta, teniendo en cuenta la elección de los elementos que dependen de las razones relacionadas con las características propias de la investigación.³

El segundo grupo hace referencia a los programas de posgrado en la especialización en Salud Ocupacional o Medicina del Trabajo que ofrecen las entidades educativas. Estos programas académicos son el único requisito en términos de formación posgradual requerido para ser miembro de las Juntas de Calificación de Invalidez. La muestra de estos programas se ubicó en las ciudades sede de las Juntas de Calificación, seleccionadas del primer grupo de estudio, a cuyos integrantes se les aplicó la técnica de análisis cualitativo, desde la perspectiva general de contenido. Cabe resaltar que un plan de estudios no permite profundizar en los currículos o mallas curriculares; sin embargo, la información arrojada resulta valiosa y permite ubicar desde un análisis de contenido la situación de la formación académica en Colombia.

¹ HERNÁNDEZ SAMPIERI, ROBERTO, FERNÁNDEZ, CARLOS Y BAPTISTA, PILAR, “Metodologías de la Investigación”, México, Mc Graw Hill, 2014, p. 570.

² HERNÁNDEZ, ROBERTO, FERNÁNDEZ, CARLOS Y BAPTISTA, PILAR, “Metodologías de la Investigación”, México, Mc Graw Hill, 2014, p. 174.

³ HERNÁNDEZ, ROBERTO, FERNÁNDEZ, CARLOS Y BAPTISTA, PILAR, “Metodologías de la Investigación”, México, Mc Graw Hill, 2014, p. 386.

3. Calificación de la pérdida de capacidad laboral y ocupacional: perspectiva contextual

Hablar de la calificación de pérdida de capacidad laboral y ocupacional implica ubicarse históricamente a mediados del siglo xx, donde el médico calificador de la “invalidez” partía de lo anatómico funcional. Así, esta se determinaba con base en tablas de valuación del daño que establecían los valores mínimos y máximos, según la edad del trabajador y la incidencia con el ejercicio de la profesión o trabajo remunerado. De este modo, no se tenían en cuenta los aspectos socio económicos y la incidencia sobre las actividades de la vida diaria que presentaba la persona como consecuencia de la enfermedad.

A partir de 1994, entrado el nuevo Sistema de Seguridad Social Integral en Colombia, la determinación de la calificación de la invalidez inició con el criterio de establecer el grado de severidad de la deficiencia, generado por la enfermedad o el accidente. Asimismo, se sumaron las consecuencias que presenta el calificado en el funcionamiento dentro del contexto socioeconómico, laboral y en la ejecución de las actividades de la vida diaria. En otras palabras, se comenzaron a considerar los efectos propios de las personas enfermas, como son las limitaciones de la actividad de la vida diaria y las desventajas de orden social, económico, ocupacional, en función de la edad, para determinar la, en aquel entonces, discapacidad o minusvalía. De este modo, lo anterior se pudo expresar como pérdida de un grado o más en la capacidad laboral, hasta llegar a la invalidez.

Con base en los avances científicos, a partir del año 2009, Colombia inició la actualización y modificación de la herramienta para la calificación o baremo concebido para tal fin. Al respecto, es importante tener en cuenta que esta herramienta y las anteriores, adoptadas por decretos reglamentarios, son normas técnicas basadas en estándares internacionales que actualmente no están vigentes; por ejemplo: El Manual Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales IV (en inglés, *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders*, abreviado dsm IV), la Clasificación Internacional de Enfermedades 10.^a revisión (CIE 10), clasificación vigente en Colombia y la Clasificación Internacional de las Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías (CIDDDM) ahora CIF.⁴

En este orden de ideas, desde el año 1999 hasta el 2014, Colombia hablaba de calificar las deficiencias, discapacidades y minusvalías. La norma actual de calificación –motivo del presente estudio– fue adoptada por el Decreto 1507

⁴ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, *Clasificación Internacional del Funcionamiento, la Discapacidad y la Salud*, Ginebra, Organización Mundial de la Salud, 2001.

de 2014.⁵ Como lo relata Moreno, esto fue resultado de un proceso arduo de construcción acompañado de espacios de debate y reflexión participativa que vinculó a diferentes sectores del campo de la Seguridad Social en Colombia,⁶ desde el sector público y privado hasta el sector académico. Asimismo, cabe resaltar la importancia y el avance de Colombia, al haber incorporado la Clasificación Internacional de Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud (CIF) de la Organización Mundial de la Salud;⁷ esto, acompañado de espacios de encuentro para reflexionar sobre el campo metodológico y conceptual de manuales y baremos de calificación a nivel nacional e internacional.

El decreto contiene dos partes denominadas títulos.⁸ El primero, llamado valoración de las deficiencias, se relaciona con la condición de salud de las personas, específicamente a nivel de secuelas por eventos de cualquier origen y que afectan las funciones o estructuras corporales; es decir donde el actuar médico es necesario. El segundo, denominado valoración del rol laboral, rol ocupacional y otras áreas, se deja abierto a diferentes disciplinas (propias de los terapeutas y psicólogos). Para el investigador tal aspecto ya resulta confuso, dado que las competencias y saberes entre estos títulos son diferentes y allí es donde se generan grandes debates y reflexiones. Se hace necesario diferenciar el rol del calificador, respecto a roles importantes como los interconsultores. Cabe aclarar que este segundo título no es objeto de esta investigación.

Con base en lo anterior, la Ley 100 de 1993 y las normas que la complementan (como la Ley 776 de 2002, la Ley 797 de 2013 y la Ley 860 de 2003) establecen los requisitos para obtener las pensiones de invalidez de origen común o profesional, de la de pensión de vejez anticipada por hijos inválidos a cualquier edad y por deficiencias iguales o mayores a 50%, como lo regula taxativamente la norma general, diferente al estado de invalidez. Uno de los requisitos es que la persona presente una incapacidad permanente parcial o una invalidez, determinada con el Manual Único de Calificación para la Pérdida de la Capacidad Laboral y Ocupacional.

Para lo anterior, se define que las Juntas de Calificación de Invalidez, como organismos privados vigilados por el Ministerio de Trabajo y Protección Social, cuentan con la función de expedir dictámenes en primera y segunda

⁵ Adoptado por el Decreto 1507 de 2014 por el cual se expide el Manual Único para la Calificación de la Pérdida de la Capacidad Laboral y Ocupacional.

⁶ MORENO, MARISOL, *Valoración de la pérdida de la capacidad laboral y ocupacional en Colombia: antecedentes, realidades y perspectivas de actualización*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2011, pp. 234-265.

⁷ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, *Clasificación Internacional del Funcionamiento, la Discapacidad y la Salud*, Ginebra, Organización Mundial de la Salud, 2001.

⁸ Uno de los referentes en la construcción del baremo colombiano partió de la ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, *Clasificación Internacional del Funcionamiento, la Discapacidad y la Salud*, Ginebra, Organización Mundial de la Salud, 2001.

instancia.⁹ Esto puede asimilarse como prácticas médicas que, en el marco de juntas, aportan pruebas de tipo pericial.

Ahora bien, en materia de requisitos, para ser miembro médico de estas juntas, es preciso contar con título de médico y formación posgradual en salud ocupacional o medicina del trabajo. No obstante, si bien se establecen estas exigencias para la profesión médica en el campo de la calificación, se cuenta con una pobre evidencia de estudios sobre las competencias profesionales para los médicos calificadores, los cuales serían requisitos necesarios para la experticia que demanda el acto de valorar y calificar. Las indagaciones llevadas a cabo denotan que, solo desde el 2014, algunos médicos calificadores iniciaron procesos de capacitación bajo modalidades de educación informal, dado el nuevo baremo desarrollado en Colombia.

La intención de esta investigación se hace más relevante si se tiene en cuenta que se ha de contar con un perfil de competencias profesionales frente a un actuar que denota el acceso a derechos en el marco del Sistema de Seguridad Social Integral (sssi) en Colombia. Teniendo en cuenta esta situación, se presume que existe un problema actual, sumado a escasos estudios respecto a la formación de los profesionales médicos en el tema objeto de este trabajo.

De acuerdo con Sosa y Capote,¹⁰ el estudio de la evaluación de las competencias ocupa hoy un espacio de primer orden y es abordado por diversas instituciones y autores. Las competencias profesionales no constituyen características que se adquieren de una vez y para siempre; más bien, son procesos que incrementan las potencialidades a partir de avances secuenciales. En el actuar médico, estos cobran mayor relevancia cuando está de por medio la definición de derechos económicos en el marco del Sistema de Seguridad Social Integral en Colombia.

Al respecto, la determinación de las competencias en el marco de la calificación de la pérdida de capacidad laboral y ocupacional permitirá caracterizar las competencias profesionales necesarias que deben tener los médicos laborales. Esto no solo para una mejor prestación de los servicios, sino en especial para generar profundas reflexiones en torno a la situación actual de la formación posgradual relacionada con el tema en cuestión. Asimismo, tales competencias son un tema relevante por el impacto que pueden tener, en especial para las personas que día a día acuden a estos procesos y a las instituciones que

⁹ Las Juntas de Calificación de Invalidez, creadas por el artículo 42 y 43 de la Ley 100 de 1993 y reglamentadas por el decreto 1352 de 2013.

¹⁰ SOSA, ÁNGELA Y CAPOTE, SILVIA, "Modelo tradicional versus enfoque por competencias", *Uruguay Educa*. Disponible en: http://www.uruguayeduca.edu.uy/sites/default/files/2017-08/MODELO_TRADICIONAL_vs_ENFOQUE_por_COMPE-TENCIAS.pdf

contratan y delegan en los médicos la evaluación y determinación del grado porcentual de pérdida de la funcionalidad de las estructuras corporales, solo para el título de deficiencias.

Hasta donde indica la evidencia, los médicos actualmente cuentan con formación de pregrado en Medicina General y, en algunos casos, formación posgraduada en Salud Ocupacional (ahora Salud y Seguridad en el Trabajo). Con estos requisitos, pueden ser calificadores sin parámetros definidos en materia de competencias para calificar, más aún cuando cualquier persona, de cualquier edad, con eventos por origen laboral o común, son sujetos de calificación. Ello significa que el rol de estos profesionales no puede sesgarse solo al campo de lo laboral o de personas trabajadoras. En palabras de Perrenoud,¹¹ “la profesión no es inmutable. Sus transformaciones pasan sobre todo por la aparición de nuevas competencias [...] o por el énfasis de competencias reconocidas”. Es así como el desempeño profesional en un terreno específico exige actualizaciones permanentes para comprender la práctica profesional y, de paso, mejorar constantemente la experticia de la calificación. Esto cobra aún más relevancia cuando a las personas no se les puede ver solo desde un modelo biomédico y más allá de un diagnóstico.

La gestión del conocimiento, la incorporación de las tecnologías; los avances en la medicina de hoy, así como los requerimientos actuales de la seguridad social exigen nuevos roles que respondan a los cambios. Todo ello hace necesario pensar en los nuevos conocimientos, habilidades y actitudes que debe tener un médico, en este caso calificador. Su énfasis consiste en valorar secuelas de condiciones de salud relacionadas con contingencias o eventos denominados enfermedad o accidente, sin importar su origen. Ante todo, pesa el acceso a derechos y el reconocimiento de que mucha población colombiana no trabaja, no ha trabajado y en el marco de pensiones entran como beneficiarios. Aquí se marca un actuar diferente, porque se debe reconocer el rol interdisciplinar y los aportes de la Clasificación Internacional del Funcionamiento, la Discapacidad y la Salud (CIF) en la comprensión actual del funcionamiento, la discapacidad y, para el caso colombiano, lo que significa la invalidez, más allá de un valor numérico.

¹¹ DÍAZ, MARTHA, “Reseña de *Diez nuevas competencias para enseñar* de Philippe Perrenoud”, *Tiempo de Educar*, vol. 9, núm. 17. Disponible en: <http://ucsj.redalyc.org/articulo.oa?id=31111439008>

Ante estos argumentos, la pertinencia de investigar, documentar la realidad y proponer cambios en torno a las competencias necesarias para la formación integral de un profesional en el contexto de la calificación, se busca ahondar en la gestión del conocimiento. Así, cabe repensar y reconstruir el perfil de los médicos calificadores a partir de un análisis no solo desde sus saberes, experiencias y vivencias frente a la calificación misma, sino desde el entorno académico.

Para tal efecto, el estudio revisó cuatro planes de estudio posgraduales relacionados con los programas en Salud Ocupacional y Medicina del Trabajo, ofrecidos en las ciudades de Bogotá, Barranquilla, Cali y Medellín. Para ello, se analizaron los elementos conceptuales que constituyen los módulos o materias sobre la calificación de las deficiencias¹² o el daño corporal.¹³ Relacionado con lo anterior, se identificó la percepción de los médicos miembros de las Juntas de Calificación, respecto a las necesidades de formación y gestión del conocimiento, para la mejora de las competencias profesionales requeridas a la hora de calificar.

a) Competencias como marco general

De acuerdo con Dao,¹⁴ la Organización Panamericana de la Salud (ops), a mediados de la década de los ochenta, comenzó a promover entre los países de la región de las Américas la propuesta de reorientación de la educación permanente del personal de salud. Es por ello que, al momento de evaluar las competencias laborales de los médicos calificadores y el desempeño en el actuar profesional, apuestas como las de la oms pueden ser extrapoladas al contexto de la calificación. Esto se complementa con diferentes perspectivas que se exponen en la tabla 1.

¹² El artículo 3 del Decreto 1507 de 2014 define la deficiencia como la "Alteración en las funciones fisiológicas o en las estructuras corporales de una persona. Puede consistir en una pérdida, defecto, anomalía o cualquier otra desviación significativa respecto de la norma estadísticamente establecida".

¹³ El artículo 3 del Decreto 1507 de 2014 define el daño corporal: "Concepto que resulta de la confluencia de dos perspectivas, la médica y la jurídica. Con el nombre de daño corporal se conoce cualquier alteración somática o psíquica que, de una forma u otra, perturbe, amenace o inquiete la salud de quien la sufre, o simplemente, limite o menoscabe la integridad personal del afectado, ya en lo orgánico, ya en lo funcional; para que se configure, es suficiente cualquier merma de la integridad de la biología individual, con independencia de sus repercusiones prácticas en uno o más campos de la actividad humana".

¹⁴ DAO, ALBERTO, *El conocimiento y las competencias en las organizaciones del siglo XXI*, Venezuela, Epsilon Libros - Universidad Metropolitana, 2002.

Tabla 1. Perspectivas y evolución del concepto de competencias

Autor y año	Definición o aporte al concepto de competencia
Noam Chomsky (1957)	Propuso la competencia desde la lingüística en 1957, como la capacidad que tiene todo ser humano de manera innata de hablar y crear mensajes que nunca había oído.
Dell Hymes (1972)	Aportó el concepto de competencia comunicativa como aquella que permite a un hablante comunicarse de manera eficaz en contextos culturalmente significantes. Es integral con actitudes, valores y motivaciones.
Gerhard Bunk (1994)	Tiene competencia profesional quien dispone de conocimientos, destrezas y aptitudes necesarios para ejercer una profesión, resuelve los problemas profesionales de forma autónoma y flexible, y está capacitado para colaborar en su entorno profesional.
Fabio Jurado (2000)	La competencia es un saber hacer que el sujeto porta en determinado campo, y que solo es posible identificar en la acción misma; le ayuda al sujeto a desenvolverse en la vida práctica y a construir un horizonte social.
Guy Le Boterf (2001)	La competencia es un proceso, "una secuencia de acción en la que se encadenan múltiples conocimientos especializados" (p. 42). Implica saber integrar, movilizar y transferir un conjunto de recursos en un contexto dado para hacer frente a diferentes problemas que se presentan.
María Cristina Torrado (2000)	Las competencias son capacidades individuales que son condición necesaria para impulsar un desarrollo social en términos de equidad y ejercicio de la ciudadanía.
Carlos A. Brailovsky (2001)	"La competencia es un constructo complejo, multifacético, multivariado, multidimensional, a menudo en relación con una situación multidisciplinaria, en particular en el campo de la medicina" (p.103).
María Luisa Belloto e Imma Palma Linares (2008)	Un sistema de conocimientos, habilidades, valores y cualidades de la personalidad que se movilizan en función de las necesidades individuales y sociales, así como de los motivos, intereses y actitudes del profesional, que permiten el desempeño satisfactorio en el ejercicio de la profesión; y que solo pueden ser evaluadas a través del desempeño, considerando las exigencias sociales.
Philippe Perrenoud (2010a)	La capacidad de actuar de manera eficaz en un tipo definido de situación; se apoya en conocimientos, pero no se reduce a ellos. Se enfrenta una situación de la mejor manera posible, generalmente debemos hacer uso y asociar varios recursos cognitivos complementarios, entre los cuales se encuentran los conocimientos (p.7).
Polform/ott Ducci, M. (1997)	La competencia profesional es vista como la construcción social de aprendizajes significativos y útiles para el desempeño productivo en una situación real de trabajo que se obtiene no solo a través de la instrucción, sino también —y en gran medida— mediante el aprendizaje por experiencia en situaciones concretas de trabajo. Para la ott, parte de la idoneidad para realizar una tarea o desempeñar un puesto de trabajo por poseer las calificaciones requeridas para ello.
Australia-Athanasou y Gonczi (1996)	Conciben la competencia como una compleja estructura de atributos (conocimiento, actitudes, valores y habilidades) necesarios para el desempeño de situaciones específicas y las tareas que se tienen que desempeñar en determinadas situaciones. Encuentran necesario incorporar la ética y los valores como elementos del desempeño competente.

Nota: Tomado de Moreno, L. (2015). Adaptada por Suarez, H. (2018).

b) Competencias en el contexto de la calificación de la pérdida de la capacidad laboral y ocupacional: perspectivas internacional y nacional

Como lo expone Moreno y Rubio,¹⁵ la evolución y aplicación de los baremos en el contexto internacional demanda actualmente la inclusión de profesionales competentes para calificar o evaluar según las épocas, el tipo de legislación, los hechos resaltables y los principios de reparación del daño, a partir de lo puramente médico (hechos relacionados en la tabla 2). Por lo anterior, y como lo registra Kvitko,¹⁶ la evolución histórica contempla la generación e identificación de competencias relacionadas con la valoración del daño. Ejemplo de ello fue el primer baremo español sobre las incapacidades originadas por los accidentes de trabajo. Hoy, esto resulta válido para el baremo colombiano, al valorarse las deficiencias generadas por una enfermedad o accidente.

Tabla 2. Síntesis de la evolución de los baremos en el mundo

Época	Tipo de legislación	Hecho resaltable	Principio de evaluación
Edad Media	Ley Sálica del siglo v Francia siglos xi y xii Leyes Normandas	Se establece la necesidad de un perito	Médico competente para examinar las heridas
Renacimiento	Constitutio Criminalis Carolina (1532)	Médico en actos jurídicos	Constitución de la medicina legal
Barroco (siglo xvi)	La obra de Zacchia	Primer tratado de medicina legal	De competencia médica
Positivismo naturalista (siglo xix)		España crea el primer cuerpo nacional de médicos forenses	De competencia médica
Finales del siglo xix, Francia	Baremos militares	Un grupo de médicos integra al baremo terminología médica, dando un orden lógico a las secuelas.	

Nota: Tomado del cuadro 3,9 expuesto por Moreno y Rubio (2011) y adaptada por Suarez (2018): Síntesis de la evolución de los baremos en el mundo.

¹⁵ MORENO, MARISOL, *Valoración de la pérdida de la capacidad laboral y ocupacional en Colombia: antecedentes, realidades y perspectivas de actualización*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2011.

¹⁶ KVITKO, LUIS, "Antecedentes Históricos de la Valoración del Daño Corporal y Baremos", *Asociación Costarricense de Medicina Legal*, vol. 32, núm. 81. Disponible en: <http://www.scielo.sa.cr/pdf/mlcr/v32n1/art08v32n1.pdf>

En el contexto colombiano, ha habido diferentes normas, circunscritas a distintos momentos históricos y perspectivas tales como el Acuerdo 258 de 1967 del Instituto de Seguros Sociales; Decreto 692 de 1995; Decreto 917 de 1999, y el más reciente y vigente, Decreto 1507 de 2014. Todas estas denotan una evolución, sobre todo a nivel legal. La tabla 3 ilustra los aspectos más relevantes, no solo respecto a los baremos, sino a los diferentes referentes o normas que se interconectan con la calificación. Es claro cómo el rol del médico se ha mantenido; no obstante, el acto de calificar sí se ve expuesto a diferentes avances en el conocimiento y cambios de paradigma que no necesariamente se tienen en cuenta en la norma como tal.

Tabla 3. Evolución de la calificación en Colombia según marco legal

Norma	Características	Relación con el marco de la calificación
Código Sustantivo de Trabajo ¹ y Decreto 3170 de 1964 ²	Establece el Seguro Social obligatorio por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, asumido y administrado por el Instituto Colombiano de Seguros Sociales.	Da inicio al reconocimiento de prestaciones económicas. Considera los grados de incapacidad permanente, parcial o total, que presente un enfermo o un accidentado laboral. Se apoya en las tablas de evaluaciones de incapacidades, a cargo del Departamento Médico Legal del Instituto, las cuales determinaban los grados de incapacidad.
Acuerdo 049 de febrero 1 de 1990 ³ y Decreto 758 de 1990 ⁴		Describe que, para efectos de la calificación del grado de invalidez, solo son válidas las efectuadas por los médicos laborales del Instituto Colombiano de Seguros Sociales.
Ley 100 de 1993 ⁵	Crea el marco del sss dado por los regímenes en Salud, Riesgos Laborales y en Pensiones. Establece las prestaciones de carácter económico.	La calificación del estado de invalidez se determina con el manual único, para calificar la imposibilidad que tenga el afectado para desempeñar su trabajo por pérdida de la capacidad laboral. La calificación es dada por una comisión interdisciplinaria.
Decreto 1346 de 1994 ⁶	Norma reglamentaria de las Juntas de Calificación de Invalidez vigencia de la Ley 100 de 1993.	Establece la calificación de los estados de invalidez por las administradoras del sss y, en el caso de controversia o apelación, son las juntas regionales y nacional de calificación de invalidez las que califican, respectivamente. Estas juntas se conforman por dos médicos con título de especialización en medicina del trabajo, o salud ocupacional y un psicólogo. Los ponentes son los médicos.

CARACTERIZACIÓN DE COMPETENCIAS PROFESIONALES NECESARIAS PARA LOS MÉDICOS...

Decreto 2463 de 2001 ⁷	Mantiene la interdisciplinariedad de las Juntas de Calificación de Invalidez, dadas en el decreto antes mencionado.	Las entidades administradoras de la seguridad social deben contar con equipo interdisciplinario para realizar la calificación de la pérdida de la capacidad laboral. El equipo debe estar conformado por un médico con experiencia en medicina laboral, un médico especialista en medicina física y rehabilitación y un profesional diferente a las áreas de la medicina con formación en salud ocupacional.
Decreto ley 1295 de 1994 ⁸	Establece las prestaciones económicas (indemnización por incapacidad permanente parcial y la pensión por invalidez).	La declaración, evaluación, revisión, grado y origen de la incapacidad permanente parcial son determinados por un médico o por una comisión médica interdisciplinaria.
Decreto Ley 962 de 2005 ⁹	Modifica el artículo 41 de la Ley 100 (1993) con el artículo 52.	Mantiene la competencia a las administradoras del sss y, en el caso de controversia o apelación, son las juntas regionales y nacional de calificación de invalidez las que califican, respectivamente. Estas juntas se conforman por dos médicos con título de especialización en Medicina del Trabajo, o salud ocupacional y un psicólogo.
Ley 776 de 2002 ¹⁰	Esta ley se expide en respuesta al fallo emitido por la Honorable Corte Constitucional al declarar parcialmente inexecutable el Decreto 1295 (1994).	La declaración, evaluación, revisión, grado y origen de la incapacidad permanente parcial los determina una comisión médica interdisciplinaria.
El Decreto Ley 019 de 2012 ¹¹	Faculta nuevamente y con mayor fuerza legal las competencias para determinar la pérdida de la capacidad laboral, la invalidez y el origen de las contingencias.	Mantiene la competencia a las administradoras del sss, de determinar en primera oportunidad la pérdida de capacidad laboral y calificar el grado de invalidez y establece que las Juntas de Calificación de Invalidez del orden regional califican en primera y segunda instancia, respectivamente.
Decreto 1352 de 2013 ¹²	Reglamenta la organización y funcionamiento de las Juntas de Calificación de Invalidez	La Junta Nacional de Calificación de Invalidez la conforma tres médicos con título de especialización en salud ocupacional o medicina del trabajo y un médico fisiatra. Las Juntas Regionales de Calificación de Invalidez, las conforma dos médicos con especialización en medicina del trabajo o salud ocupacional y un psicólogo o terapeuta físico u ocupacional.

Nota: Tabla elaborada por Rodríguez, F. y Suárez, H. (2018).

Con base en lo expuesto, es preciso identificar y reflexionar en torno al tema de las competencias médicas relacionadas con la valoración de los daños causados por las enfermedades y los accidentes que presentan las personas, en términos actuales y correctos; es decir, lo que hoy significa valorar las deficiencias. En este orden de ideas, la diversificación de los conocimientos médicos ha dado lugar a la determinación de campos de profundización en la práctica médica mediante programas de educación posgradual o continua. Se espera que estos sean pertinentes en torno a un marco de competencias para correlacionar el actuar, actividad, servicio, deber ser, objetivo y construcción desde la misma academia.

Ahora bien, el Decreto 1507 de 2014,¹⁷ denominado Manual Único para la Calificación de la Pérdida de la Capacidad Laboral y Ocupacional, establece una estructura conformada por dos títulos. El título 1, “Valoración de las deficiencias”, está conformado por 15 capítulos (véase la tabla 4) que se refieren al estudio desde la perspectiva de secuelas. Esto es qué pasa en los órganos, estructuras o funciones que componen el cuerpo humano, y el médico calificador asigna valores porcentuales, dados en las tablas específicas, según clasificación del grado de severidad de cada deficiencia. Estos valores van desde 0% hasta 50% ponderado y definen el impacto a nivel de funcionalidad.

Sumado a lo anterior, se da lo dispuesto desde el título 2: “Valoración del rol laboral, ocupacional y otras áreas ocupacionales” (actividades de la vida diaria-AVD). Este permite obtener otro valor porcentual comprendido entre 0% y 50%. Es decir, una vez sumados los dos títulos, resulta el valor total que desde 0% a 100% define cuantitativamente la pérdida de la capacidad laboral u ocupacional para la población en cualquier edad, ocupación y contexto. Ante todo, se observan que pueden ser diferentes derechos y pretensiones a la hora de solicitar una calificación y, por tanto, el dictamen. Legalmente, en Colombia, a aquellas personas que obtienen una pérdida de capacidad ya sea laboral u ocupacional igual o mayor a 50% se les considera en estado de invalidez.¹⁸

¹⁷ Decreto 1507 del 2014 por el cual se expide el Manual Único para la Calificación de la Pérdida de la Capacidad Laboral y Ocupacional.

¹⁸ La invalidez definida por el artículo 3 Decreto 1507 de 2014, el artículo 9 Ley 776 de 2002 y el artículo 38 de la Ley 100 de 1993 como la pérdida de la capacidad laboral u ocupacional igual o superior a cincuenta por ciento.

Tabla 4. Distribución de las deficiencias por capítulos del título primero

Capítulo 1 por alteraciones debidas a neoplasias o cáncer.	Capítulo 2 por alteraciones del sistema cardiovascular.
Capítulo 3 por trastornos del sistema respiratorio.	Capítulo 4 del sistema digestivo.
Capítulo 5 del sistema urinario y reproductor.	Capítulo 6 por trastornos de la piel, faneras y daño estético.
Capítulo 7 por alteraciones del sistema hematopoyético.	Capítulo 8 por alteraciones del sistema endocrino.
Capítulo 9 por alteraciones del sistema auditivo y vestibular.	Capítulo 10 por alteraciones del olfato, del gusto, de la voz, del habla y de las vías aéreas.
Capítulo 11 por alteraciones del sistema visual.	Capítulo 12 Deficiencias del sistema nervioso central y periférico.
Capítulo 13 Deficiencias por trastornos mentales y del comportamiento.	Capítulo 14 por alteración de las extremidades superiores e inferiores.
Capítulo 15 por alteraciones de la columna vertebral y la pelvis.	

Nota: Tabla adaptada por Suarez (2018) del anexo del Decreto 1507 de 2015.

c) Enfoque metodológico

Esta investigación se basó en un enfoque mixto. De acuerdo con Hernández, Fernández y Baptista,¹⁹ se refiere a un conjunto de procesos sistemáticos, empíricos y críticos donde se aplicaron aspectos relevantes de las perspectivas cualitativas y cuantitativas aplicadas a un objeto de estudio. Para lo anterior, el tipo de muestreo seleccionado fue no probabilístico o dirigido por conveniencia, o bien “guiadas por uno o varios propósitos”.

Si bien el interés principal fue lograr la participación de por lo menos un médico por cada una de las 18 juntas existentes, como en todo proceso de investigación, hubo algunas limitaciones. En este caso, estuvieron dadas por el tamaño de la muestra, unidades de análisis y respuesta de participación por parte de los calificadores médicos.

La categorización requerida partió del planteamiento del problema, objetivo general y específicos, así como diferentes aspectos teóricos, no solo para

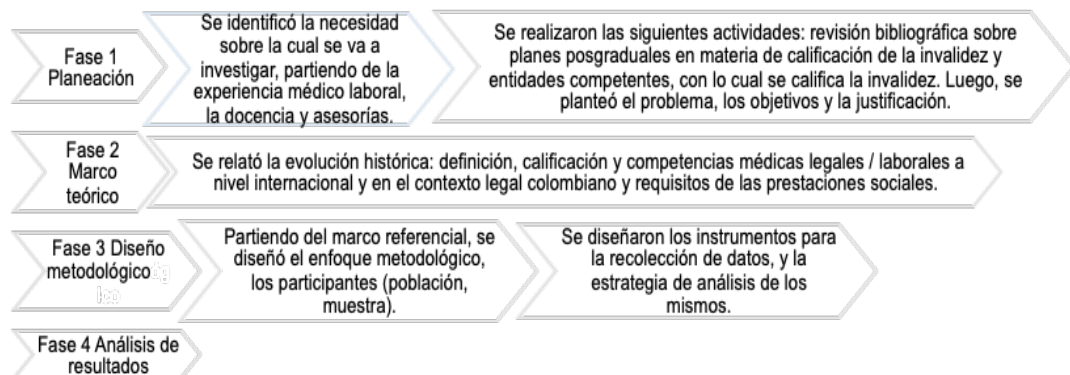
¹⁹ HERNÁNDEZ SAMPIERI, ROBERTO, FERNÁNDEZ, CARLOS Y BAPTISTA, PILAR, *Metodologías de la Investigación*, México, Mc Graw Hill, 2014, p. 534.

la justificación, sino también para el marco de antecedentes y referencial. La categorización expuesta respondió a las siguientes preguntas de investigación:

¿Qué dicen los planes de estudio de los programas de especialización de Seguridad y Salud en el Trabajo y la Medicina de Trabajo respecto a las competencias profesionales de los médicos para la valoración de las deficiencias, en el marco de la calificación de la pérdida de la capacidad laboral y ocupacional? ¿Cuál es la percepción de un grupo de médicos calificadores cuestionados respecto a las necesidades o requerimientos de formación para poder actuar como peritos en la aplicación del título primero del Manual de Calificación de Pérdida de Capacidad Laboral y Ocupacional?

Los instrumentos o apéndices de recolección de la presente investigación fueron diseñados de acuerdo con el objeto del presente estudio. Estos permitieron explorar tanto aspectos cualitativos como cuantitativos para caracterizar a la población. Asimismo, dieron pie a estrategias técnicas en el acercamiento, en un análisis objetivo de la praxis médica con la formación posgradual relacionada con la calificación de la pérdida de la capacidad laboral y ocupacional. Todo ello, tuvo como base la estructura del decreto, con énfasis en el título primero, valoración de las deficiencias, de competencia exclusivamente médica. Para el desarrollo del presente estudio fue necesario llevar a cabo una serie de fases, que incorporaron perspectivas cualitativas y cuantitativas, como se expone en el gráfico:

Gráfico 1. Fases del proceso investigativo



Nota: Elaborada por Suarez (2018).

4. Conclusiones

Como lo exponen Hernández, Fernández y Baptista,²⁰ los métodos mixtos permitieron el análisis combinado, el procesamiento individual de los datos cuantitativos (estadístico descriptivo e inferencial), así como de los datos cualitativos (codificación y evaluación temática). Las técnicas y modelos partieron de un análisis juicioso con el planteamiento del problema, el tipo de diseño y estrategias elegidas para los procedimientos, así como el análisis respectivo.

La relevancia de las siguientes conclusiones radica en que proyectan otros escenarios de la calificación. De tal modo, son de gran importancia para todos los profesionales médicos que hoy hacen parte de los equipos de calificación de primera oportunidad, entendida esta como la calificación realizada por las entidades administradoras de la Seguridad Social Integral en Colombia (Administradoras de Riesgos Laborales, Salud y Pensiones), así como para terceros que en una dinámica de mercado competitivo pueden estar sacrificando calidad por bajos costos en el recurso humano empleado.

Respecto a la primera pregunta de investigación, si bien es cierto que uno de los requisitos legales para hacer parte de las Juntas de Calificación de Invalidez es tener especialización en Salud Ocupacional o en Medicina del Trabajo, resulta también cierto que la praxis médica de los miembros integrantes de estas juntas obliga a contar con el conocimiento del marco legal. Así, debe ser de su conocimiento el contenido y la interpretación de las normas técnicas como el Decreto 1507 de 2014,²¹ en especial en lo referente al título primero, inherente a las deficiencias. Sin embargo, también resulta necesario tener presente que el médico no califica solo a población trabajadora; califica a personas de cualquier edad y, por tanto, a seres diversos desde su misma funcionalidad y contextos.

Si bien se requiere la formación médica posgradual en Salud Ocupacional o en Medicina del Trabajo para poder ser miembro de las juntas de calificación u otro escenario, los planes de estudio revisados evidenciaron que solo la mitad de ellos ofrece algún contenido relacionado con el tema de la calificación de la pérdida de la capacidad laboral u ocupacional. De manera preocupante, la mitad de los programas no cuentan con una asignatura de medicina laboral, baremología o calificación, ni sobre el marco legal al respecto.

²⁰ HERNÁNDEZ SAMPIERI, ROBERTO, FERNÁNDEZ, CARLOS Y BAPTISTA, PILAR, *Metodologías de la Investigación*, México, Mc Graw Hill, 2014, p. 574.

²¹ Decreto 1507 de 2014: Por el cual se expide el Manual Único para la Calificación de la Pérdida de la Capacidad Laboral y Ocupacional.

Queda la interrogante: si los planes de estudio no ofrecen estos mínimos, ¿cómo se puede llegar a la comprensión práctica, normativa y procedimental respecto a aspectos clave de la calificación? Ejemplo de estos aspectos son la incapacidad permanente parcial, estado de invalidez, mejoría médica máxima (MMM), carga de adherencia al tratamiento, pruebas para calificar, entre otros criterios, procedimientos y metodologías propias del título primero, contemplado en la norma.

En relación con lo anterior, los contenidos de los planes de estudio revisados se centran en aspectos de la promoción, prevención, mantenimiento y recuperación de la salud de los trabajadores, así como en la generación de espacios y prácticas de trabajo en seguridad, higiene y ambientes saludables de trabajo. Así, los planes de estudio no contemplan contenidos conceptuales, transversales y relacionados con la calificación de la pérdida de la capacidad laboral y ocupacional para diferentes poblaciones.

Desde este tipo de investigación, resulta incierto si se desarrollan los contenidos esperados en profundidad. Partiendo de la norma, es difícil definir qué aspectos deberían incluir los procesos en todo el contexto del Sistema de Seguridad Social Integral, puesto que los planes revisados no describen los objetivos, contenidos, temáticas, procedimientos y roles. A nivel prospectivo sería valioso llegar a desarrollar una investigación basada en el análisis de los currículos.

Respecto a la segunda pregunta, centrada en la valoración de lo expuesto por los médicos calificadores integrantes de juntas de calificación que voluntariamente accedieron a responder el instrumento generado, se halló que 100% cuenta con el requisito mínimo exigido por la norma: estudios posgraduales en salud ocupacional, medicina del trabajo. Asimismo, es su totalidad expresan la necesidad que han tenido de adelantar cursos cortos y diplomados, con intensidades de hasta de 120 horas, respecto a la norma, baremo o herramienta actual de calificación. Esto significa la aproximación a nuevos saberes; no obstante, no garantizan la incorporación de competencias prácticas y cambios de paradigmas frente a los cambios en el conocimiento.

Lo expuesto anteriormente lleva a tener en cuenta las palabras del doctor Rodríguez de Castro:²² “si queremos desarrollar una nueva Medicina, es necesario que competencias que en estos momentos no tienen mucha visibilidad se hagan más evidentes en los planes de formación”.

²² ESCUELA DE SALUD PÚBLICA, “Las competencias transversales del médico, vitales para atender con calidad al paciente”, *Mahón (Menorca)*. Disponible en: <http://www.medicosypacientes.com/articulo/las-competencias-transversales-del-medico-vitales-para-atender-con-calidad-al-paciente>

Frente a esto, los encuestados expresaron la falta de formación en aspectos generales, la legislación, y el contenido técnico y metodológico de todos los manuales o baremos de calificación. Esto es relevante sobre todo si se tiene en cuenta el contexto legal, que exige la aplicación de las normas anteriores, por las cuales se consolidaron los derechos adquiridos, como son las pensiones por incapacidad permanente parcial, total y las diferentes clases de pensiones de invalidez o de vejez anticipadas, así como por ser personas inválidas o presentar deficiencias iguales o superiores a 50%.

Un médico calificador no puede conocer solo el decreto actual; debe conocer los anteriores y las normas aplicables a otros regímenes de excepción. Por lo anterior, es preciso reflexionar en torno a la necesidad de proponer a las entidades gubernamentales —entre otras, al Ministerio de Educación Nacional— que se generen normas de obligatorio cumplimiento para indicar a las entidades o instituciones universitarias que ofrecen programas posgraduales en Salud Ocupacional, publicar un mínimo sobre el contenido de los planes de estudio. Estos tendrían que señalar las asignaturas, los objetivos y su intensidad para que, de esa forma, el profesional interesado conozca de primera mano a qué se va a enfrentar. Esto significa ir más allá de presentar solo títulos de asignaturas o cursos.

Muchos profesionales en Colombia acceden a una oferta sesgada o desarrollada desde la perspectiva de salud ocupacional (ahora Seguridad y Salud en el Trabajo) ante la necesidad de contar con un título que les permita formar parte de los equipos calificadores. No obstante, esto dista de lo que implica realmente calificar tomando en cuenta las poblaciones y los enfoques actuales a nivel diferencial, territorial y de derechos, que parecieran ser más estudiados desde otras disciplinas. Por tanto, a la hora de llegar al mundo práctico y ejercicio profesional, diferentes frustraciones y prácticas no asertivas basadas en el desconocimiento o imaginarios terminan por afectar a las personas sujetos de calificación y a la calidad de los dictámenes esperados.

Hoy en día, la calificación en Colombia se enfrenta a diferentes barreras y lamentables situaciones que afectan el actuar ético y moral. Perspectivas de trabajo en equipo, de roles y saberes interdisciplinarios siguen siendo arraigadas en imaginarios que no necesariamente van a la vanguardia del conocimiento histórico y actual.

Es importante transitar de lo exclusivamente médico a lo interdisciplinar a la hora de valorar y calificar a una persona. Por ello, surgen nuevas posibilidades para generar ofertas académicas a nivel de especialización, maestrías o doctorados, que profundicen en una experticia técnica como es la calificación de la pérdida de la capacidad laboral y ocupacional en el Sistema Integral de Seguridad Social.

Es preciso reconocer que el acto de calificar exige romper paradigmas vigentes aún en Colombia, en donde se considera que la calificación es exclusivamente médica, contrario a lo señalado en las normas vigentes y a lo planteado desde lo académico.

Referencias

- DAO, ALBERTO, *El conocimiento y las competencias en las organizaciones del siglo XXI*, Venezuela, Epsilon Libros - Universidad Metropolitana, 2002.
- “Decreto 3170 de 1964: Por el cual se aprueba el reglamento general del seguro social obligatorio de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales”, 21 de diciembre, 1964.
- DÍAZ, MARTHA, “Reseña de *Diez nuevas competencias para enseñar* de Philippe Perrenoud”, *Tiempo de Educar*, vol. 9, núm. 17. Disponible en: <http://ucsj.redalyc.org/articulo.oa?id=31111439008>
- Escuela de Salud Pública, “Las competencias transversales del médico, vitales para atender con calidad al paciente”, *Mahón (Menorca)*. Disponible en: <http://www.medicosypacientes.com/articulo/las-competencias-transversales-del-medico-vitales-para-atender-con-calidad-al-paciente>
- HERNÁNDEZ SAMPIERI, ROBERTO, FERNÁNDEZ, CARLOS y BAPTISTA, PILAR, “Metodologías de la Investigación”, México, Mc Graw Hill, 2014.
- KVITKO, LUIS, “Antecedentes Históricos de la Valoración del Daño Corporal y Baremos”, *Asociación Costarricense de Medicina Legal*, vol. 32, núm. 81. Disponible en: <http://www.scielo.sa.cr/pdf/mlcr/v32n1/art08v32n1.pdf>
- “Ley 860 del 2003: Por la cual se reforman algunas disposiciones del Sistema General de Pensiones” previsto en la Ley 100 de 1993 y se dictan otras disposiciones. Diario oficial No 45.415
- “Ley 90 de 1946: Por la cual se establece el seguro social obligatorio y se crea el Instituto Colombiano de Seguros Sociales”, *Diario Oficial*, núm. 26 322.
- “Ley 776 del 2002, Por la cual se dictan normas sobre la organización, administración y prestaciones del Sistema General de Riesgos Profesionales”, *Diario oficial*, núm. 45 037.
- MORENO, MARISOL, *Valoración de la pérdida de la capacidad laboral y ocupacional en Colombia: antecedentes, realidades y perspectivas de actualización*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2011.
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, *Clasificación Internacional del Funcionamiento, la Discapacidad y la Salud*, Ginebra, Organización Mundial de la Salud, 2001.
- SOSA, ÁNGELA y CAPOTE, SILVIA, “Modelo tradicional versus enfoque por competencias”, *Uruguay Educa*. Disponible en: http://www.uruguayeduca.edu.uy/sites/default/files/2017-08/MODELO_TRADICIONAL_vs_ENFOQUE_por_COMPETENCIAS.pdf

El trabajador migrante en situación irregular: marco normativo y políticas públicas* *The Migrant Worker in an irregular Situation: Regulatory Framework and Public Policies*

Angélica Ocegüera Avalos**

Kenia Yasbeth Aguilar Cisneros***

RESUMEN

Los derechos de los migrantes son uno de los principales puntos de la agenda social y política global de cualquier país. El presente artículo es un acercamiento a la situación en México del respeto a uno de los derechos humanos más importantes que tiene el hombre: el trabajo. Este debe dignificar a la persona, garantía que bajo ninguna circunstancia puede verse limitada por un estatus migratorio "irregular", en virtud de que existen instrumentos internacionales y un marco jurídico nacional de amplia protección que, desde la óptica del derecho, los considera sujetos de derechos fundamentales. Como tal, la política pública del Estado mexicano debe poner especial atención a dicha problemática e incidir en propuestas que mejoren las condiciones laborales de este sector.

PALABRAS CLAVE: Dignidad, derecho humano al trabajo, migrante, política migratoria.

ABSTRACT

The rights of immigrants are just one of the principles points on the global social and political agenda of any country. The following article is an approach to the situation in Mexico in respect to one of the fundamental Human Right that humans have, the right to work. This should dignify the person, a guarantee that under no circumstances can it be limited by an "Irregular" immigration status, because there are international instructs and a national legal framework of broad protection that from the point of view of the law, considers them subjects of Fundamental Rights. As such, the public policy of the Mexican State must pay special attention to this problem and influence proposals that improve the working conditions of this sector.

KEY WORDS: Dignity, Human right to work, Immigrant, Migratory policy.

* Artículo de reflexión. Recibido el 11 de octubre de 2018 y aceptado para su publicación el 10 de junio de 2019.

** Profesora investigadora en la Universidad de Guadalajara, México. (aocegüera2000@yahoo.com.mx) orcid.org/0000-0003-2224-1094

*** Profesora de asignatura en el Instituto Tecnológico de Estudios Superiores de Monterrey, Campus Guadalajara, México. (kenia@lexabogados.mx) orcid.org/0000-0003-3562-1838

SUMARIO

1. Introducción
2. Marco normativo internacional del derecho al trabajo del migrante en México
3. Marco normativo nacional del derecho al trabajo del migrante en México
4. Política migratoria del Estado mexicano
5. Participación de actores estatales y no estatales en las políticas públicas laborales en México
6. Conclusiones

1. Introducción

El concepto de migración ha sido utilizado para hacer referencia a la movilidad geográfica de las personas, el cual tiene una doble dimensión: “emigración que hace referencia a los flujos migratorios que salen de un país, e inmigración cuando estos llegan a su lugar de destino siendo ajenos al territorio de residencia”.¹ Es un fenómeno de gran complejidad con implicaciones económicas, políticas, sociales y culturales para los países de origen, destino, tránsito y retorno de personas migrantes y sus familias, como es el caso de México.

El flujo de migrantes internacionales a nivel mundial asciende a “214 millones de personas, de las cuales 40 millones son migrantes indocumentadas”.² Por lo anterior, al día de hoy, 1 de cada 33 personas en el mundo es migrante.

En México no existe registro exacto de la población total de inmigrantes irregulares. Sin embargo, estudios demográficos presentan que la mayoría de los extranjeros que se encuentran en México, ya sea de tránsito o con el afán de radicar de forma permanente, trabaja en alguna actividad remunerada. De acuerdo con los registros del Instituto Nacional de Migración, del mes de diciembre del 2012 al 25 de septiembre de 2018 se habían entregado 522 139 tarjetas de visitante regional y 87 839 tarjetas de trabajador fronterizo.³

¹ ABU-WARDA, NAHIB, “Las migraciones internacionales”, *Revista de Ciencias de las Religiones*, anexo 21, 21 de febrero, 2008, p. 34. [Consulta: 08 de agosto, 2018]. Disponible en: <https://revistas.ucm.es/index.php/ILUR/article/view/ILUR0707550033A>

² “Protocolo de Actuación para quienes Imparten Justicia en casos que afecten a personas Migrantes y Sujetas de Protección Internacional”, *Sanaemex*. [Consulta: 10 de agosto, 2018]. Disponible en: <https://sanaemex.wordpress.com/2016/06/20/protocolo-de-actuacion-migrantes/>

³ INSTITUTO NACIONAL DE MIGRACIÓN, “Protege INM con acciones y programas los derechos humanos de migrantes”, *Boletín*, núm. 42, 2018. [Consulta: 3 de octubre, 2018]. Disponible en <https://www.gob.mx/inm/prensa/protege-inm-con-acciones-y-programas-los-derechos-humanos-de-migrantes>.

Es así que el problema radica en la inseguridad laboral en la que viven miles de inmigrantes que trabajan en México. A pesar de tener constitucionalmente el reconocimiento de derechos humanos y de contar con una legislación laboral reglamentaria, que en ningún apartado condiciona el disfrute de los derechos laborales a una calidad migratoria, la realidad es que estos trabajadores viven con miedo, discriminados, perciben salarios inferiores, carecen de seguridad social y viven amenazados por sus patrones con dar aviso a las autoridades migratorias para que inicien procesos de deportación.

Dicha situación es violatoria de los derechos humanos laborales adquiridos. Con base a la teoría de derechos fundamentales de Ferrajoli, el Estado debe garantizarlos frente a entes públicos y privados, buscando eliminar las diferencias entre personas.⁴

Se debe, ante todo, buscar la eficacia en el trabajo digno de los migrantes en México, independientemente de su estatus irregular. Tal estatus se encuentra garantizado por los artículos 1 y 11 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, por la Ley de Migración y por el Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que afecten a personas migrantes y sujetas de protección internacional.

Para abordar la problemática planteada, es necesario conocer qué factores determinan la irregularidad del trabajador migrante en México y cuál es el ordenamiento jurídico aplicable, dependiendo de su estatus migratorio. Lo anterior debe analizarse en el contexto del sistema constitucional mexicano, que exige que el Estado actúe siempre atendiendo a su función social. Debe instar a los poderes públicos a corregir las desigualdades sociales y elevar al máximo rango un aparato normativo dirigido precisamente a proteger el trabajo decente del inmigrante, independientemente de su condición migratoria.

La política migratoria mexicana debe atender los derechos laborales de aquellas personas que forman parte de su población y que se encuentran bajo su esfera jurídica. Ganarse la vida dignamente es un derecho humano de rango constitucional, que debe ser respetado y garantizado por el Estado mexicano.

La migración por razones económicas o de trabajo implica enfrentar nuevos retos en cuanto a la protección y garantía de los derechos laborales. Las personas migrantes tienen los mismos derechos que se han enumerado anteriormente: de acuerdo con el artículo 1 de la Carta Magna, “todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sin importar su nacionalidad, sexo, creencia religiosa o preferencia política”.⁵

⁴ FERRAJOLI, LUIGI, *Derechos y garantías*, Madrid, Trotta, 2006, p. 24.

⁵ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 5 de febrero de 1917, *Diario Oficial de la Federación*, 15 de septiembre, 2017.

Es urgente que se genere una plataforma cuyo objetivo sea eliminar el estado de indefensión laboral en el que se encuentran los trabajadores migrantes considerados como irregulares. Es necesaria la protección real de sus derechos económicos, sociales y culturales, dada su condición de vulnerabilidad. Asimismo, se debe homologar la legislación nacional con los tratados internacionales en materia de derechos humanos, con el fin de que puedan acceder efectivamente a un trabajo digno, sin discriminación y en igualdad de circunstancias que los trabajadores nacionales.

2. Marco normativo internacional del derecho al trabajo del migrante en México

La base legislativa en materia de derechos humanos internacionales es la Declaración Universal de los Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC).⁶ Ambos pactos son vinculantes para México desde su ratificación en 1981.

El derecho a la libre circulación y al trabajo también están contemplados desde el año 1944 en la Declaración de Filadelfia de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Afirma que “Todos los seres humanos, sin distinción de raza, credo o sexo, tienen el derecho de perseguir su bien material y su desarrollo espiritual en condiciones de libertad, dignidad y seguridad económica e igualdad de oportunidades”.⁷

Por otra parte, es importante hacer referencia a la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares (ONU, 1990), en la cual se reconoce el derecho a la igualdad en el trato, protección y derechos. También reconoce su equivalencia con los nacionales.⁸ Fue ratificada por México el 8 de marzo de 1999.

En la referida convención se prevé que los Estados ratificantes no pueden excluir a ninguna categoría de trabajadores migrantes de su aplicación (artículo 88).⁹

Cabe destacar que existen muchos más ordenamientos jurídicos que protegen a los trabajadores con independencia de su nacionalidad o estatus migratorio.

⁶ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES, *Políticas Públicas sobre Migración Laboral*, México, OIM, 2010, p. 45.

⁷ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES, *Políticas Públicas sobre Migración Laboral*, México, OIM, 2010, p. 45.

⁸ “Convención internacional para la protección de los derechos de los trabajadores migratorios y sus familiares”, *Diario Oficial de la Federación*, 13 de agosto, 1999.

⁹ “Convención internacional para la protección de los derechos de los trabajadores migratorios y sus familiares”, *Diario Oficial de la Federación*, 13 de agosto, 1999.

Todos coinciden en que estos deben gozar de los mismos derechos humanos que los ciudadanos del país receptor.

Además, en forma genérica, los instrumentos internacionales sobre derechos humanos (debidamente ratificados por México) incluyen como categoría especial, dentro de los derechos económicos, sociales y culturales, a los derechos laborales de los trabajadores migrantes. Entre estos podemos destacar los parámetros de los contratos laborales, la participación en cursos de capacitación y adiestramiento, las condiciones para la reunificación familiar y la provisión de recursos contra el despido injustificado.

De la misma forma, estos instrumentos incluyen disposiciones especiales para facilitar el disfrute de servicios sociales, médicos y vivienda digna. Establecen el principio de la igualdad de trato y de oportunidades para trabajar, contemplan el derecho a la seguridad social, el reconocimiento de derechos colectivos y el acceso a procedimientos jurisdiccionales.¹⁰

Por su parte, los Convenios 97 y 143 de la OIT establecen los derechos humanos fundamentales, medidas de protección para los trabajadores migrantes y derechos laborales en caso de despido (denominado cese en la normatividad internacional), remuneración, seguridad social, salarios y prestaciones.

Para México, que es un país de origen, tránsito, destino y retorno de trabajadores migrantes, es apremiante la necesidad de establecer u optimizar su marco normativo e institucional en cuanto a los derechos humanos laborales de los migrantes, en función además de la ratificación que ha hecho de las normas internacionales vigentes en esta materia. La ratificación, ciertamente, facilita la cooperación internacional entre países, pero, a su vez, genera la responsabilidad de garantizar en el devenir diario la protección integral a los derechos laborales de los migrantes.

Si bien el sistema interamericano para la protección de los derechos humanos no prevé un instrumento específico sobre los trabajadores migratorios, estos gozan de la protección general de la Organización de Estados Americanos (OEA), la cual adoptó la Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre (1948), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José, 1969) y el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “Protocolo de San Salvador”.

La mayoría de los países garantizan el derecho de toda persona a circular libremente en el territorio. Sin embargo, condicionan la inmigración a intereses

¹⁰ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES, *Políticas Públicas sobre Migración Laboral*, México, OIM, 2010, p. 46.

sociales, políticos, económicos y demográficos,¹¹ a pesar de que existe una regulación internacional protectora de los derechos humanos a la que deben sujetarse los Estados. La Organizacional Internacional de Migración (OIM) lo señala en los siguientes términos:

La autoridad de un Estado para regular el ingreso, permanencia y remoción sobre su territorio, no es absoluta. Las obligaciones internacionales —basadas en normas internacionales— limitan la autoridad del Estado sobre asuntos de migración para proteger los derechos humanos y equilibrar los intereses de los migrantes con los intereses de los Estados.¹²

3. Marco normativo nacional del derecho al trabajo del migrante en México

La Constitución Mexicana sufrió una reforma trascendental el pasado 10 de junio de 2011. Se modificó el título primero y se sustituyó el concepto de garantías individuales por el de derechos humanos. Además se incorporaron constitucionalmente los derechos contenidos en los tratados internacionales de derechos humanos.¹³

Destaca que en el artículo 1, párrafo segundo, el constituyente ofreció una cláusula de interpretación de tales derechos al mencionar que “Las normas relativas a los derechos humanos se interpretaran de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia, favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia”.¹⁴ Igualmente, consagró la obligación del Estado mexicano de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos.

Otra reforma constitucional de importancia en el tema migratorio es la del artículo 11, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 15 de agosto del 2016. Se modificó el segundo párrafo para quedar como sigue:

¹¹ RUIZ, ÁNGEL GUILLERMO, “El derecho humano al trabajo de los trabajadores migrantes”, *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, vol. 22, p. 9.

¹² ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES, “Derecho Migratorio Internacional”, *Asociación de Profesionales y Estudiantes de Derecho*, p. 5. [Consulta: 3 de septiembre, 2018]. Disponible en <https://adederecho.files.wordpress.com/2014/03/derecho-migratorio-internacional-oim.pdf>

¹³ PELAYO, CARLOS, *Las reformas constitucionales en materia de derechos humanos*, México, Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, 2013, p. 12.

¹⁴ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 5 de febrero de 1917, *Diario Oficial de la Federación*, 15 de septiembre, 2017.

Artículo 11. Toda persona tiene derecho para entrar en la República, salir de ella, viajar por su territorio y mudar de residencia, sin necesidad de carta de seguridad, pasaporte, salvoconducto u otros requisitos semejantes. El ejercicio de este derecho estará subordinado a las facultades de la autoridad judicial, en los casos de responsabilidad criminal o civil, y a las de la autoridad administrativa, por lo que toca a las limitaciones que impongan las leyes sobre emigración, inmigración y salubridad general de la República, o sobre extranjeros perniciosos residentes en el país.

Toda persona tiene derecho a buscar y recibir asilo. El reconocimiento de la condición de refugiado y el otorgamiento de asilo político, se realizarán de conformidad con los tratados internacionales. La ley regulará sus procedencias y excepciones.¹⁵

Las reformas constitucionales antes citadas son importantes en la medida en que amplían el alcance de la interpretación de las normas a favor de toda persona, sin distingo alguno. Entre tales personas se encuentra el trabajador migrante. Sin embargo, la realidad aún nos muestra una deuda con la comunidad migratoria en condición irregular, la cual sigue siendo objeto de violación a sus derechos humanos.

En cuanto a leyes reglamentarias, tenemos que en 2011 se aprobó una nueva Ley de Migración (LM). Con ello, se renovó la legislación existente desde 1974, la cual pretende proteger los derechos humanos de todos los migrantes, incluyendo los laborales, sin importar su estatus legal, así como establecer mecanismos para que cualquier persona pueda regularizar su situación migratoria de manera voluntaria ante la autoridad y acceder a servicios médicos y educativos, entre otros.¹⁶

El artículo 11 de la LM señala que “en cualquier caso, independientemente de su situación migratoria, los migrantes tendrán derecho a la procuración e impartición de justicia, respetando en todo momento el derecho al debido proceso, así como a presentar quejas en materia de derechos humanos”.¹⁷ Esto representa un recurso muy valioso que deben ejercer los trabajadores migrantes.

La Ley Federal del Trabajo establece únicamente dos artículos relativos al trabajo de migrantes. Uno es el artículo 2, en relación directa con el 3 del

¹⁵ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 5 de febrero de 1917, *Diario Oficial de la Federación*, 15 de septiembre, 2017.

¹⁶ Centro de Información de las Naciones Unidas, “Promulgación Nueva Ley de Migración en México”, *Comunicado*, 11/127, 25 de mayo, 2011, p. 1. [Consulta: 7 de octubre, 2018]. Disponible en: <http://goo.gl/nyJGc4>

¹⁷ “Ley de Migración”, *Diario Oficial de la Federación*, 21 de abril, 2016, p. 6.

derecho a la no discriminación por condición migratoria. Sin embargo, si se revisa el artículo 42, que contiene las causales de suspensión temporal de la relación de trabajo, estipula que sin responsabilidad para el patrón se podrá suspender al trabajador que carezca de los documentos que las leyes o reglamentos establezcan (fracción vii), lo que nos remite a los permisos que contempla la Ley de Migración.

Por lo anterior, aquella persona que trabaja y carece de esa documentación reglamentaria exigida por la normatividad nacional es considerada trabajador migratorio irregular. Conforme con la definición de la Organización Internacional del Comercio, esto es “la persona que habiendo ingresado ilegalmente o tras vencimiento de su visado, deja de tener status legal en el país receptor o de tránsito”.

No se puede perder de vista que, de conformidad con las disposiciones legales antes citadas, el patrón, al contratar a un extranjero en condición irregular, debe tener claro que dicho estatus migratorio no implica de ninguna forma vulnerar los derechos laborales del trabajador.

Como lo estipula el artículo 6 de la Ley Federal del Trabajo, los tratados celebrados y aprobados por México “serán aplicables a las relaciones de trabajo en todo lo que benefician al trabajador”. Es así que la situación de los trabajadores migratorios en México es regulada también por los tratados de los cuales el Estado mexicano es partícipe mediante la ratificación. En ellos, nuestro país hace énfasis en el trato de igualdad que deben tener los trabajadores migratorios y en cómo nuestras leyes los acogerán y protegerán. No obstante, la realidad dista mucho de esta letra plasmada: condiciones de desigualdad, trámites burocráticos, intimidación por parte de los patrones, amenazas de reporte ante migración si no hacen las cosas tal y como les dicen, entre otras acciones. Esto puede incidir en la ineficacia de la referida legislación.

México ha hecho esfuerzos en el plano jurisdiccional. Una evidencia es el “Protocolo de actuación para quienes imparten justicia, en caso que afecten a migrantes y personas sujetas de protección internacional”, emitido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Con él se busca que todo juzgador elimine actuaciones judiciales que generen actos de discriminación en contra de los migrantes y, ante todo, que se les garantice el acceso a la justicia pronta, expedita y completa.

En dicho protocolo se presentan los principios generales para la actuación jurisdiccional en todos sus niveles en los casos en los cuales se involucren personas migrantes: *a)* No discriminación e igualdad, *b)* Propersona, *c)* Universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, *d)* No devolución, *e)* Interés superior del niño, niña o adolescente migrante, *f)* Unidad familiar, *g)* No

revictimización, h) Presunción de inocencia, i) Gratuidad, j) Beneficio de la duda, k) Asistencia humanitaria y protección.¹⁸

4. Política migratoria del Estado mexicano

Para iniciar el presente punto se considera fundamental la definición de “política pública migratoria”. Al efecto, citaremos el artículo 2 de la Ley de Migración:

El conjunto de decisiones estratégicas para alcanzar objetivos determinados que con fundamento en los principios generales y demás preceptos contenidos en la presente Ley, se plasman en el Reglamento, normas secundarias, diversos programas y acciones concretas para atender el fenómeno migratorio de México de manera integral, como país de origen, tránsito, destino y retorno de migrantes.¹⁹

Es importante mencionar que a la fecha de la redacción del presente artículo no existe el Plan Nacional de Desarrollo del gobierno mexicano en funciones. Su elaboración se encuentra en proceso. Tiene como fecha límite de presentación al Congreso de la Unión el día 30 de abril del 2019, para su discusión y aprobación.

Ante la inexistencia de programas generados por la administración federal 2018-2024, se procede al análisis de las políticas públicas migratorias que prevalecieron en México en el sexenio que concluyó el mes de noviembre del año 2018, mismas que giraban sobre cinco estrategias planteadas en el Plan Nacional de Desarrollo 2013-2018, las cuales consistían en ofrecer asistencia y protección consular a todos aquellos mexicanos que lo requieran; crear mecanismos para la reinserción de las personas migrantes de retorno y fortalecer los programas de repatriación; facilitar la movilidad internacional de personas en beneficio del desarrollo nacional; diseñar mecanismos de coordinación interinstitucional y multisectorial, para el diseño, implementación, seguimiento y evaluación de la política pública en materia migratoria; y garantizar los derechos de las personas migrantes, solicitantes de refugio, refugiadas y beneficiarias de protección complementaria.²⁰

¹⁸ “Protocolo de actuación para quienes Imparten Justicia en casos que afecten a personas Migrantes y Sujetas de Protección Internacional”, *Sanaemex*. [Consulta: 10 de agosto, 2018]. Disponible en: <https://sanaemex.wordpress.com/2016/06/20/protocolo-de-actuacion-migrantes/>

¹⁹ “Ley de Migración”, *Diario Oficial de la Federación*, 21 de abril, 2016.

²⁰ “Plan Nacional de Desarrollo 2013-2018”, *Diario Oficial de la Federación*. [Consulta: 27 de marzo, 2018]. Disponible en http://www.dof.gob.mx/nota_detalle_popup.php?codigo=5299465

De acuerdo con lo anterior, consideramos que estas estrategias se encontraban focalizadas principalmente en el mexicano en el exterior o retornado. Únicamente los puntos 4 (en un segmento) y 5 tenían enfoque en los migrantes que se encuentran en nuestro país en busca de trabajo, ya sea de forma definitiva o de paso, en situación regular o irregular.

Al mes de mayo del 2019, no existe un análisis de resultados de las estrategias antes señaladas. Sin embargo, resulta pertinente citar las principales conclusiones del Programa Sectorial de Trabajo y Previsión Social 2013-2018 (PSTPS) realizado por el Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social (Coneval), mismas que resultan aplicables al tema de estudio del presente artículo.

Es un programa congruente y pertinente, y se encuentra en general alineado a los programas presupuestarios asociados. Sin embargo, hacen falta desarrollos institucionales nodales para lograr una política laboral moderna, en particular para la activación de trabajadores hacia la economía formal y para apoyar a discapacitados y mujeres mediante programas de mayor cobertura y que provean servicios en forma personalizada (es decir, los programas modernos de activación no se basan en subsidios o medidas generales, sino que identifican la condición especial de la persona y proveen apoyos acordes a sus circunstancias).²¹

El Instituto Nacional de las Mujeres publicó en su dominio de internet el directorio sobre programas y subprogramas que el gobierno federal ofrece a los migrantes. Particulariza, en este caso, los de empleo a través de la Secretaría del Trabajo y Previsión Social (STPS) y la Secretaría de Hacienda y Crédito Público (SHCP).

La STPS cuenta con cinco programas, tres de los cuales se dirigen sólo a personas mexicanas: Feria del Empleo, Mecanismo de Movilidad Laboral (para trabajos temporales en Canadá y Estados Unidos) y Trabajadores agrícolas temporales México-Canadá; los otros dos incluyen a personas mexicanas y extranjeras: Servicio Nacional de Empleo por Teléfono y Portal del Empleo, pero en este último se requiere computadora con acceso a internet y la Clave Única del Registro de Población (CURP), lo que sin duda dificulta la inclusión del migrante irregular.

²¹ Coneval, "Conclusiones al Programa Sectorial de Trabajo y Previsión Social 2013-2018 (pstps), Coneval. [Consulta: 16 de abril, 2018]. Disponible en: <https://www.coneval.org.mx/Evaluacion/IEPSM/Paginas/Plan-Nacional-de-Desarrollo-2013-2018-Balance-del-Sexenio.aspx>

Además, esta dependencia tiene tres subprogramas enfocados únicamente a personas mexicanas: Subprograma Movilidad Laboral Agrícola; Subprograma Movilidad Laboral Sectores Industrial y de Servicios, así como el Subprograma Repatriados Trabajando (para connacionales repatriados que se encuentran en la frontera de México con Estados Unidos).

La SHCP solo cuenta con el Fondo de Apoyo a Migrantes, el cual se enfoca en los trabajadores mexicanos de retorno.

Al respecto, la Unidad de Política Migratoria incorpora entre sus planes de trabajo a la Procuraduría Federal de la Defensa del Trabajo (Profedet), órgano desconcentrado de la STPS que tiene como misión asesorar y representar gratuitamente a cualquier trabajador. Además, propone soluciones a los conflictos entre trabajadores y empleadores por medio de la conciliación. La desventaja de este programa es la nula información respecto a su existencia y función, lo que deja al migrante imposibilitado para usarlo y, en consecuencia, para defender sus derechos laborales.

Por lo anterior, es necesario destacar doce programas implementados por el Estado mexicano para la protección de los derechos de los migrantes y sus familiares (véase la tabla 1).

Tabla 1. Programas para la protección de los migrantes y familias

1. Programa Frontera Sur, implementado desde marzo 2008, que posibilita el otorgamiento de las formas migratorias de trabajador fronterizo (FMTF) y de visitante local (FMVL) a trabajadores migratorios guatemaltecos y beliceños.
2. Programa de regularización migratoria vigente desde noviembre 2008 hasta mayo de 2011.
3. Manual de criterios y trámites migratorios del Instituto Nacional de Migración (INM), enero 2010.
4. Programa de regularización migratoria 2011.
5. Estrategia de prevención y atención a niños y adolescentes migrantes y repatriados no acompañados.
6. La adopción de la estrategia integral para la prevención y el combate al secuestro de migrantes.
7. El establecimiento del grupo técnico de secuestro de migrantes.
8. Los diferentes programas establecidos por el Estado para brindar asistencia a trabajadores mexicanos en el exterior, así como las medidas adoptadas para facilitar la reintegración de los trabajadores migratorios repatriados a México, como el portal electrónico e-Migrantes, el programa de repatriación humana y el programa de repatriación voluntaria al interior.
9. Programa Nacional para Prevenir y Sancionar la Trata de Personas.

- | |
|--|
| 10. Adopción por el Instituto Nacional de Migración (INM) de protocolos para la detección, identificación y atención de extranjeros víctimas de delitos y la posibilidad de otorgamiento de visados para la estancia legal de víctimas y testigos de delitos. |
| 11. Acuerdo por el que se emiten normas para el funcionamiento de las estaciones migratorias, en vigor desde el 8 de octubre de 2009. |
| 12. Conjunto de medidas adoptadas para mejorar las condiciones de las estaciones migratorias, para reducir el hacinamiento y el tiempo de permanencia en las mismas, para facilitar el acceso a asistencia médica, así como el acceso de los albergues a comunicación con el exterior. |

Fuente: ISLAS COLÍN, ALFREDO, “Trabajadores migrantes en México: Análisis normativo”, *Barataria, Revista Castellano-Manchego de Ciencias Sociales*, núm. 23, pp. 13-50.

De los programas enumerados con anterioridad, resalta la ausencia de esquemas institucionales enfocados a la inclusión laboral del trabajador migrante con estatus irregular en México.

En este contexto, independientemente de la situación migratoria de las personas, se debe de aplicar lo establecido por la Ley Federal del Trabajo en su artículo 2: “propiciar el trabajo digno o decente en todas las relaciones laborales, el cual se entiende como aquél en el que se respeta plenamente la dignidad humana del trabajador”.²² Al respecto, consideramos que son casi nulos los mecanismos para asegurar su cumplimiento, específicamente, para verificar las condiciones laborales de los trabajadores migrantes.

a) El desarrollo y nivel de eficacia de las políticas públicas laborales vigentes en México con relación al trabajador migrante

Como se puede ver, el esfuerzo de México no es suficiente, ciertamente se ha promovido la discusión de múltiples aspectos vinculados con la migración laboral, buscando en el discurso un enfoque integral que tenga como centro a la persona migrante, mismo que desgraciadamente no se ve reflejado en su estructura jurídica y administrativa.

Es así que aún estamos lejos de adoptar políticas públicas en materia laboral que tiendan a potencializar individual y colectivamente a los trabajadores migrantes, buscando ante todo que se respeten sus derechos laborales y de seguridad social, lo anterior se puede corroborar con el documento denominado “Observaciones finales sobre el tercer informe periódico de México”, realizado por

²²Ley Federal del Trabajo, *Diario Oficial de la Federación*, 1 de mayo de 2019.

el Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, que en su punto 29 señala lo siguiente:

El Comité observa que todavía existen brechas legislativas y prácticas que afectan los derechos de las trabajadoras migrantes. Le preocupa que muchas migrantes que trabajan en sectores feminizados, como el trabajo doméstico, no cuentan con garantías legales para la protección de sus derechos laborales, en un marco de igualdad y no discriminación. Asimismo, observa que pocas mujeres migrantes tienen acceso al trabajo decente en sectores tales como la agricultura. Nota con preocupación que la legislación no contempla la reparación del daño a los trabajadores que perdieron el trabajo como consecuencia de hostigamiento y acoso sexual.²³

Independientemente de su situación migratoria, el respeto a los derechos humanos laborales de los migrantes irregulares sigue siendo un reto en México, esta tarea requiere corresponsabilidad de todos los actores, incluyendo la participación de la sociedad civil, el sector privado, la academia y expertos, así como de los tres órdenes de gobierno (federal, estatal y municipal).

5. Participación de actores estatales y no estatales en las políticas públicas laborales en México

Entre las instituciones relacionadas con la política migratoria en forma directa o indirecta, destacan los actores estatales y los no estatales.

Para efecto del presente capítulo llamaremos actores estatales a todas las estructuras que operan por conducto del Estado. Entre los cuales encontramos los siguientes.

A la Secretaría de Gobernación le corresponde, de acuerdo con el artículo 27, fracción 33 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal (LOAPF), “Formular y dirigir la política migratoria, así como vigilar las fronteras del país y los puntos de entrada al mismo por tierra, mar o aire, garantizando en términos de ley la libertad de tránsito, en coordinación con las demás autoridades competentes”.²⁴

²³ “Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares”, *Naciones Unidas*. [Consulta: 16 de abril, 2018]. Disponible en: <https://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=22070&LangID=S>

²⁴ “Ley Orgánica de la Administración Pública Federal”, *Diario Oficial de la Federación*, 15 de junio, 2018.

La Comisión Mexicana de Ayuda a Refugiados es un órgano desconcentrado de la Secretaría de Gobernación encargado de conducir la política en materia de refugiados y protección complementaria, así como gestionar acciones de asistencia desde el inicio del procedimiento con pleno respeto a los derechos humanos.²⁵

La Unidad de Política Migratoria (UPM) tiene como principal objetivo proponer la política migratoria del país. Toma en consideración los principios establecidos por la Ley de Migración. Está adscrita a la Subsecretaría de Población, Migración y Asuntos Religiosos.²⁶

De acuerdo con el artículo 19 de la Ley de Migración, el Instituto Nacional de Migración “es un órgano administrativo desconcentrado de la Secretaría, que tiene por objeto la ejecución, control y supervisión de los actos realizados por las autoridades migratorias en territorio nacional, así como la instrumentación de políticas en la materia, con base en los lineamientos que expida la misma Secretaría”.²⁷

La Secretaría del Trabajo y Previsión Social (STPS) tiene entre sus atribuciones algunas que se relacionan con la política migratoria. Se encuentran señaladas en algunas fracciones del artículo 40 de la LOAPF: “I. Vigilar la observancia y aplicación de las disposiciones relativas contenidas en el artículo 123 y demás de la Constitución Federal, en la Ley Federal del Trabajo y en sus reglamentos [...] III. Intervenir en los contratos de trabajo de los nacionales que vayan a prestar sus servicios en el extranjero, en cooperación con las Secretarías de Gobernación, de Economía y de Relaciones Exteriores [...] y VII. Establecer y dirigir el servicio nacional de empleo y vigilar su funcionamiento”.²⁸

Los actores no estatales que consideramos de mayor importancia en el tema de políticas públicas enfocadas a la migración laboral son los empresarios, los sindicatos, las organizaciones de la sociedad civil y las asociaciones de migrantes.

La coordinación de las entidades gubernamentales con los principales sectores no estatales involucrados en el tema laboral de los migrantes es indispensable para generar una política laboral eficiente para estas personas.

Una política integral de empleo de migrantes, debe contar con una comunicación integral de sus interlocutores, y en esta cadena no podemos dejar fuera a los empleadores, es decir, al sector empresarial.

²⁵ “Comisión Mexicana de Ayuda a Refugiados”, *Gobierno de México*. [Consulta: 12 de abril, 2019]. Disponible en: <https://www.gob.mx/comar/que-hacemos>

²⁶ “Unidad de política migratoria, registro e identidad de las personas”, *Gobierno de México*. [Consulta: 25 de mayo, 2011]. Disponible en: http://www.politicamigratoria.gob.mx/es_mx/SEGOB/quienes_somos_UPM

²⁷ “Ley de Migración”, *Diario Oficial de la Federación*, 21 de abril, 2016.

²⁸ Ley Orgánica de la Administración Pública Federal. *Diario Oficial de la Federación*, 12 de abril del 2019

Las Cámaras de Comercio realizan estudios de mercado de mano de obra y bolsas de empleo que proporcionan información valiosa para la toma de decisiones en materia de políticas públicas laborales. Por ello, son actores a los cuales se debe poner atención.²⁹

Algunos autores se oponen a reconocer a los sindicatos como actores no gubernamentales en materia de políticas públicas. Sin embargo, la OIM ha planteado que los sindicatos son importantes en el proceso de migración laboral, ya que funcionan como representantes de los trabajadores nacionales y migrantes en defensa de sus derechos laborales y se vinculan con organismos gubernamentales para contratación y condiciones laborales de los trabajadores migrantes.³⁰

Estamos de acuerdo con que se debe generar mayor participación de los sindicatos en las políticas públicas laborales. De conformidad con la Ley Federal del Trabajo, el sindicato es el representante de la colectividad de los trabajadores, el que puede accionar el derecho a huelga en caso de incumplimiento. Por lo anterior, los migrantes tendrían la posibilidad de mayor presencia al ser representados por organizacionales sindicales que cumplan realmente con los fines para los que fueron creados, de conformidad con las normas aplicables.

De acuerdo con la OEA, se entenderá por organización de la sociedad civil a “toda institución, organización o entidad nacional o internacional integrada por personas naturales o jurídicas de carácter no gubernamental”.³¹

En México, no existe un registro exacto de las organizaciones de la sociedad civil constituidas. Sin embargo, existen estimaciones que hablan de 20 000 a 35 000 en todo el territorio nacional.³² De estas, cabe señalar que 57 se dedican a la protección de migrantes en nuestro país.³³

Las organizaciones de la sociedad civil que brindan atención a los migrantes tienen como principal objetivo ofrecerles asistencia y apoyo, defender sus derechos y utilizar los canales de comunicación para denunciar los abusos en su contra. Cabe mencionar que algunas de estas asociaciones participan políticamente para presentar iniciativas de ley o la creación de planes o programas

²⁹ GUZMÁN, LORENA, “*Estudio regional sobre políticas públicas de integración de migrantes en Centroamérica y México*”. Sin Fronteras, I.A.P., Ciudad de México, 2016.

³⁰ Organización Internacional para las Migraciones (OIM), “Políticas Públicas sobre Migración Laboral”, México, D.F. p. 110, 2010.

³¹ Organización Internacional para las Migraciones (OIM), “Políticas Públicas sobre Migración Laboral”, México, D.F. p. 107, 2010.

³² BOBES, CECILIA, PARDO, ANA MELISA, Política migratoria en México: Legislación, imaginarios y actores. FLACSO. Ciudad de México, p. 105, 2016.

³³ Propuesta Cívica, A.C., Atlas de las Organizaciones de la Sociedad Civil dedicadas a la protección de migrantes en México. Lecciones para su fortalecimiento. Consultado 26-IV-2019 en <http://www.propuestacivica.org.mx/acervo-virtual.html>

de protección a los derechos humanos de la comunidad migrante. Se enfocan en los que se encuentran en calidad migratoria irregular.

Llegar a los propios migrantes como actores nos parece básico. Pudiera parecer lógica su inclusión en las políticas públicas; sin embargo, dado el diseño de las mismas, podemos concluir que no se toma en cuenta al principal involucrado en el proceso, es decir, a aquella persona que decida, de forma permanente o transitoria, estar en México, un ser humano que ante diferentes factores (los cuales deben ser objeto de valoración y correspondiente clasificación) decide abandonar su lugar de nacimiento para enfrentarse a nuevos retos, que ante la falta de políticas públicas armonizadas con el marco normativo pueden hacer imposible el objetivo o incluso en situación aún más extrema, con el riesgo inminente de perder la vida.

6. Conclusiones

Hay mucho trabajo por hacer de parte del Estado mexicano. Habría que pensar en el diseño de mejores políticas públicas, más incluyentes y que no estén basadas en disminuir la migración, sino en cómo hacerla más digna, reconociendo y respetando las garantías de los migrantes, su personalidad jurídica, sus derechos de debido proceso y acceso a la justicia, entre otros factores.

Se deben garantizar los derechos laborales de los trabajadores migrantes, independientemente de su estatus migratorio. Se debe asegurar su acceso a prestaciones iguales que a los connacionales, su derecho a procesos judiciales que les reconozcan o restituyan en el goce de un derecho laboral vulnerado. Es necesario que se implementen los mecanismos adecuados que tiendan a la eficacia del marco normativo internacional y nacional del derecho al trabajo del migrante irregular en México.

En la política migratoria interna del Estado mexicano, se han registrado algunos avances, pero actualmente, por ser un país de origen, tránsito y retorno de migrantes, tiene además un gran desafío: atender la dimensión supranacional de este fenómeno. En este último punto se identifica una estructura institucional mundial que enmarca a la migración y al desarrollo en la perspectiva de los derechos humanos, la igualdad y la sostenibilidad que forman parte de la agenda global de desarrollo post 2015, cuya visión y principios deben guiar las políticas públicas diseñadas por los Gobiernos en su ámbito territorial. Se pretende que estas estén alineadas a nivel global, regional y nacional, lo que implica para México y el resto de los países un mayor compromiso y corresponsabilidad.

La ONU, dada su importancia, juega un papel protagónico en la gobernanza de la migración internacional que tiene implicaciones no sólo en la generación de espacios de diálogo, agendas e instrumentos internacionales; su intervención debe traducirse en políticas migratorias globales eficaces, y en su cooperación a través de programas y financiamiento para atender esta compleja problemática que afecta a millones de seres humanos.

Con base en lo anterior, consideramos necesarios formular las siguientes recomendaciones:

1. Proporcionar información adecuada, explicada en términos que puedan ser comprendidos por todos los migrantes, sobre sus derechos laborales mínimos y las acciones por seguir en caso de negativa de acceso a los mismos o su violación.

2. Buscar el mayor aprovechamiento del presupuesto designado a los actores estatales que tienen atribuciones en materia migratoria, evaluando la eficiencia de programas de trabajo, con su correspondiente mejora o la eliminación de aquellos que no presenten resultados favorables.

3. Desarrollar un sistema nacional y estatal de registro de las características socioeconómicas de las personas migrantes, realizando estudios sobre las posibilidades de favorecer la complementariedad de los mercados laborales con los países de la región, así como facilitar la obtención de la documentación migratoria.

4. Promover campañas para informar adecuadamente a los empleadores y trabajadores migratorios (con enfoque en los que se encuentren en estatus irregular) acerca de sus derechos y obligaciones, así como generar estímulos fiscales para los patrones que contraten migrantes, ampliando el beneficio en proporción a la vulnerabilidad del trabajador, esto como una estrategia para reducir la desigualdad, y prevenir o erradicar su exclusión social.

5. Fortalecer la profesionalización de los funcionarios de la STPS, en cuanto a su capacitación, a efecto de que cuenten con las herramientas necesarias para acompañar al migrante irregular en su proceso de regularización, contratación y permanencia en el trabajo.

6. Realizar proyectos de capacitación para migrantes, con el fin de reforzar sus habilidades laborales e implementar estrategias que faciliten su colocación o permanencia en un empleo formal.

7. La atención del fenómeno migratorio requiere de financiamiento, por lo que se considera vital la aprobación de partidas presupuestales que permitan brindar a los migrantes la protección y servicios a los que se ha comprometido el Estado mexicano.

Ante todo, se debe buscar el empoderamiento de los trabajadores migrantes para que superen el duelo que viven al haber dejado lo poco o mucho que tenían en sus países de origen. Es un gran reto que, sin duda, requiere del trabajo de todos. Es momento de implementar acciones que construyan una representación sólida de los involucrados.

Bibliografía

- ABU-WARDA, NAHIB, “Las migraciones internacionales”, *Revista de Ciencias de las Religiones*, anexo 21, 21 de febrero, 2008. [Consulta: 08 de agosto, 2018]. Disponible en: <https://revistas.ucm.es/index.php/ILUR/article/view/ILUR0707550033A>
- CENTRO DE INFORMACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, “Promulgación Nueva Ley de Migración en México”, *Comunicado*, 11/127, 25 de mayo, 2011. [Consulta: 7 de octubre, 2018]. Disponible en: <http://goo.gl/nyJGc4>
- “Comisión Mexicana de Ayuda a Refugiados”, *Gobierno de México*. [Consulta: 12 de abril, 2019]. Disponible en: <https://www.gob.mx/comar/que-hacemos>
- “Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares”, *Naciones Unidas*. [Consulta: 16 de abril, 2018]. Disponible en: <https://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=22070&LangID=S>
- Coneval, “Conclusiones al Programa Sectorial de Trabajo y Previsión Social 2013-2018 (PSTPS)”, *Coneval*. [Consulta: 16 de abril, 2018]. Disponible en: <https://www.coneval.org.mx/Evaluacion/IEPSM/Paginas/Plan-Nacional-de-Desarrollo-2013-2018-Balance-del-Sexenio.aspx>
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 5 de febrero de 1917, *Diario Oficial de la Federación*, 15 de septiembre, 2017.
- “Convención internacional para la protección de los derechos de los trabajadores migratorios y sus familiares”, *Diario Oficial de la Federación*, 13 de agosto, 1999.
- FERRAJOLI, LUIGI, *Derechos y garantías*, Madrid, Trotta, 2006.
- INSTITUTO NACIONAL DE MIGRACIÓN, “Protege INM con acciones y programas los derechos humanos de migrantes”, *Boletín*, núm. 42, 2018. [Consulta: 3 de octubre, 2018]. Disponible en <https://www.gob.mx/inm/prensa/protege-inm-con-acciones-y-programas-los-derechos-humanos-de-migrantes>
- ISLAS COLÍN, ALFREDO, “Trabajadores migrantes en México: Análisis normativo”, *Barataria, Revista Castellano-Manchego de Ciencias Sociales*, núm. 23.
- “Ley de Migración”, *Diario Oficial de la Federación*, 21 de abril, 2016.
- “Ley Orgánica de la Administración Pública Federal”, *Diario Oficial de la Federación*, 15 de junio, 2018.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES, “Derecho Migratorio Internacional”, *Asociación de Profesionales y Estudiantes de Derecho*. [Consulta: 3 de septiembre, 2018]. Disponible en <https://adederecho.files.wordpress.com/2014/03/derecho-migratorio-internacional-oim.pdf>

- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES, *Políticas Públicas sobre Migración Laboral*, México, OIM, 2010.
- PELAYO, CARLOS, *Las reformas constitucionales en materia de derechos humanos*, México, Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, 2013.
- PÉREZ LUÑO, ANTONIO ENRIQUE, *Los derechos fundamentales*, Madrid, Tecnos, 2004.
- “Plan Nacional de Desarrollo 2013-2018”, *Diario Oficial de la Federación*. [Consulta: 27 de marzo, 2018]. Disponible en http://www.dof.gob.mx/nota_detalle_popup.php?codigo=5299465
- “Protocolo de actuación para quienes Imparten Justicia en casos que afecten a personas Migrantes y Sujetas de Protección Internacional”, *Sanaemex*. [Consulta: 10 de agosto, 2018]. Disponible en: <https://sanaemex.wordpress.com/2016/06/20/protocolo-de-actuacion-migrantes/>
- RUIZ, ÁNGEL GUILLERMO, “El derecho humano al trabajo de los trabajadores migrantes”, *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, vol. 22.
- “Unidad de política migratoria, registro e identidad de las personas”, *Gobierno de México*. [Consulta: 25 de mayo, 2011]. Disponible en: http://www.politicamigratoria.gob.mx/es_mx/SEGOB/quienes_somos_UPM
- LÓPEZ MEDINA, DIEGO EDUARDO, *El Derecho de los Jueces*, Bogotá, Legis - Universidad de los Andes, 2006.
- MELO, JORGE ORLANDO, *Historia mínima de Colombia*, México, El Colegio de México - Turner, 2017.
- OCAMPO LÓPEZ, JAVIER, *¿Qué es el Conservatismo Colombiano?* Bogotá, Planeta, 1991.
- POMBO, MANUEL y GUERRA, JOSÉ JOAQUÍN, *Constituciones de Colombia, tomo 4*, Colombia, Fondo de Promoción de la Cultura del Banco Popular, 1986.
- RIVADENEIRA VARGAS, ANTONIO JOSÉ, *Historia Constitucional de Colombia 1510-1978*, Bogotá, Horizontes, 1978.
- VALDERRAMA ANDRADE, CARLOS, *Miguel Antonio Caro y la Regeneración*, Bogotá, Instituto Caro y Cuervo, 1997.

Reforma constitucional de la justicia en materia laboral: ejemplo de omisión legislativa*

Constitutional Reform of Labor Justice: As an example: Legislative Omission

Verónica Lidia Martínez Martínez**

RESUMEN

El presente trabajo analiza las acciones y omisiones normativas que en los ámbitos federal y local han prevalecido en lo referente a dos aspectos centrales de la reforma constitucional en materia de justicia laboral: la etapa de conciliación previa y obligatoria a la interposición del procedimiento laboral correspondiente y la instauración de los tribunales laborales dependientes del poder judicial federal y de los poderes judiciales locales.

PALABRAS CLAVE: Conciliación, omisión legislativa, justicia laboral, tribunales laborales.

ABSTRACT

The present work analyzes the actions and omissions that in the Federal and local spheres have prevailed in relation to two central aspects of the Constitutional Reform in the area of Labor Justice: The compulsory and previous conciliation phase and preceding prior to the interposition of the corresponding labor procedure and the establishment of Labor Courts dependent on the Federal and local Judicial Powers.

KEY WORDS: Conciliation, legislative omission, labor justice, labor courts.

* Artículo de investigación. Recibido el 6 de noviembre de 2018 y aceptado para su publicación el 10 de julio de 2019.

** Profesora investigadora en la Universidad Anáhuac, Campus Norte, México. (marb_cap@hotmail.com)
orcid.org/0000-0002-7927-3006

VERÓNICA LIDIA MARTÍNEZ MARTÍNEZ

SUMARIO

1. Introducción
2. La etapa de conciliación a nivel federal y local
3. Judicialización de la justicia laboral a nivel federal
4. La justicia laboral en las entidades federativas
5. A modo de conclusión

1. Introducción

El 24 de febrero de 2017 en el Diario Oficial de la Federación se publicó el decreto por el que se reforman y adicionan los artículos 107 y 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de justicia laboral. Las modificaciones que introduce la reforma constitucional laboral en el ámbito procesal son las siguientes:

- La creación del organismo descentralizado de la Administración Pública Federal y de los centros de conciliación laborales que funcionaran en cada entidad federativa y en la Ciudad de México para atender y resolver los conflictos laborales a través de la conciliación como mecanismo de solución de controversias.
- La desaparición de las juntas de conciliación y arbitraje y la creación de los tribunales laborales dependientes del poder judicial federal y de los poderes judiciales locales que tendrán a su cargo la resolución de las diferencias entre los empleadores y los trabajadores.

Alrededor del cumplimiento de la reforma constitucional en materia de justicia laboral, existen cuestionamientos sobre la instauración de los tribunales laborales y la permanencia de las juntas de conciliación y arbitraje, además de desinformación, mitos y barruntos sobre los procedimientos bajo los que se han de tramitar y resolver las controversias obrero-patronales. Por lo tanto, el presente trabajo analiza el panorama normativo de la citada reforma aprobada en 2017 y sus repercusiones.

Desde el punto de vista metodológico, la investigación requirió del análisis de las iniciativas y distintos ordenamientos que se han expedido y reformado para cumplimentar la reforma constitucional laboral. Esto fue de gran utilidad

para identificar los avances legislativos, la falta de regulación y las deficiencias procedimentales que existen a nivel federal y local en la instancia de conciliación previa a la instauración de los procedimientos laborales y a la concreción de la judicialización de la justicia laboral.

2. La etapa de conciliación a nivel federal y local

Los mecanismos alternativos de solución de controversias o medios de solución de conflictos son procedimientos distintos a los jurisdiccionales que tienen como objetivo resolver conflictos de intereses entre dos partes.¹ Dentro de este tipo de medios se encuentran la mediación, la negociación, la conciliación y el arbitraje.

La reforma constitucional laboral de 2017, inspirada en el modelo argentino que estableció un régimen de conciliación obligatoria en los reclamos individuales como condición para el acceso a la justicia,² a nivel local reproduce como medio alternativo de solución de controversias el modelo de conciliación a cargo de los centros de conciliación. Se reservó la regulación de su integración y funcionamiento a las leyes de las entidades federativas. Los estados de Campeche, Chiapas, Guanajuato, Nuevo León, Morelos, Nayarit, Quintana Roo e Hidalgo reformaron sus textos constitucionales para crear los centros de conciliación laborales, en cumplimiento a lo dispuesto en el artículo segundo transitorio del decreto por el que se reforman y adicionan los artículos 107 y 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de justicia laboral.

De manera general, en las normas constitucionales locales se regulan los aspectos referentes a la integración de los centros de conciliación laborales, así como los requisitos, atribuciones y responsabilidades que deben reunir los titulares de estos centros de conciliación. Su designación es una facultad del Congreso de la entidad federativa, en tanto que la propuesta para su aprobación y su remoción es una facultad y obligación que se impone al ejecutivo estatal. Además, se consigna el término para la expedición de la normatividad para materializar la reforma constitucional en materia de justicia laboral y la condición para que entren en funciones los centros de conciliación laborales. En la mayoría de las

¹ MÁRQUEZ ALGARA, MA. GUADALUPE Y DE VILLA CORTÉS, JOSÉ CARLOS, "Medios alternos de solución de conflictos," en Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot (coord.), *Derechos Humanos en la Constitución: Comentarios de jurisprudencia constitucional e interamericana I*, México, UNAM - Suprema Corte de Justicia de la Nación - Fundación Konrad Adenauer, 2013, p. 1587.

² SÁNCHEZ CASTAÑEDA, ALFREDO, "La jurisdicción laboral: De juntas tripartitas a tribunales de trabajo", en Francisco Ibarra Palafox y Pedro Salazar Ugarte (coords.), *Cien años para el centenario. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, tomo 2: Estudios jurídicos, México, UNAM, 2017, p. 397.

VERÓNICA LIDIA MARTÍNEZ MARTÍNEZ

normativas esta condición se sujeta a la entrada en vigor de la reforma a la Ley Federal del Trabajo, donde se reglamentará el procedimiento que habrá de observarse en la instancia conciliatoria previa a la interposición de la demanda.

A pesar de que es inexistente la reforma a la Constitución Política del estado de Chihuahua, el 17 de febrero de 2018 se publicó la Ley del Centro de Conciliación Laboral que, junto con la Ley Orgánica del Centro de Conciliación Laboral del estado de Campeche y la Ley del Centro de Conciliación Laboral del estado de Hidalgo,³ crean los centros de conciliación laboral de los estados de Chihuahua, Campeche e Hidalgo, bajo la naturaleza jurídica de organismos públicos descentralizados⁴ en cumplimiento al texto constitucional federal.

Los tres ordenamientos regulan la integración, administración, organización, funcionamiento atribuciones y patrimonio de los centros de conciliación laborales en los estados de Chihuahua, Campeche e Hidalgo, que comenzarán a prestar el servicio público de conciliación a la entrada en vigor de la reforma a la Ley Federal del Trabajo.⁵

El resto de las legislaturas de las entidades federativas han incurrido en una omisión legislativa absoluta ante la falta de reforma a sus textos constitucionales y leyes secundarias para implementar la reforma en materia de justicia laboral en la que el Poder Reformador de la Constitución mexicana les otorgó el mandato constitucional (*Verfassungsauftrag*) de ejercicio expreso. Este consiste en realizar las adecuaciones legislativas para que se instituyan los centros de conciliación laborales a los que se les encomendó la función conciliatoria previa al procedimiento laboral correspondiente que ha de seguirse ante los tribunales laborales dependientes de los poderes judiciales locales.

La omisión legislativa, regulada en los textos constitucionales de los estados de Chiapas, Durango, Tlaxcala, Quintana Roo, Yucatán, Veracruz, la Ciudad de México, además de la Ley de Justicia Constitucional Local del estado de Coahuila de Zaragoza, se presenta cuando existe un mandato constitucional que establece de

³ La Comisión Nacional de Derechos Humanos impugnó la Ley del Centro de Conciliación Laboral del estado de Hidalgo por considerar que vulnera el derecho de igualdad y el principio de no discriminación, toda vez que su artículo 14 excluye a los mexicanos por naturalización de la posibilidad de acceder al cargo de director general del Centro de Conciliación Laboral.

⁴ "Ley del Centro de Conciliación Laboral del estado de Chihuahua", *Congreso Chihuahua*. [Consulta: 13 de noviembre, 2018]. Disponible en: <http://www.congresochihuahua2.gob.mx/bibli>

"Ley del Centro de Conciliación Laboral del estado de Hidalgo", *Congreso Hidalgo*. [Consulta: 23 de noviembre, 2018]. Disponible en: http://www.congreso-hidalgo.gob.mx/biblioteca_legislativa/Leyes/Ley%20del%20Centro%20de%20Conciliacion%20Laboral%20del%20Estado%20de%20Hidalgo.pdf

⁵ "Ley del Centro de Conciliación Laboral del estado de Chihuahua", *Congreso Chihuahua*. [Consulta: 13 de noviembre, 2018]. Disponible en: <http://www.congresochihuahua2.gob.mx/bibli>

"Ley del Centro de Conciliación Laboral del estado de Hidalgo", *Congreso Hidalgo*. [Consulta: 23 de noviembre, 2018]. Disponible en: http://www.congreso-hidalgo.gob.mx/biblioteca_legislativa/Leyes/Ley%20del%20Centro%20de%20Conciliacion%20Laboral%20del%20Estado%20de%20Hidalgo.pdf

manera precisa el deber de legislar en un determinado sentido y esa obligación ha sido incumplida de manera total o parcial, durante un período temporal excesivo frente al derecho subjetivo a la legislación o derecho recíproco a la legislación o “normación” y al procedimiento efectivo de ese derecho.⁶

Para declarar la inconstitucionalidad por omisión legislativa, el juzgador ha de revisar los elementos siguientes: *a)* Que existe un mandato normativo expreso (de la Constitución, de un tratado internacional o de una ley); *b)* Se configura la omisión del cumplimiento de la obligación por parte del legislador o funcionario competente de cualquiera de los órganos públicos; y, *c)* La omisión produce la violación de un derecho.

Los anteriores elementos se reúnen en el caso que nos ocupa, ante la existencia de la facultad de legislar lo referente a la impartición de justicia en materia laboral conferida por la reforma constitucional de 2017 a los órganos legislativos en los niveles federal y local. Por su parte, el Congreso de la Unión y las legislaturas de las entidades federativas han incumplido con el correlativo mandato de legislar lo referente a la integración y designación del personal que se adscriba a los centros de conciliación laboral con sus correspondientes atribuciones en el término computado a partir de la vigencia del decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de justicia laboral. Esto impide hacer efectivos ciertos derechos, como el derecho a la conciliación y el acceso a la justicia previstos de manera general en el artículo 17 constitucional para reclamar en sede judicial los derechos laborales transgredidos, de no existir un acuerdo entre el empleador y los trabajadores.

Cosa análoga sucede a nivel federal, pues de acuerdo con la fracción XX del artículo 123 constitucional en su apartado A, se aprobó que la función conciliatoria estaría a cargo de un organismo descentralizado de la Administración Pública Federal, a quién además le corresponderá el registro de las organizaciones sindicales y de los contratos colectivos de trabajo.⁷

En todos los casos, el nombramiento del titular del organismo descentralizado debe recaer en una persona que tenga capacidad y experiencia en las materias de la competencia del organismo descentralizado; que no haya ocupado un cargo en algún partido político, ni haya sido candidato a cargos

⁶ NAVA GOMAR, SALVADOR, “La omisión legislativa inconstitucional frente a la jurisdicción electoral”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, año 2, núm. 3, p. 208.

⁷ “Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”, *Cámara de Diputados*. [Consulta: 21 de diciembre, 2018]. Disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_270818.pdf

VERÓNICA LIDIA MARTÍNEZ MARTÍNEZ

de elección popular en los tres años anteriores a la designación, y que goce de buena reputación y no haya sido condenado por delito doloso.⁸

A pesar de que el texto constitucional sujeta la duración del encargo del titular del organismo descentralización a un período de seis años, con la posibilidad de ser reelecto por una sola ocasión,⁹ a la fecha el Senado de la República no ha realizado tal designación dentro de lo que la fracción xx del artículo 123 constitucional en su apartado A denomina el “improrrogable” plazo de treinta días.

Ahora bien, en lo referente al procedimiento que deberá seguirse en la instancia conciliatoria, sujeta en principio a una sola audiencia obligatoria, con fecha y hora fijadas de manera expedita,¹⁰ para su instauración se han presentado las siguientes iniciativas:

- Iniciativa con proyecto de Decreto por el que se expide la Ley del Instituto Federal de Conciliación y Registro Laborales; y se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley Federal del Trabajo, de la Ley Federal de Entidades Paraestatales; de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal; de la Ley del Seguro Social y de la Ley del Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores, en materia de justicia laboral. Se presentó el 7 de diciembre de 2017 en la Cámara de Senadores.
- Iniciativa con proyecto de Decreto por el que se reforman la Ley de Amparo, adecuando la reforma del artículo 107 constitucional a su Ley reglamentaria y la Ley Federal del Trabajo. Se presentó en el Senado de la República el 14 de diciembre de 2017.
- Iniciativa que reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones de las Leyes Federal del Trabajo, General de Salud, del Seguro Social, y del Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores. Se presentó el 4 de enero de 2018 en la Comisión Permanente del Congreso de la Unión y el 30 de abril de 2018 en la Cámara de Diputados.
- Iniciativa con proyecto de Decreto por el que se expide la Ley del Centro Federal de Conciliación y Registro Laboral, y se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley Federal del Trabajo; la Ley Federal de Entidades Paraestatales; la Ley del Seguro Social; la Ley del Fondo Nacional de Vivienda para los Trabajadores; la Ley Orgánica

⁸ “Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”, *Cámara de Diputados*. [Consulta: 21 de diciembre, 2018]. Disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_270818.pdf

⁹ “Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”, *Cámara de Diputados*. [Consulta: 21 de diciembre, 2018]. Disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_270818.pdf

¹⁰ Las subsecuentes audiencias de conciliación sólo se realizarán con el acuerdo de las partes en conflicto.

de la Administración Pública Federal y la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, en materia de justicia laboral. Se presentó en el Senado de la República Mexicana el 22 de febrero de 2018.

- Iniciativa con proyecto de Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley Federal del Trabajo, suscrita por Alejandro de Jesús Encinas Rodríguez. Esta iniciativa se presentó en la Cámara de Senadores el 24 de abril de 2018.
- Iniciativa con proyecto de Decreto por el que se expide la Ley del Instituto Federal de Conciliación y Registros Laborales; y se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de las Leyes Federales del Trabajo, de Entidades Paraestatales, Orgánica de la Administración Pública Federal y Orgánica del Poder Judicial de la Federación, en materia de Justicia Laboral. Se presentó el 11 de diciembre de 2018.
- Iniciativa con proyecto de Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley Federal del Trabajo. Se presentó el 3 de enero de 2019 ante la Comisión Permanente del Congreso de la Unión.
- Iniciativa con proyecto de decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Ley de Amparo; se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley Federal del Trabajo y se expide la Ley General de Centros de Conciliación. Se presentó el 15 de enero de 2019 ante la Cámara de Diputados.
- Iniciativa con proyecto de decreto por el que se expide la Ley del Instituto Federal de Conciliación y Registro Laborales; y se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley Federal del Trabajo; de la Ley Federal de Entidades Paraestatales; de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal; de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación; de la Ley del Seguro Social y de la Ley del Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores, en materia de Justicia Laboral. Se presentó el 23 de enero de 2019 en el Senado de la República.

Como puede advertirse, la inercia normativa, impugnada en la mayoría de los casos a través de la controversia constitucional, también se configura ante la falta de reglamentación del procedimiento en la fase de conciliación. Las iniciativas suscritas por los senadores del Grupo Parlamentario del Partido Revolucionario Institucional y la senadora María del Pilar Ortega Martínez proponen la creación de un ordenamiento especializado, cuyo objeto sea reglamentar la integración y atribuciones del centro federal de conciliación

VERÓNICA LIDIA MARTÍNEZ MARTÍNEZ

laboral, de los centros locales de conciliación y de las normas procedimentales que han de observarse en la conciliación.

La iniciativas suscritas por los diputados Francisco Javier Ramírez Navarrete y Fernando Luis Manzanilla Prieto proponen la regulación del procedimiento prejudicial de conciliación dentro del texto de la Ley Federal del Trabajo. No obstante, la integración y atribuciones de los centros de conciliación su regulación se reserva a la Ley General de Centros de Conciliación y a Ley del Instituto Federal de Conciliación y Registros Laborales, respectivamente.

El resto de las iniciativas proponen la reforma a la Ley Federal del Trabajo con la finalidad de reglamentar el procedimiento conciliatorio que ha de agotarse de manera previa y obligatoria a la instauración del procedimiento laboral correspondiente, así como las atribuciones funciones y responsabilidades de los centros de conciliación federal y locales.

3. Judicialización de la justicia laboral a nivel federal

Sin lugar a dudas, en el ámbito procesal laboral uno de los puntos más trascendentales es la reforma a la fracción xx del artículo 123 constitucional en su apartado A. En este se dispone que los tribunales laborales dependientes del poder judicial federal o de los poderes judiciales de las entidades federativas sean los órganos competentes para conocer y resolver los conflictos obrero-patronales, una vez que se agote la etapa de conciliación. Por tanto, corresponderá a las Juntas de Conciliación y Arbitraje –y, en su caso, a la Secretaría del Trabajo y Previsión o las autoridades locales laborales– la tramitación y resolución de las diferencias que se presenten entre el capital y el trabajo hasta que se instituyan e inicien operaciones los órganos jurisdiccionales laborales.¹¹

Conforme con la distribución competencial de la reformada fracción XXXI del apartado A del artículo 123 constitucional, los tribunales laborales federales tendrán a su cargo la resolución de los asuntos relacionados con las ramas industriales y servicios, empresas y materias siguientes:¹²

¹¹ "Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos", *Cámara de Diputados*. [Consulta: 21 de diciembre, 2018]. Disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_270818.pdf, p. 13.

¹² "Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos", *Cámara de Diputados*. [Consulta: 21 de diciembre, 2018]. Disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_270818.pdf, opanos, relasonciliacias a la luz del Pacto constitucional Federal

Cuadro 1. Competencia de los tribunales laborales federales

Ramas industriales y servicios	Empresas	Materias
Textil; eléctrica; hulera; cinematográfica; azucarera; minera.	Administradas en forma directa o descentralizada por el Gobierno federal.	Registro de todos los contratos colectivos de trabajo y las organizaciones sindicales, así como todos los procesos administrativos relacionados.
Metalúrgica y siderúrgica, abarcando la explotación de los minerales básicos, el beneficio y la fundición de los mismos, así como la obtención de hierro metálico y acero a todas sus formas y ligas y los productos laminados de los mismos.	Actúen en virtud de un contrato o concesión federal y las industrias que les sean conexas.	Aplicación de las disposiciones de trabajo en los asuntos relativos a conflictos que afecten a dos o más entidades federativas.
Hidrocarburos; petroquímica; cementera; calera; automotriz, incluidas autopartes mecánicas o eléctricas; química, incluyendo la química; celulosa y papel; aceites y grasas vegetales.	Ejecuten trabajos en zonas federales o que se encuentren bajo jurisdicción federal, en las aguas territoriales o en las comprendidas en la zona económica exclusiva de la Nación.	Contratos colectivos que hayan sido declarados obligatorios en más de una entidad federativa.
Productora de alimentos, abarcando exclusivamente la fabricación de los que sean empacados, enlatados o envasados o que se destinen a ello.		Obligaciones patronales en materia educativa, en los términos de ley.
Elaboradora de bebidas que sean envasadas o enlatadas o que se destinen a ello; ferrocarrilera; maderera básica, que comprende la producción de aserradero y la fabricación de triplay o aglutinados de madera; vidriera, exclusivamente por lo que toca a la fabricación de vidrio plano, liso o labrado, o de envases de vidrio.		Obligaciones patronales en materia de capacitación y adiestramiento, así como de seguridad e higiene en los centros de trabajo, para lo cual las autoridades federales contarán con el auxilio de las estatales, cuando se trate de ramas o actividades de jurisdicción local, en los términos de la ley correspondiente.
Tabacalera, que comprende el beneficio o fabricación de productos de tabaco y servicios de banca y crédito.		

Fuente: elaboración propia con base en la fracción xxxi del apartado A del artículo 123 constitucional.

VERÓNICA LIDIA MARTÍNEZ MARTÍNEZ

A lo anterior se adicionan las controversias laborales transferidas por parte de las 66 juntas especiales que integran la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje a los tribunales laborales, en cumplimiento a lo ordenado en el artículo sexto transitorio del Decreto por el que se declaran reformadas y adicionadas diversas disposiciones de los artículos 107 y 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de justicia laboral.

Lo anterior provocará que al instaurarse y entrar en funciones los tribunales laborales, la justicia laboral se judicialice al dejar de estar a cargo del ejecutivo federal para transferirse al poder judicial federal. En este panorama, los requisitos de ingreso y profesionalización del personal que se adscriba a los tribunales laborales, así como sus atribuciones, emolumentos y responsabilidades se regirán conforme a los artículos 94, 97, 116, fracción III y 122 apartado A, fracción IV constitucionales, la Ley Federal del Trabajo, la Ley de Amparo, Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación y por los acuerdos que dicte el Consejo de la Judicatura Federal.

Con la finalidad de cumplimentar la reforma constitucional de 2017, el Consejo de la Judicatura Federal creó la Unidad de Implementación de la Reforma en Materia de Justicia Laboral. Como su nombre lo indica, se le encomendó la función de coordinar las acciones necesarias para la planeación y prospectiva, capacitación, difusión, estudios y proyectos normativos, reorganización institucional y digital, programación, asignación, ejecución y comprobación del presupuesto, y seguimiento necesarios para la implementación de la comentada reforma.¹³

De manera paralela, el poder ejecutivo federal, a través de la Secretaría del Trabajo y Previsión Social, instauró la Unidad de Enlace de la Reforma de Justicia Laboral. Esta pretende expedir el Código Nacional de Procedimientos Laborales y la ley que regule la etapa de conciliación, los cuales se someterán al Congreso de la Unión para su estudio y dictamen.

A pesar de la importancia e impacto que tienen la tramitación y la resolución de los conflictos obrero-patronales, la reforma constitucional en materia de justicia laboral es una modificación de “papel”, porque no se ha cumplido en el mundo fáctico ante la falta de creación de los tribunales dependientes del poder judicial federal y de los poderes judiciales locales. Además, faltan las reformas al sistema jurídico mexicano, que debían haberse materializado

¹³ "Acuerdo General del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal, que reforma y adiciona el similar que reglamenta la organización y funcionamiento del propio Consejo, en relación con la creación de la Unidad de Implementación de la Reforma en Materia de Justicia Laboral", *Diario Oficial de la Federación*, 11 de mayo, 2018. [Consulta: 1 de noviembre de 2018]. Disponible en: http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5522403&fecha=11/05/2018

en febrero de 2018 por el Congreso de la Unión y las legislaturas de las entidades federativas por mandato constitucional expreso del artículo segundo transitorio del Decreto por el que se declaran reformadas y adicionadas diversas disposiciones de los artículos 107 y 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de Justicia Laboral, publicado el 24 de febrero de 2017.

A la reforma en materia de justicia laboral no se le ha otorgado la debida atención, lo cual se demuestra con la preclusión de la facultad de la Comisiones Unidas de Trabajo y Previsión Social, así como la de Seguridad Social para dictaminar la iniciativa que reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones de las Leyes Federal del Trabajo, General de Salud, del Seguro Social, y del Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores suscrita por las diputadas Laura Nereida Plascencia Pacheco y Claudia Sofia Corichi García.

Por lo que respecta a las iniciativas suscritas por los senadores Venancio Luis Sánchez Jiménez, María del Pilar Ortega Martínez, Alejandro de Jesús Encinas Rodríguez, Fernando Luis Manzanilla Prieto, Mario Delgado Carrillo y Francisco Javier Ramírez Navarrete, se mantienen los procedimientos ordinario, especiales, de huelga, de ejecución, los paraprocesales o voluntarios, así como los instaurados para tramitar y resolver los conflictos individuales de seguridad social y los conflictos de naturaleza colectiva con las siguientes modificaciones:

- La transferencia de los conflictos laborales, que se encuentran a cargo de las Juntas de Conciliación y Arbitraje (federales y locales), hacia los tribunales laborales dependientes del poder judicial federal y de los poderes judiciales locales, cuya integración, facultades y responsabilidades se regulará conforme a la Ley Federal del Trabajo, la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación y los acuerdos del Consejo de la Judicatura Federal.
- Se elimina la etapa de la conciliación de los procedimientos ordinario y especial, toda vez que esta deberá agotarse de manera previa ante el organismo público descentralizado y los centros de conciliación laborales de las entidades federativas. Por lo tanto, el procedimiento ordinario en las iniciativas suscritas por los senadores Venancio Luis Sánchez Jiménez, María del Pilar Ortega Martínez, Alejandro de Jesús Encinas Rodríguez y Francisco Javier Ramírez Navarrete se substanciará en dos etapas: la de demanda y excepciones y la ofrecimiento y admisión de pruebas. Los procedimientos especiales que constituyen la expresión más rotunda de la concentración procesal, ya que en la primera audiencia —única en

VERÓNICA LIDIA MARTÍNEZ MARTÍNEZ

términos generales— se celebrarán las etapas de demanda y excepciones, pruebas y resolución. Todo ello, al decir de la ley, en un plazo de quince días, contado a partir de la presentación de la demanda.

- Al resolverse los conflictos laborales y de seguridad social por tribunales dependientes del poder judicial federal y de los poderes judiciales locales, los procedimientos ordinarios, especiales y los de naturaleza colectiva, así como el de huelga, concluirán con el dictado de una sentencia que sustituye al laudo dictado de manera colegiada por los integrantes de las 66 juntas especiales adscritas a la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje y las Juntas Locales de Conciliación y Arbitraje. Asimismo, se reemplaza el dictamen por el proyecto de sentencia.
- En el caso de la iniciativa propuesta por la senadora María del Pilar Ortega Martínez, se propone la creación de los recursos de revocación, apelación, denegada apelación y la revisión contra las medidas de apremio que impongan los centros de conciliación en materia laboral.

Las anteriores modificaciones se consideran insuficientes para cumplir con los objetivos que motivaron la reforma constitucional de 2017, los cuales, de acuerdo con la exposición de motivos de la iniciativa de decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de justicia laboral, se plantearon en los siguientes términos:

- Acabar con todo espacio susceptible de prohiar inercias, vicios y prácticas que durante el desarrollo de un conflicto laboral dan lugar a la incertidumbre jurídica.
- Actualizar nuestras leyes y hacerlas acordes con la realidad laboral nacional e internacional, así como transformar instituciones y construir nuevas políticas públicas integrales y consensadas, con base en los principios de legalidad, imparcialidad, equidad, transparencia, eficacia, certeza, independencia, objetividad, profesionalismo, publicidad, confiabilidad y autonomía, economía y seguridad.
- La intención primordial de las propuestas se encamina a transformar a profundidad tanto los incentivos perversos que subsisten en el marco legal vigente, como los procedimientos y actuaciones de las instituciones del estado encargadas de impartir la justicia laboral, factores que hoy en día constituyen una limitante para que este llegue con la celeridad, economía y seguridad que demandan los ciudadanos.

- Una reforma de fondo al derecho procesal del trabajo.¹⁴

Desde nuestra praxis, el principal problema del rezago que impera en la justicia laboral se encuentra en el desahogo de las probanzas que lo ameritan, así como en la emisión del laudo, debido al poco personal adscrito a las juntas especiales que integran la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje y las juntas locales de conciliación y arbitraje. Durante la década de los ochenta y en los años de 1995 a 2015 aumentaron 132% los conflictos laborales y de seguridad social como resultado de la incorporación de más de dieciocho millones de mexicanos a la población económicamente activa del país. Asimismo, de 125 510 asuntos laborales interpuestos en diciembre de 1994, se pasó a 291 548 juicios en diciembre de 2015.¹⁵

De esta manera, mientras aumenta el número de asuntos laborales, por la volatilidad de los empleos y la flexibilización de las formas de contratación provocados por el neoliberalismo, el personal adscrito a las juntas de conciliación y arbitraje disminuyó debido a los programas de reducción presupuestal instaurados de 2015 a la fecha.

De poco sirve simplificar las etapas conciliatoria y de demanda y excepciones hasta dejar los expedientes pendientes de resolución, cuando los cinco o seis dictaminadores resultan insuficientes para resolverlos en comunión con las diversas resoluciones incidentales que deben emitir y los cumplimientos de ejecutoria provenientes del poder judicial que deben ser atendidos de manera pronta para evitar responsabilidades administrativas.

Una pieza fundamental en el cierre de instrucción y la ejecución de los laudos son los actuarios. A diferencia de los actuarios adscritos a juzgados de distrito y tribunales colegiados en materia laboral, cuya actividad se centra en la práctica de notificaciones personales, los actuarios de las juntas de conciliación y arbitraje tienen a su cargo la realización de distintas actuaciones y diligencias. No sólo notifican los acuerdos y resoluciones que derivan de la “primera instancia” y los que provienen de los órganos del poder judicial, sino que tienen a su cargo el desahogo de los cotejos y compulsas, inspecciones, investigaciones, fijación de convocatorias, visitas armadas, reinstalaciones requerimientos de pago, embargos y la presentación de los trabajadores ante instancias administrativas, como las unidades de peritajes médicos.

¹⁴ Exposición de Motivos de la Iniciativa de Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de justicia laboral, 28 de abril de 2016, p. 6.

¹⁵ Exposición de Motivos de la Iniciativa de Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de justicia laboral, 28 de abril de 2016, p. 4.

Los cambios legislativos en los procedimientos no pueden subsanar las deficiencias de tipo estructural, generadas, en su mayoría, por restricciones en los recursos, falta de número de juzgadores especializados, y de personal de apoyo, así como equipo, que en su conjunto favorecen las dilaciones en la impartición de justicia laboral. Además, faltan recursos materiales, hay el exiguo empleo de las tecnologías de la información y comunicación ante la falta de presupuesto para implementarlas, escasa e inadecuada capacitación del personal.

Es necesario que se cumplimente el mandato constitucional impuesto en 2017 y se instauren los tribunales laborales, a los que debe dotarse de los suficientes recursos humanos, materiales y tecnológicos.

A diferencia de lo anterior, en las dos iniciativas suscritas por los senadores del Grupo Parlamentario del Partido Revolucionario Institucional y la iniciativa presentada por el diputado Fernando Luis Manzanilla Prieto, se proponen modificaciones al procedimiento ordinario laboral para atribuirle un carácter mixto por constar de dos etapas: una escrita y otra oral.

Las tres iniciativas proponen que la primera etapa del procedimiento ordinario abarque la interposición de la demanda (la cual no podrá ser modificada, como acontece en la actualidad), el emplazamiento, la contestación de la demanda, la vista a la parte actora para que redacte el escrito de contestación y el auto que contenga la fecha y hora para la celebración de la audiencia preliminar, el cual debe fijarse dentro de los diez días siguientes.

Por su parte, la etapa oral se desahogaría a través de un sistema de audiencias: preliminar o previa, de juicio y de continuación de audiencia de juicio. El objeto de la audiencia preliminar o previa¹⁶ es la depuración del procedimiento que ha seguirse, la fijación de acuerdos sobre los hechos no controvertidos, el dictado de acuerdos probatorios, la calificación sobre la admisibilidad de los medios probatorios y la citación para la audiencia de juicio.

En la audiencia de juicio tendrá lugar el desahogo de las pruebas que se encuentren debidamente preparadas en el orden que el Tribunal estime pertinente. En esta audiencia sólo se concederá el uso de la palabra, por una vez, a cada una de las partes para formular sus alegatos. Disponen de un máximo de diez minutos para tales efectos.

Enseguida, se declarará visto el asunto y citará a las partes para la continuación de la audiencia dentro del término de veinte días, en la que se dictará la sentencia correspondiente. El tribunal laboral explicará, de manera oral y breve, las consideraciones y motivos de su sentencia y leerá únicamente los

¹⁶ Las dos iniciativas suscritas por los senadores del Grupo Parlamentario del Partido Revolucionario Institucional denominan a la primera etapa como audiencia preliminar. La iniciativa presentada por Fernando Luis Manzanilla Prieto le atribuye el calificativo de audiencia previa.

puntos resolutivos. Acto seguido quedará a disposición de las partes copia de la sentencia que se pronuncie, por escrito.

El Tribunal preguntará a las partes si requieren de tiempo para dar lectura a la sentencia. En caso de que las partes soliciten tiempo para ese efecto, el Tribunal les otorgará hasta sesenta minutos, si se trata de sentencias definitivas, o hasta treinta minutos, cuando se trate de sentencias interlocutorias. Dentro de ese plazo, las partes podrán promover la aclaración, en los términos del artículo 921 de la Ley Federal del Trabajo, y el Tribunal la atenderá y resolverá de manera inmediata.

Asimismo, las dos iniciativas presentadas por senadores del Grupo Parlamentario del Partido Revolucionario Institucional proponen la instauración de los siguientes procedimientos especiales:

- De reinstalación o indemnización por despido injustificado o por rescisión de contrato por causas imputables al patrón.
- Para el pago de prestaciones por muerte de los trabajadores.
- De repatriación de buques y aeronaves.
- El procedimiento para la tramitación y resolución de los conflictos colectivos de naturaleza económica.
- De titularidad de contratos colectivos de trabajo y administración de los convenios de los contratos-ley.
- El procedimiento de huelga.
- El procedimiento para los conflictos individuales de seguridad social que estará a cargo del Tribunal Especializado en Seguridad Social del Poder Judicial de la Federación y de los Tribunales Especializados en Seguridad Social de las distintas entidades federativas que conforman la República Mexicana,¹⁷ que a diferencia de las iniciativas presentadas en el Senado, provocaría que los tribunales laborales no tramiten y resuelvan las controversias que se suscitan entre los asegurados, beneficiarios y pensionados con el Instituto Mexicano del Seguro Social y las Administradoras de Fondos para el Retiro.

Los otros procedimientos que prevén su regulación en las dos iniciativas presentadas por senadores del Grupo Parlamentario del Partido Revolucionario son los siguientes: *a)* El procedimiento de recuento; *b)* Los procedimientos paraprocesales y voluntarios; *c)* El procedimiento de ejecución, y *d)* El procedimiento

¹⁷ La iniciativa no reglamenta la integración y atribuciones de los Tribunales Especializados en Seguridad Social del Poder Judicial de la Federación y de las distintas entidades federativas que conforman la República mexicana.

VERÓNICA LIDIA MARTÍNEZ MARTÍNEZ

de registro de organizaciones sindicales, contratos colectivos de trabajo, convenios de administración de contratos-ley y reglamentos interiores de trabajo.

Cada uno de los procedimientos especiales se regulará bajo normas adjetivas establecidas en la Ley Federal del Trabajo.

Por último, en la iniciativa presentada por el diputado Mario Delgado Carrillo también se propone que el procedimiento ordinario laboral conste de una etapa escrita y otra oral. La primera etapa del procedimiento ordinario abarca la interposición de la demanda (la cual podrá ser modificada, como acontece en la actualidad), el emplazamiento, la contestación de la demanda, la vista a la parte actora para que manifieste lo que a su derecho convenga respecto del escrito de contestación y el auto que contenga la fecha y hora para la celebración de la audiencia preliminar que debe fijarse dentro de los diez días siguientes.¹⁸

Por su parte, la etapa oral se desahogaría a través de un sistema de audiencias: preliminar y de juicio. El objeto de la audiencia preliminar es la depuración del procedimiento que ha de seguirse, la fijación de acuerdos sobre los hechos no controvertidos, el dictado de acuerdos probatorios, la calificación sobre la admisibilidad de los medios probatorios, la citación para la audiencia de juicio y resolver el recurso de reconsideración contra los actos u omisiones del secretario instructor.¹⁹

En la audiencia preliminar, el tribunal laboral examinará las cuestiones relativas a la legitimación procesal, resolverá las excepciones procesales, se pronunciará sobre las probanzas ofrecidas por las partes y fijará día y hora para la celebración de la audiencia de juicio, que deberá efectuarse dentro del lapso de veinte días siguientes a la emisión del acuerdo.²⁰

Por su parte, en la audiencia de juicio tendrá lugar el desahogo de las pruebas que se encuentren debidamente preparadas en el orden que el Tribunal estime pertinente. En caso de que las partes señalen que queda alguna prueba pendiente de desahogar, el juez resolverá de plano; de advertir alguna omisión al respecto, ordenará su desahogo. Al concluir el desahogo de las pruebas se dará el uso de la voz a las partes para que formulen alegatos y acto seguido el tribunal declarará cerrada la etapa de juicio y emitirá la sentencia en la misma audiencia. Sólo en casos excepcionales y que así se justifique por el cúmulo de hechos controvertidos

¹⁸ "Audiencias Públicas. Reforma Laboral", *Cámara de Diputados*. [Consulta: 24 de marzo, 2019]. Disponible en: <http://www5.diputados.gob.mx/index.php/camara/Audiencia-Publica-Reforma-Laboral/Iniciativas>

¹⁹ "Audiencias Públicas. Reforma Laboral", *Cámara de Diputados*. [Consulta: 24 de marzo, 2019]. Disponible en: <http://www5.diputados.gob.mx/index.php/camara/Audiencia-Publica-Reforma-Laboral/Iniciativas>

²⁰ "Audiencias Públicas. Reforma Laboral", *Cámara de Diputados*. [Consulta: 24 de marzo, 2019]. Disponible en: <http://www5.diputados.gob.mx/index.php/camara/Audiencia-Publica-Reforma-Laboral/Iniciativas>

o bien de las pruebas rendidas. El tribunal emitirá sentencia dentro de los cinco días siguientes al de la celebración de la audiencia de juicio.²¹

No obstante, con excepción de las iniciativas suscritas por las diputadas Laura Nereida Plascencia Pacheco y Claudia Sofía Corichi García, el resto de las iniciativas fueron turnadas para su estudio y dictamen a las Comisiones Unidas de Trabajo y Previsión Social, de Justicia y de Estudios Legislativos Segunda, de la LXIII y LXIV Legislaturas del Congreso de la Unión, además de tener lugar las audiencias públicas respecto al Anteproyecto de Dictamen con Proyecto de Decreto por el que se expide la Ley del Instituto Federal de Conciliación y Registro Laborales, y reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley Federal del Trabajo, de la Ley Federal de las Entidades Paraestatales, de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, de la Ley del Seguro Social y de la Ley del Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores, a fin de enriquecer el trabajo legislativo con opiniones técnicas y la participación de los sectores obrero, patronal, gobierno, legislativo, academia y sociedad civil.²² La inercia legislativa del Congreso de la Unión persiste ante la falta de reforma a las leyes generales siguientes:

- Ley del Centro Federal de Conciliación y Registro Laboral
- Ley Federal de las Entidades Paraestatales
- Ley Orgánica de la Administración Pública Federal
- Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación
- Ley del Seguro Social
- Ley del Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores
- Ley de Amparo, Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

4. La justicia laboral en las entidades federativas

El Decreto por el que se declaran reformadas y adicionadas diversas disposiciones de los artículos 107 y 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de justicia laboral, se publicó en el Diario Oficial de la Federación el 24 de febrero del año 2017. Impuso a las legislaturas locales

²¹"Audiencias Públicas. Reforma Laboral", *Cámara de Diputados*. [Consulta: 24 de marzo, 2019]. Disponible en: <http://www5.diputados.gob.mx/index.php/camara/Audiencia-Publica-Reforma-Laboral/Iniciativas>

²²"Gaceta Parlamentaria del Senado de la República LXIII/3SPO-124", 26 de abril, 2018 [Consulta: 25 de diciembre, 2018]. Disponible en: http://infosen.senado.gob.mx/sgsp/gaceta/63/3/2018-04-26-1/assets/documentos/CTPS_26042018.pdf

VERÓNICA LIDIA MARTÍNEZ MARTÍNEZ

el mandato constitucional de instaurar los tribunales laborales locales que reemplazarán a las juntas locales de conciliación y arbitraje en la resolución de las controversias laborales que no sean competencia de las autoridades jurisdiccionales federales.

Lo anterior provocará que, al entrar en funciones los tribunales laborales de las entidades federativas, la justicia laboral a nivel local deje de estar a cargo de los gobernadores de las entidades federativas y del jefe de gobierno de la Ciudad de México para transferirse a los poderes judiciales locales.

La Constitución Política del estado de Campeche, en el último párrafo del artículo 85, dispone que tribunales en materia laboral se organizarán de conformidad con lo dispuesto en la Ley Federal del Trabajo y la Ley Orgánica del estado de Campeche y tendrán las atribuciones que ambos ordenamientos establezcan.²³

Por su parte, se reconoce al tribunal laboral como parte del poder judicial del estado de Chiapas²⁴ y la máxima autoridad jurisdiccional a cargo de la resolución de los conflictos entre trabajadores y patrones que no sean competencia del Tribunal Laboral del Poder Judicial de la Federación.²⁵ El Código de Organización del Poder Judicial y el reglamento interior que al efecto emita el Tribunal Laboral serán los ordenamientos en los que se regulará la organización y funcionamiento de este órgano jurisdiccional.²⁶

De manera general, en la Constitución Política para el estado de Guanajuato se dispone que la resolución de las diferencias o los conflictos entre trabajadores y patrones estarán a cargo de tribunales laborales del poder judicial. En tanto, con mayor detalle normativo, en el texto constitucional del estado de Hidalgo se reglamenta que la resolución de los conflictos entre trabajadores y patrones que no sea competencia del Tribunal Laboral del Poder Judicial de la Federación, estará a cargo del Tribunal Laboral del Poder Judicial del estado de Hidalgo.

El Tribunal Laboral del Poder Judicial del estado de Hidalgo asumirá las funciones de la Junta Local de Conciliación y Arbitraje, cuando lo dispongan las leyes en la materia. Por lo tanto, los asuntos que estuvieren en trámite al momento de iniciar sus funciones el Tribunal Laboral y el Centro de Conciliación

²³"Constitución Política del estado de Campeche", *Poder Legislativo del Estado de Campeche*. [Consulta: 23 de diciembre, 2018]. Disponible en: <http://legislacion.congresocam.gob.mx/>

²⁴"Constitución Política del estado Libre y Soberano de Chiapas", *Congreso Chiapas*. [Consulta: 23 de noviembre, 2018]. Disponible en: http://www.congresochiapas.gob.mx/new/InfoParlamentaria/LEY_0002.pdf?v=Mzl=

²⁵"Constitución Política del estado Libre y Soberano de Chiapas", *Congreso Chiapas*. [Consulta: 23 de noviembre, 2018]. Disponible en: http://www.congresochiapas.gob.mx/new/InfoParlamentaria/LEY_0002.pdf?v=Mzl=

²⁶"Constitución Política del estado Libre y Soberano de Chiapas", *Congreso Chiapas*. [Consulta: 23 de noviembre, 2018]. Disponible en: http://www.congresochiapas.gob.mx/new/InfoParlamentaria/LEY_0002.pdf?v=Mzl=

Laboral serán resueltos de acuerdo con las disposiciones aplicables al momento de su inicio. En tanto, se instituyen e inician operaciones el Tribunal Laboral y el Centro de Conciliación Laboral, la Junta de Conciliación y Arbitraje y, en su caso, la Secretaría del Trabajo y Previsión Social continuarán atendiendo las controversias que se susciten entre el capital y el trabajo, así como lo concerniente al registro de los contratos colectivos de trabajo y las organizaciones sindicales.²⁷

De manera correlativa, la Junta Local de Conciliación y Arbitraje, en el ámbito de su competencia, deberá transferir los procedimientos, los expedientes y la documentación que tenga bajo su atención o resguardo hacia el Tribunal Laboral y al Centro de Conciliación Laboral, una vez que estos organismos se instituyan y entren en funciones.²⁸

De igual manera, el texto constitucional de Nuevo León establece que al poder judicial del estado le corresponde la jurisdicción local en las materias de control de la constitucionalidad local, civil, familiar, penal, laboral y de adolescentes infractores. Empero, en tanto el Tribunal Local Laboral se instituye e inicia operaciones, las juntas locales de conciliación y arbitraje seguirán atendiendo los conflictos que se presenten entre el capital y el trabajo; así como sobre el registro de los contratos colectivos de trabajo y de las organizaciones sindicales.

Conforme con la estrategia de conclusión del sistema que se determine, corresponderá a la Secretaría de Finanzas y Tesorería General de Nuevo León ajustar el presupuesto del poder judicial para la operación del Tribunal Local Laboral. Sobresale que la norma constitucional de Nuevo León es la única que establece que los servidores públicos de base que presten sus servicios en la Junta Local de Conciliación y Arbitraje podrán solicitar la reasignación de su plaza al poder judicial del estado o al Centro de Conciliación Laboral local cuando atiendan el sistema de carrera judicial instaurado en la Constitución Política del estado Libre y Soberano de Nuevo León y en la Ley Orgánica del Poder Judicial del estado de Nuevo León.²⁹ En el resto de las normas constitucionales

²⁷ "Constitución Política para el estado de Hidalgo", *Congreso Hidalgo*. [Consulta: 30 de noviembre de 2018]. Disponible en: http://www.congreso-hidalgo.gob.mx/biblioteca_legislativa/Leyes/10Constitucion%20Politica%20del%20Estado%20de%20Hidalgo.pdf

²⁸ "Constitución Política para el estado de Hidalgo", *Congreso Hidalgo*. [Consulta: 30 de noviembre de 2018]. Disponible en: http://www.congreso-hidalgo.gob.mx/biblioteca_legislativa/Leyes/10Constitucion%20Politica%20del%20Estado%20de%20Hidalgo.pdf

²⁹ "Constitución Política del estado Libre y Soberano de Nuevo León", *H. Congreso del Estado de Nuevo León*. Disponible en: <http://www.hcnl.gob.mx/transparencia/pdf/constituciopoliticadelestadodenuevoleon.pdf>

VERÓNICA LIDIA MARTÍNEZ MARTÍNEZ

modificadas a la luz del Pacto Constitucional Federal, pero en contravención a los derechos laborales, se omite reglar el régimen laboral de los empleados de las juntas de conciliación y arbitraje al instituirse y entrar en funciones los tribunales laborales judiciales.

En lo concerniente al estado de Morelos, su norma constitucional dispone, en el artículo 105 Bis, que la resolución de las controversias entre trabajadores y patrones de competencia estatal y los diversos que le corresponda conocer al Tribunal de Arbitraje, en términos del inciso L de la fracción xx del artículo 40 constitucional, estarán a cargo del Tribunal Laboral del Poder Judicial del estado de Morelos, cuyos integrantes serán designados conforme a los artículos 116, fracción III, de la Constitución Federal y 20, 21, 86, 87 y 88 de la Constitución local.

Los magistrados integrantes del tribunal laboral deberán reunir los mismos requisitos que se requieren para ser magistrados del Tribunal Superior de Justicia del estado, pero además deberán contar con capacidad y experiencia en materia laboral. En todo caso, su designación estará a cargo del Pleno del Congreso del estado a propuesta del órgano político del Congreso, el cual emitirá la convocatoria pública conforme a lo establecido en la Constitución local y en la Ley Orgánica para el Congreso del estado.

Los magistrados integrantes del tribunal laboral durarán en su cargo catorce años, contados a partir de la fecha en que rindan la protesta constitucional y solo podrán ser removidos de sus cargos en los términos que disponga la Constitución local y las leyes en materia de responsabilidad de los servidores públicos.

Ninguna persona que haya sido nombrada magistrado podrá volver a ocupar el cargo o ser nombrada para un nuevo periodo. Además, en ningún caso y por ningún motivo los magistrados que hubieran ejercido el cargo podrán rebasar catorce años en ejercicio. Al término de su respectivo encargo, los magistrados tendrán derecho a un haber por retiro, en los términos establecidos en la Constitución local y la ley de la materia. El retiro forzoso del cargo se producirá en los mismos términos que para los magistrados del Tribunal Superior de Justicia.

La Junta Local de Conciliación y Arbitraje del estado de Morelos, en el ámbito de su competencia, deberá transferir los expedientes y la documentación que tenga bajo su atención o resguardo hacia al Tribunal Laboral del Poder Judicial del estado de Morelos y al Centro de Conciliación Laboral del estado de Morelos, quienes se encargarán de atender o resolver los conflictos entre patrones y trabajadores en el ámbito de su competencia y conforme a la normativa aplicable.³⁰

³⁰ "Constitución Política del estado Libre y Soberano de Morelos", *Marco Jurídico Morelos*. [Consulta: 3 de diciembre, 2018]. Disponible en: <http://marcojuridico.morelos.gob.mx/archivos/constitucion/pdf/CONSTMOR.pdf>

De igual modo, se atribuye competencia al poder judicial de Nayarit para resolver las controversias del orden civil, familiar, penal, laboral, de adolescentes del fuero común y mercantil en jurisdicción concurrente.³¹

El artículo 97 de la norma constitucional de Quintana Roo le otorga competencia al poder judicial de esta entidad federativa, para conocer y resolver las controversias que se susciten en materia laboral de conformidad con lo establecido en el apartado A del artículo 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.³²

En tanto el poder judicial local y el centro de conciliación laboral del estado de Quintana Roo inicien sus funciones respecto a su competencia en materia laboral, la junta local de Conciliación y Arbitraje y sus juntas especiales continuarán con la tramitación y resolución de los conflictos que se presenten entre el capital y el trabajo. Los asuntos que estuvieran en trámite, al momento de iniciar su operatividad el poder judicial local en materia laboral, se resolverán de conformidad con las disposiciones aplicables al momento de su inicio.³³

En igual tenor, de acuerdo con el artículo quinto transitorio del decreto 229 que reforma la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Quintana Roo, dentro de los treinta días naturales siguientes a la entrada en vigor de este decreto, se encomendó al titular del poder ejecutivo local la instauración de la Comisión para la Implementación de la Reforma en materia de justicia laboral en el estado, como un órgano colegiado e interinstitucional, integrado por representantes de los tres poderes del estado, de la Secretaría del Trabajo y Previsión Social local y demás instituciones del sector público que se consideren necesarios. A esta Comisión se le encomendó ejecutar y coordinar las políticas, programas y acciones para la implementación de la reforma en materia de justicia laboral.

En la Ciudad de México, su norma constitucional crea el tribunal laboral, a quien se encomienda la impartición de la justicia laboral de acuerdo con lo establecido en el apartado A del artículo 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y la Ley Federal del Trabajo.

En tanto el jefe de gobierno expida el decreto por el que se declaran reformadas y derogadas diversas disposiciones de la Constitución Política de los

³¹"Constitución Política del estado Libre y Soberano de Nayarit", *Congreso Nayarit*. [Consulta: 11 de diciembre de 2018]. Disponible en: <http://www.congresonayarit.mx/compilacion-legislativa/#1499376682502-c554675b-148>

³²"Constitución Política del estado Libre y Soberano de Quintana Roo", *Congreso Quintana Roo*. [Consulta: 3 de noviembre, 2018]. Disponible en: <http://documentos.congresoqroo.gob.mx/leyes/L176-XV-19102018-19/10/2018.pdf>

³³"Constitución Política del estado Libre y Soberano de Quintana Roo", *Congreso Quintana Roo*. [Consulta: 3 de noviembre, 2018]. Disponible en: <http://documentos.congresoqroo.gob.mx/leyes/L176-XV-19102018-19/10/2018.pdf>

VERÓNICA LIDIA MARTÍNEZ MARTÍNEZ

Estados Unidos Mexicanos, en materia de reforma laboral propuesta por el Congreso de la Unión y se emita la legislación laboral en materia de justicia laboral, la Junta Local de Conciliación y Arbitraje de la Ciudad de México conservará su estructura y atribuciones.

En los textos constitucionales de los estados de Campeche y Chiapas, se ha sujetado el inicio de las funciones de los tribunales laborales locales a la fecha en que entren en vigor las modificaciones respectivas a la Ley Federal del Trabajo. Empero, además de las modificaciones constitucionales realizadas, los estados de Campeche e Hidalgo y la Ciudad de México son los únicos que han reformado las leyes orgánicas de sus poderes judiciales para establecer las atribuciones de los tribunales laborales como parte de la estructura orgánica judicial a nivel local.

En los estados de Guanajuato, Nayarit, Quintana Roo, Chiapas, Nuevo León y Morelos existe una omisión legislativa parcial de parte de las legislaturas locales por sólo ocuparse de reformar las normas constitucionales para armonizarlas con el apartado A del artículo 123 de la Constitución Federal, pero se ha omitido realizar las reformas a las leyes secundarias locales para materializar la reforma laboral de 2017.

En Chihuahua, a pesar de la expedición de la Ley del Centro de Conciliación Laboral, junto con los estados de Aguascalientes, Baja California, Baja California Sur, Chihuahua, Coahuila, Colima, Durango, Guerrero, Jalisco, Estado de México, Michoacán, Oaxaca, Puebla, Querétaro, San Luis Potosí, Sinaloa, Sonora, Tabasco, Tamaulipas, Tlaxcala, Veracruz, Yucatán y Zacatecas, impera una absoluta omisión legislativa. Las legislaturas de estas entidades federativas no han reformado sus textos constitucionales y sus leyes secundarias para cumplimentar la aprobada reforma constitucional en materia de justicia laboral que no se ha materializado, pues a la fecha las Juntas de Conciliación y Arbitraje siguen operando con sus deficiencias y limitaciones en detrimento de su personal y de los justicables.

5. A modo de conclusión

Ante las omisiones legislativas del Congreso de la Unión y de las legislaturas de las entidades federativas aunadas a las regulaciones que imperan respecto a la instancia conciliatoria y la instauración de los tribunales laborales, la reforma constitucional en materia de justicia laboral se vislumbra con una realidad compleja y lejana.

No es suficiente, ni alcanza con las adecuaciones a los textos normativos federales y locales. La materialización fáctica de la reforma en materia de

justicia laboral amerita recursos humanos (especializados en ámbitos de la negociación laboral y el derecho social), recursos materiales (para la instauración de los espacios físicos en los que se han de ubicar los centros de conciliación y los tribunales laborales), recursos tecnológicos, recursos económicos para hacerla realidad. Sobre todo, se necesita una transformación normativa a la materia laboral que no se constriña a transcribir el texto de la Ley Federal de Trabajo para reemplazar expresiones como juntas de conciliación y arbitraje, laudo, presidente y auxiliar por tribunales laborales, sentencia, magistrado y secretario, por citar algunos ejemplos.

Es necesario que el derecho laboral se regule de manera adecuada y eficaz conforme a su naturaleza social, principios ordenadores de las relaciones laborales y su contenido esencial, pues no es un derecho de segunda de clase, sino que forma parte de la vida misma.

Referencias

- “Acuerdo General del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal, que reforma y adiciona el similar que reglamenta la organización y funcionamiento del propio Consejo, en relación con la creación de la Unidad de Implementación de la Reforma en Materia de Justicia Laboral”, *Diario Oficial de la Federación*, 11 de mayo, 2018. [Consulta: 1 de noviembre de 2018]. Disponible en: http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5522403&fecha=11/05/2018
- “Audiencias Públicas. Reforma Laboral”, *Cámara de Diputados*. [Consulta: 24 de marzo, 2019]. Disponible en: <http://www5.diputados.gob.mx/index.php/camara/Audiencia-Publica-Reforma-Laboral/Iniciativas.pdf>
- “Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”, *Cámara de Diputados*. [Consulta: 21 de diciembre, 2018]. Disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_270818.pdf
- “Constitución Política del estado de Campeche”, *Poder Legislativo del Estado de Campeche*. [Consulta: 23 de diciembre, 2018]. Disponible en: <http://legislacion.congresocam.gob.mx/>
- “Constitución Política del estado Libre y Soberano de Chiapas”, Congreso Chiapas. [Consulta: 23 de noviembre, 2018]. Disponible en: http://www.congresochiapas.gob.mx/new/InfoParlamentaria/LEY_0002.pdf?v=MzI=
- “Constitución Política para el estado de Guanajuato”. *Congreso Guanajuato*. [Consulta: 21 de diciembre, 2018]. Disponible en: https://congresogto.s3.amazonaws.com/uploads/ley/pdf/1/CONSTITUCION_POLITICA_PARA_EL_ESTADO_DE_GUANAJUATO_PO_14nov2018.pdf
- “Constitución Política del estado Libre y Soberano de Morelos”, *Marco Jurídico Morelos*. [Consulta: 3 de diciembre, 2018]. Disponible en: <http://marcojuridico.morelos.gob.mx/archivos/constitución/pdf/CONSTMOR.pdf>

VERÓNICA LIDIA MARTÍNEZ MARTÍNEZ

“Constitución Política del estado Libre y Soberano de Nayarit”, *Congreso Nayarit*. [Consulta: 11 de diciembre de 2018]. Disponible en: <http://www.congresonayarit.mx/compilacion-legislativa/#1499376682502-c554675b-148>

“Constitución Política del estado Libre y Soberano de Quintana Roo”, *Congreso Quintana Roo*. [Consulta: 3 de noviembre, 2018]. Disponible en: <http://documentos.congresoqroo.gob.mx/leyes/L176-XV-19102018-19/10/2018.pdf>

“Constitución Política para el estado de Hidalgo”, *Congreso Hidalgo*. [Consulta: 30 de noviembre de 2018]. Disponible en: http://www.congreso-hidalgo.gob.mx/biblioteca_legislativa/Leyes/10Constitucion%20Politica%20del%20Estado%20de%20Hidalgo.pdf

“Constitución Política del estado Libre y Soberano de Nuevo León”, *H. Congreso del Estado de Nuevo León*. Disponible en: <http://www.hcnl.gob.mx/transparencia/pdf/constituciopoliticadelestadodenuevoleon.pdf>

Exposición de Motivos de la Iniciativa de Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de justicia laboral, 28 de abril de 2016.

“Ley del Centro de Conciliación Laboral del estado de Hidalgo”, *Congreso Hidalgo*. [Consulta: 23 de noviembre, 2018]. Disponible en: http://www.congreso-hidalgo.gob.mx/biblioteca_legislativa/Leyes/Ley%20del%20Centro%20de%20Conciliacion%20Laboral%20del%20Estado%20de%20Hidalgo.pdf

“Ley del Centro de Conciliación Laboral del estado de Chihuahua”, *Congreso Chihuahua*. [Consulta: 13 de noviembre, 2018]. Disponible en: <http://www.congresochihuahua2.gob.mx/biblioteca/leyes/archivosLeyes/1419.pdf>

MÁRQUEZ ALGARA, MA. GUADALUPE Y DE VILLA CORTÉS, JOSÉ CARLOS, “Medios alternos de solución de conflictos,” en Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot (coord.), *Derechos Humanos en la Constitución: Comentarios de jurisprudencia constitucional e interamericana I*, México, UNAM - Suprema Corte de Justicia de la Nación - Fundación Konrad Adenauer, 2013.

NAVA GOMAR, SALVADOR, “La omisión legislativa inconstitucional frente a la jurisdicción electoral”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, año 2, núm. 3.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *La dimensión laboral en Centroamérica y República dominicana. Construyendo sobre el progreso. Reforzando el cumplimiento y potenciando las capacidades*, Washington D.C., Grupo de los Viceministros de Comercio y de Trabajo de los países de Centroamérica y República Dominicana, 2005.

SÁNCHEZ CASTAÑEDA, ALFREDO, “La jurisdicción laboral: De juntas tripartitas a tribunales de trabajo”, en Francisco Ibarra Palafox y Pedro Salazar Ugarte (coords.), *Cien años para el centenario. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, tomo 2: Estudios jurídicos*, México, UNAM, 2017.

Migrantes y trabajo forzado: enfoque normativo en México y tendencias jurisprudenciales en cortes regionales*

Migrants and forced Labor: Regulatory approach in Mexico and Jurisprudential trends in Regional Courts

Isaac de Paz González**

María José Bernal Ballesteros***

RESUMEN

Este artículo tiene dos objetivos: conocer los ejes teóricos y normativos que protegen a los trabajadores migrantes en México y exponer criterios sobre el trabajo forzado en cortes constitucionales y regionales. La aportación significativa del artículo radica en mostrar que en México no hay una política nacional eficaz que proteja al migrante del trabajo forzado. No obstante, hay un desarrollo creciente de legislación nacional e instrumentos de protección internacionales que, a la par de distintas resoluciones, convergen en procedimientos civiles, penales y de derechos humanos que están construyendo lineamientos importantes para la erradicación del trabajo forzado de los migrantes como grupo vulnerable.

PALABRAS CLAVE: Migrantes, trabajo forzado, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Brasil verde, Corte Europea.

ABSTRACT

This article has two objectives: To recognize the theoretical and normative axes that protect migrant workers in Mexico and to expose criteria on forced labor in constitutional and regional courts. The significant contribution of the article lies in showing that in Mexico there is no effective national policy that protects the migrant from forced labor. However, there is a growing development of national legislation and international protection instruments that, together with different resolutions, converge on civil, criminal and human rights procedures that are building important guidelines for the eradication of forced labor of migrants as a vulnerable group.

KEY WORDS: *Migrants, forced labor, Inter-American Court of Human Rights.*

205

* Artículo de investigación. Recibido el 30 de octubre de 2018 y aceptado para su publicación el 3 de septiembre de 2019.

** Profesor investigador de la Facultad de Derecho Tijuana, Universidad Autónoma de Baja California, México. (isaac.depaz@uabc.edu.mx) orcid.org/0000-0002-2267-5629

*** Profesora en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma del Estado de México. (majo.ballesteros07@gmail.com) orcid.org/0000-0001-6090-8457

MARÍA JOSÉ BERNAL BALLESTEROS / ISAAC DE PAZ GONZÁLEZ

SUMARIO

1. Enfoque teórico y normativo del trabajo forzado
2. Fallas de origen por la creciente presión del flujo migratorio
3. Los enfoques jurisprudenciales regionales
4. Las aportaciones de las cortes nacionales: Estados Unidos e Inglaterra
5. La falta de jurisprudencia en México
6. Conclusiones

1. Enfoque teórico y normativo del trabajo forzado

El origen del problema migratorio se atribuye a la inseguridad, los contextos de violencia, el cambio climático, los desastres ecológicos, las desigualdades sociales, la reunificación familiar y la falta de oportunidades que, particularmente, padecen las personas del sur global. Las situaciones a las que los migrantes están expuestos durante el traslado y la llegada a sus destinos representan un alto riesgo para su integridad y la de sus familiares. Aunado a ello, una vez instalados en alguna ciudad o punto fronterizo comienzan a padecer exclusión social y laboral, así como discriminación, lo cual los convierte en un grupo altamente vulnerable. En este contexto, el presente trabajo de investigación se enfocará en mostrar los elementos normativos de los trabajadores migrantes y los mecanismos de garantía de sus derechos, así como los enfoques jurisprudenciales de tribunales regionales de derechos humanos.

La metodología del trabajo se basó en la revisión de los cuerpos normativos nacionales e internacionales para conocer los derechos de los trabajadores migrantes en el contexto de México y con referencias a Centroamérica. Asimismo, se sondearon las cifras del trabajo forzado a nivel internacional y nacional, con datos de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), así como de organizaciones que han estudiado el fenómeno en América Latina. El objetivo de esta revisión empírica fue determinar que, a pesar de la universalidad de los derechos de los migrantes, cada región presenta problemas distintos; también se advierte que las políticas públicas para enfrentar el tema son diversas, en los ámbitos internacional, regional y nacional. En la parte final del trabajo se muestran los avances de los tribunales regionales en materia de trabajo forzado como un elemento integrador que debe ser retomado en las jurisdicciones domésticas para lograr un cambio de enfoque de política migratoria, pero también de otras líneas de política pública que inciden en el trabajo forzado.

El origen moderno del *trabajo forzado* como concepto jurídico universal proviene del sistema internacional de derechos humanos. En la antigüedad, la esclavitud estuvo permitida. Fue hasta el siglo XVIII cuando comenzaron los procesos abolicionistas en Europa, los cuales se consolidaron hasta el siglo XX en el resto del mundo. Distintos jueces constitucionales tuvieron intervención relevante para prohibir la esclavitud. Uno de ellos fue Lord Mansfield, en el caso *Somerset vs. Stewart*: mediante un *habeas corpus*, Somerset fue liberado de su amo (Stewart), quien lo pretendía trasladar de Londres a las plantaciones de azúcar en Jamaica. La sentencia adujo que aunque en las colonias el comercio de esclavos era legal, no lo era en Inglaterra, pues para esta última, la esclavitud es algo inmoral y la libertad es un derecho natural, inalienable e ilimitable, especialmente cuando se trata de hombres libres y cristianos.¹ Para algunos, el caso Somerset aceleró la guerra de independencia, debido al temor de perder la fuerza productiva de los esclavos de las colonias por la inminente abolición.²

En 1926 surgió el primer cuerpo normativo: la Convención sobre la esclavitud de 1926, emitida por la Liga de las Naciones, que tajantemente prohibía la comercialización de seres humanos:

A los fines de la presente Convención se entiende que: 1. La esclavitud es el estado o condición de un individuo sobre el cual se ejercitan los atributos del derecho de propiedad o algunos de ellos; 2. La trata de esclavos comprende todo acto de captura, adquisición o cesión de un individuo para venderle o cambiarle; todo acto de cesión por venta o cambio de un esclavo, adquirido para venderle o cambiarle, y en general todo acto de comercio o de transporte de esclavos.

Poco después, en 1930, se emitió el Convenio 29 sobre Trabajo Forzoso de la OIT. En este cuerpo normativo, se define como el trabajo exigido mediante la amenaza y la coacción al individuo (trabajador), esto es, “todo trabajo o servicio exigido a un individuo bajo la amenaza de una pena cualquiera y para el cual dicho individuo no se ofrece voluntariamente” (artículo 2).

Luego se retomó el concepto con más amplitud en el Convenio 105 de la OIT (1957) sobre la abolición del trabajo forzoso. En las décadas de la Segunda Guerra Mundial, y un poco después, la valoración normativa del trabajo forzado

¹ King's Bench Court, *Somerset v. Stewart*, Londres, Trinity Term, 22 de junio, 1772.

² WEBB, DEREK, “The Somerset effect: Parsing Lord Manfield's. Words on Slavery in Nineteenth-Century America”, *Law and History Review*, vol. 32, núm. 3, p. 459.

tomó fuerza en la India y África en el contexto de las luchas de independencia y la supresión de la explotación laboral colonialista.³

En 1999, la OIT elaboró la Convención 182 sobre las peores formas de trabajo forzado infantil, con el objeto de crear un marco conceptual para prevenir y sancionar la venta de menores, su reclutamiento para la guerra o los conflictos armados, su explotación sexual en diversos ámbitos y su utilización en actividades ilícitas, como el tráfico de drogas. Cabe mencionar que el Convenio solo abarca menores de 16 años, y establece rangos de edades para trabajadores de menos de 12 años. Estos preceptos se leen en consonancia con el artículo 32 de la Convención de los Derechos del Niño, que prohíbe toda forma de explotación en su contra.

A pesar de la existencia de un marco jurídico internacional, desde el inicio del siglo xx, los marcos nacionales no necesariamente califican el trabajo forzado ni la esclavitud moderna como conductas penales o sancionables en el ámbito civil. Esto se debe probablemente a que los avances significativos han sido desde el derecho penal internacional, cuando se definieron los elementos típicos de la conducta de esclavitud ante la Corte Penal Internacional en el caso del fiscal *vs.* Kunarac.⁴ Sin embargo, los estudios sobre las diferencias entre servidumbre, esclavitud y trabajo esclavo establecen la importancia de que las legislaciones nacionales prevean mecanismos legales distintos para castigar las tres conductas en distintos ámbitos.⁵ Los estudios más avanzados, por su parte, notan la problemática de las medidas de reparación y satisfacción de las víctimas de esclavitud moderna.

Para autores de contextos donde la esclavitud moderna es un tema de interés público con intenso escrutinio judicial, el problema es multidimensional, pues no sólo abarca cuestiones de justicia penal, sino de política pública integral y, en consecuencia, la esclavitud y el trabajo forzado demandan una estrecha y permanente colaboración entre agentes estatales, empresas, grupos de derechos humanos y agencias internacionales.⁶ En consecuencia, el sistema europeo⁷ ha formulado directivas amplias para la prevención del trabajo forzado y se

³ Véase SWEPSTON, LEE, "Forced and Compulsory Labour in International Human Rights Law", working paper, Suiza, International Labour Organization, 2014, pp. 10-12.

⁴ CORRIE, KAREN, "Could the International Criminal Court Strategically Prosecute Modern Day Slavery?", *Journal of International Criminal Justice*, vol. 14, núm. 2, p. 302.

⁵ VLADISLAVA, STOYANOVA, *Conceptual Limits and States' Positive Obligations in European Law, Human Trafficking and Slavery Reconsidered*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, p. 294.

⁶ GARDNER, ALISON, "An Idea Whose Time Has Come? Modern Slavery, Multiple Streams Approach and Multilayer Policy Implementation", *Journal of Human Rights Practice*, núm. 10, pp. 461-481.

⁷ Véase European Commission, "Sustainable and responsible supply chains", *European Commission*. [Consulta: 23 de agosto, 2019]. Disponible en: https://ec.europa.eu/europeaid/sectors/economic-growth/private-sector-development/sustainable-and-responsible-supply-chains_en

han creado normas en torno a la explotación laboral o esclavitud que tienen múltiples procedimientos punitivos, financieros y de política de producción,⁸ a través del control y la revisión de las cadenas de suministro. Esto ha sido gradual y ha tomado fuerza desde la vinculación de las empresas (como entes responsables de proteger y ejercer acciones positivas con el medio ambiente) para prevenir violaciones de derechos humanos en todos sus procesos adquisitivos, de producción y venta de productos libres de trabajo forzado.⁹ Por lo tanto, en adición a las leyes migratorias, el entorno de vulnerabilidad de los trabajadores migrantes está relacionado con los “factores económicos, políticos y socioculturales que, ligados a su identidad e historia [...] pueden limitar su capacidad para responder a efectos adversos; lo cual no se restringe a la falta de satisfacción de necesidades materiales, sino también a conductas que discriminan y estigmatizan”.¹⁰

Para efectos vinculantes de los tratados que conforman el marco legal internacional del trabajo forzado en nuestro país, México ha ratificado los siguientes: Convención relativa a la esclavitud y su protocolo de modificación (*Diario Oficial de la Federación* 11 de mayo de 1955); Convenio 29 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre el Trabajo Forzoso (DOF, 13 de agosto de 1935); Convenio 105 de la OIT sobre la Abolición del Trabajo Forzoso (DOF, 21 de agosto de 1959); Convenio 182 sobre las peores formas de trabajo infantil de la OIT (DOF, 7 de marzo de 2001), Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (DOF, 10 de abril de 2003). Como veremos más adelante, este marco ha servido de piso mínimo para crear las normas nacionales sobre trabajo forzado.

Respecto a las cifras globales del trabajo forzado, diversas organizaciones han señalado la existencia de varios subtipos de trabajo forzado y explotación humana en las siguientes actividades: matrimonio forzado, explotación en el trabajo doméstico, trabajo forzado en fábricas, agricultura y actividades marítimas, explotación sexual, esclavitud moderna en cadenas de suministro y tráfico de personas con los propósitos de explotación. La definición actual más completa

⁸ Hay países como el Reino Unido que han creado toda una legislación y un órgano de control para revisar la adecuación de la cadena de suministro que vigila las prácticas de las empresas para evitar el trabajo esclavo en cualquiera de sus fases de producción. Véase: Home Secretary, “Transparency in Supply Chains etc. A practical guide 2017”, *Home Secretary*. [Consulta: 14 de agosto, 2018]. Disponible en: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/649906/Transparency_in_Supply_Chains_A_Practical_Guide_2017.pdf

⁹ ONU, *Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos*, Ginebra, ONU, 2011, p. 2.

¹⁰ DELGADO CARBAJAL, BARUCH Y BERNAL BALLESTEROS, MARÍA JOSÉ, *Catálogo para la calificación de violaciones a derechos humanos*, Toluca, Comisión de Derechos Humanos del Estado de México, 2016, pp. 43-44.

es la que emite el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional. En su artículo 3, señala:

Por *trata de personas* se entenderá la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos.

El exrelator especial sobre los derechos humanos de los migrantes del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (CDHNU) ha referido que “cuando los canales regulares de migración no reflejan adecuadamente las necesidades del mercado de trabajo, los migrantes tienen más probabilidades de que las redes de tráfico ilícito de personas y los contratantes poco éticos les ofrezcan soluciones de migración irregular, y de pasar a ser víctimas de la explotación y los abusos”.¹¹ de ahí que sea de suma importancia la existencia de políticas públicas y normatividad que regule de manera integral la migración.

Según cifras de diversas organizaciones, aproximadamente “40 millones de personas en el mundo son víctimas de la esclavitud moderna en 2016, y 152 millones de niños entre 5 y 17 años están en situación de trabajo infantil. La OIT presentó además un informe asociado que confirma que alrededor de 152 millones de niños, entre 5 y 17 años, son víctimas del trabajo infantil”.¹² En toda América, hay aproximadamente 2 millones de personas bajo condición de esclavitud moderna y se aporta aproximadamente con 5% de la población mundial. En el análisis que realizó *Global Slavery Index*, Venezuela, Haití y la República Dominicana fueron los países con mayor prevalencia de la esclavitud moderna; sin embargo, Estados Unidos, Brasil y México tuvieron los números

¹¹ Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (CDHNU), “Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes sobre una agenda 2035 para facilitar la movilidad humana A/HRC/35/25”, 28 de abril, 2017, párr. 31.

¹² OIT (Organización Internacional del Trabajo), “Esclavitud moderna y trabajo infantil”, disponible en: https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/news/WCMS_574731/lang-es/index.htm [Consulta: 4 de octubre, 2018].

absolutos más altos y representaron más de la mitad (57%) de las víctimas en la región.¹³ Los estudios sobre la trata de personas muestran que el origen del problema tiene que ver con la inequidad social¹⁴ y también con la capacidad transnacional de las organizaciones criminales que someten a personas de países pobres a la explotación laboral y sexual, generalmente.

Frente a las cifras actuales de trabajo forzado, las agendas internacionales coinciden en que los mecanismos preventivos y represivos deben ser asequibles a las personas que padecen una situación de explotación, para que sus derechos sean resarcidos. El primer problema al que se enfrentan es a la falta de vinculación estatal a favor de las normas que protegen a los migrantes como ciudadanos con plenos derechos. El aspecto que referíamos al inicio, relacionado con la soberanía de cada Estado, conlleva a que la normatividad internacional permita limitar el acceso a ciertos derechos en función del estatus de la persona y, en este sentido, se entiende que no están obligados a extender sus derechos políticos a los extranjeros, tal es el caso del derecho a casarse, el derecho a votar o a presentarse a puestos electivos, así como el derecho al trabajo.¹⁵

En general, los derechos laborales de los migrantes están dispuestos, mediante las políticas migratorias de un Estado que se establecen mediante actos, medidas u omisiones institucionales que regulan la entrada, la salida o la permanencia de las personas nacionales y extranjeras dentro de sus territorios. No obstante, esos actos regulados por leyes, decretos, actos administrativos y de otra naturaleza deberán ser siempre compatibles con las normas de protección de los derechos humanos y, por tanto, no pueden ser discriminatorios. Sin embargo, la discrecionalidad que tienen los Estados para emitir sus políticas migratorias no puede ser entendida como una justificación para cometer actos u omisiones que atenten contra la dignidad, las libertades y los derechos humanos de los migrantes; la calidad migratoria de una persona no puede suponer una trasgresión o limitación del goce de sus derechos. La persona migrante, al asumir una relación de trabajo, adquiere una serie de derechos laborales que deben ser respetados y garantizados por el Estado, como el empleo en igualdad de condiciones ante el resto de los trabajadores y con independencia de su estatus

¹³ Global Slavery Index, "Americas Report 2018", *Global Slavery Index*. [Consulta: 14 de agosto, 2018]. Disponible en: <https://www.globalslaveryindex.org/2018/findings/regional-analysis/americas/>

¹⁴ RIPOLL, ALEJANDRA, "Colombia: Semillero para la trata de personas", *Revista de relaciones internacionales, estrategia y seguridad*, vol. 3, núm. 1, pp. 175-186.

¹⁵ Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas y Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos: normatividad, jurisprudencia y doctrina de los Sistemas Universal e Interamericano*, México, Alto Comisionado de Naciones Unidas - Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, 2012, p. 953.

MARÍA JOSÉ BERNAL BALLESTEROS / ISAAC DE PAZ GONZÁLEZ

migratorio; es decir, que dichas prerrogativas le sean otorgadas como consecuencia de su relación laboral.

El Estado tiene la obligación de evitar y sancionar situaciones de discriminación en las relaciones laborales que se creen entre los particulares y las personas extranjeras o migrantes, así como de que dicha relación contractual considere los estándares mínimos internacionales. Dicha responsabilidad debe ir más allá, pues supone, además, que el Estado garantice los medios adecuados para ejercer sus derechos laborales, incluyendo los de los trabajadores migrantes indocumentados.¹⁶

2. Fallas de origen por la creciente presión del flujo migratorio

El trabajo forzado existe en México, Brasil y otros países latinoamericanos. Los factores suelen ser variables: por deudas, por matrimonio y por explotación laboral.¹⁷ La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha detectado trabajo esclavo en el chaco boliviano en contra de comunidades indígenas. A pesar de la existencia de normas que prohíben el trabajo forzado y la ratificación del Convenio 182 por parte del Estado boliviano y otras prácticas violatorias de derechos humanos, la CIDH detectó que las víctimas no tuvieron acceso a la justicia por su situación de vulnerabilidad.¹⁸

Ahora bien, el grupo que interesa para efectos de este trabajo son los migrantes en México. Un primer problema detectado es la ausencia de registros confiables del número de personas que ingresaron por la frontera sur a México en los últimos cinco años. Debido a la migración en masa (caravanas), el registro se ha vuelto un tema complicado, pues esta situación los coloca en un estado de extrema peligrosidad al viajar dentro del territorio a razón de la violencia del crimen organizado.

México contempla la protección amplia como personas con plenos derechos de acuerdo con el artículo 1 constitucional y, en particular, de conformidad con la Ley de Migración a través de diversas categorías, tales como migrantes en situación de vulnerabilidad (asilado, refugiado, menores). En su artículo 3, también se prevé garantía de su derecho al trabajo, pues la fracción xxv señala que la remuneración consiste en: “las percepciones que reciban las

¹⁶ SILVA GARCÍA, FERNANDO, *Jurisprudencia Interamericana sobre Derechos Humanos. Criterios esenciales*, México, Tirant lo Blanch, 2016, pp. 869 y 870.

¹⁷ OIT (Organización Internacional del Trabajo), “Estimación Mundial sobre el trabajo infantil y la esclavitud moderna de 2017. Hoja de Datos Regional de las Américas”, Ginebra, OIT, 2017, p. 5.

¹⁸ OEA (Organization of American States), *Captive communities: situation of the Guaraní indigenous people and contemporary forms of slavery in the Bolivian Chaco*, OEA, 24 de diciembre, 2009.

personas en el territorio de los Estados Unidos Mexicanos por la prestación de un servicio personal subordinado o por la prestación de un servicio profesional independiente". Sin embargo, la realidad económica del desempleo en México impone restricciones de facto para que a los migrantes se les facilite hallar un trabajo digno.

En estas condiciones, el ámbito laboral es un campo fértil donde se aprovecha la falta de regulación y se permite la explotación. Ante la carencia de documentos migratorios, los migrantes están expuestos a situaciones de discriminación, explotación laboral y violencia, pues al no tener otra posibilidad de acceder a un empleo formal, deben conformarse y aceptar las condiciones indignas que les ofrecen como indocumentados. Así, el punto central de la negación a los derechos de los migrantes reside en el trabajo de los migrantes, concatenado con el comportamiento ascendente de los flujos de personas que ingresaron a México de Centroamérica desde 2005 y hasta 2019.¹⁹ En consecuencia, el problema de imponer medidas de prevención al trabajo forzado de migrantes aumenta por la falta de garantías de proceso en torno a los derechos laborales y políticos.²⁰

Por otra parte, y como norma especial, México cuenta con la Ley General para Prevenir, Sancionar y Erradicar los Delitos en materia de Trata de Personas y para la Protección y Asistencia a las Víctimas (2012), que tipifica las conductas de esclavitud, explotación laboral, servidumbre y matrimonio forzado. De acuerdo con los artículos 1, 10, 21 y 22 de dicha normatividad, el trabajo forzado tiene como elementos las condiciones insalubres, la ilicitud, la desproporción y el salario por debajo del mínimo legal. A este marco debemos añadir el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños, que señala la misma definición más amplia en materia de trata de personas prevista en la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.

Como normas especiales, a partir de 2017, México implementó el Protocolo de Actuación para Prevenir el Trabajo Forzado y llevar a cabo revisiones administrativas en diversos sectores laborales. El Protocolo de Inspección para Prevenir y Detectar la Trata de Personas en los Centros de Trabajo²¹ toma como referencia la Ley General para Prevenir, Sancionar y Erradicar los Delitos en

¹⁹ Así se advierte en OIM (ONU Migración), "Reporte de flujos migratorios en Centroamérica, Norteamérica y el Caribe no. 6", San José de Costa Rica, OIM. [Consulta: 23 de agosto, 2019]. Disponible en: <https://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/SITREP%206%20-%20espanol%20-%20web.pdf>

²⁰ Situación que también en Europa pone en jaque a los sistemas nacionales.

²¹ Secretaría del Trabajo y Previsión Social, "Protocolo de Inspección para Prevenir y Detectar la Trata de personas en los Centros de Trabajo", México, Secretaría del Trabajo y Previsión Social, 2017. [Consulta: 23 de agosto, 2019]. Disponible en: https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/200998/Protocolo_Trata_en_centros_de_trabajo.pdf

materia de Trata de Personas y Para la Protección y Asistencia a las Víctimas de estos Delitos y el Reglamento Federal de Seguridad y Salud en el Trabajo, para definir siete situaciones de explotación laboral: trata de personas, explotación, explotación laboral, violencia laboral, labores peligrosas o insalubres y servicios (de salud e higiene) al personal. Existe también el Protocolo de Inspección del Trabajo en materia de Erradicación del Trabajo infantil y Protección al Trabajo adolescente permitido (2012). Si bien son protocolos generales, ninguno de estos hace alusión a los lineamientos especiales cuando se detecten migrantes, tanto adultos como menores, que sufran explotación laboral.

Por otra parte, el mapa de la migración nacional y la recepción de migrantes en México han cambiado debido a la política de militarización de la frontera sur²² y a la alta incidencia de eventos delictivos que se intensifica en contra de los migrantes en el país. Por ello, el caso de México es *sui generis*; hay dos fenómenos en torno a los derechos laborales de los migrantes: aquellos que son deportados y que aceptaban condiciones laborales de explotación y alta vulnerabilidad y los que llegan de otros países en su paso hacia Estados Unidos de América.

Para entender la ausencia de vías de protección laboral, tanto en el plano legislativo como de política pública y de acceso a la justicia a favor de los migrantes que llegan a México. Una reforma que impacta en la violación de los derechos laborales del migrante y que provoca ausencia de registros confiables de trabajadores es el *outsourcing*.²³ Dentro de este contexto, Ruiz Moreno señala implícitamente que hay dos marcos regulatorios, uno para los trabajadores migrantes que entran de manera legal a México y otro para los inmigrantes irregulares que tienen, como todo ser humano, un elemental derecho a la vida y a la asistencia sanitaria, a no ser torturado o sometido a castigos degradantes, a no prestar trabajo forzoso y a no ser detenido arbitrariamente.²⁴ El sistema mexicano de protección a los migrantes en materia laboral mantiene un hermetismo total. Es muy difícil que un extranjero que llega sin documentos a México pueda confrontar el abuso laboral, bajo condiciones de igualdad, pues el acceso a la justicia es de por sí escueto para los trabajadores mexicanos. Posiblemente, esta falta de acceso a los recursos judiciales ha permitido que

²² WILKINSON, DANIEL, "México desplegará su Guardia Nacional para enfrentar a familias migrantes", *Human Rights Watch*. [Consulta: 23 de agosto, 2019]. Disponible en: <https://www.hrw.org/es/news/2019/06/12/mexico-desplegara-su-guardia-nacional-para-enfrentar-familias-migrantes>

²³ Reforma del artículo 15-A de la Ley Federal del Trabajo, vigente a partir de diciembre de 2012. Dicha reforma empeoró los derechos de los trabajadores y le quitó responsabilidad en materia de seguridad social y contribuciones a las empresas.

²⁴ RUIZ MORENO, ÁNGEL GUILLERMO, "El derecho humano al trabajo de los migrantes", *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, vol. 22, p. 215.

las cifras de trabajo forzado y otras formas de explotación humana en México se incrementen.

En el Reporte de Trata 2019 de la Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH) se establece que entre 2017 y 2018 el Instituto Nacional de Migración (INM) detectó 133 víctimas (63 de Honduras, 29 de Guatemala, y en menor cantidad de El Salvador, Venezuela, Colombia, España, Cuba, Italia y Uruguay). “La dependencia indicó que 78 personas fueron [víctimas] de trata en la modalidad de explotación sexual (73 mujeres y cinco hombres), 52 en la modalidad de explotación en los trabajos forzados (35 mujeres y 17 hombres) y tres en mendicidad forzada (dos mujeres y un hombre).”²⁵ Esta es la única cifra más o menos confiable sobre migrantes que han sufrido explotación de algún tipo y ello obedece a que el diagnóstico de la CNDH fue elaborado tomando en cuenta cifras de procuradurías y del INM.

En parte, uno de los temas pendientes es que las entidades federativas cuenten con mecanismos especiales de prevención y protección de migrantes. Los factores pueden ser de diversa índole. Los más comunes son que la migración es un tema de jurisdicción federal y no es competencia de los ayuntamientos ni de las autoridades estatales. Si a ello se añade que:

A julio de 2017, solo 16 congresos locales habían realizado una armonización legislativa a la Ley General: Aguascalientes, Baja California, Colima, Coahuila, Ciudad de México, Durango, Guerrero, Estado de México, Jalisco, Puebla, Querétaro, Tamaulipas, Veracruz, Zacatecas, Quintana Roo y Michoacán. La armonización significó que habían emitido una nueva Ley o reformado su Ley expresamente para armonizarla con la Ley General, y derogaron el tipo penal de sus códigos o éstos remiten a la Ley General. Entre los Congresos que no habían realizado una armonización legislativa con la Ley General se encuentran los siguientes: Baja California Sur, Chiapas, Nayarit, Nuevo León y Morelos. Campeche y Chihuahua, Guanajuato, presentaron reformas a su Código, pero no habían emitido una nueva Ley o reformado su Ley expresamente para armonizarla con la Ley General: Tlaxcala y San Luis Potosí.²⁶

²⁵ Comisión Nacional de Derechos Humanos, *Diagnóstico sobre la situación de la Trata de Personas en México*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2019, p. 273.

²⁶ Comisión Nacional de Derechos Humanos, *Diagnóstico sobre la situación de la Trata de Personas en México*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2019, p. 16.

En consecuencia, el panorama es problemático. Ante la falta de inclusión legislativa de mecanismos normativos preventivos y reparadores, el avance es muy lento y solo es verificable a nivel federación. De acuerdo con el Departamento de Estado de los Estados Unidos, México no cumple con los estándares mínimos de protección y prevención de delitos de trata de personas, dentro de los que se incluye el trabajo forzado. Lo que en particular detecta la agencia de Estados Unidos es una serie de desconexiones entre normas, política pública y ejecución de las normas. Por ejemplo, señala que no hay una base de datos de migrantes explotados, que hay poca capacitación en el Poder Judicial para este tipo de delitos, y que el número de procesos es bueno, pero el número de sentenciados es bajo en comparación con las acciones iniciadas.²⁷ Por ejemplo, el reporte advierte que:

Las autoridades iniciaron acciones judiciales contra 510 personas en casos federales y estatales en 2018, en comparación con 609 personas en casos federales y estatales en 2017; 479, en 2016 y, 578, en 2015. Las autoridades condenaron a 60 tratantes involucrados en 25 casos federales y 35 estatales, en comparación con 95 tratantes involucrados en 40 federales y estatales casos en 2017, 228 tratantes involucrados en 127 casos federales y estatales, en 2016 y, 86 tratantes involucrados en 36 casos federales y estatales en 2015.²⁸

En otros rubros, el reporte menciona que los mecanismos de protección especial y asistencia a víctimas siguen siendo muy escasos. Aunque hay avances en la cooperación de agencias interestatales, no hay una política nacional homogénea en el tema que unifique la operación de albergues (públicos y privados), el registro de víctimas, las cantidades de asistencia monetaria que se les pueden dar y el tratamiento especial a menores.²⁹ En materia de prevención, tampoco existe un trabajo coordinado entre el INM, la Secretaría del Trabajo federal y sus pares locales. Por lo tanto, se puede deducir que el problema de la transgresión a los derechos de los migrantes y su explotación laboral no

²⁷ Embajada y Consulado de los Estados Unidos en México, "Reporte sobre Trata de Personas 2019, Recomendaciones prioritizadas", *US Embassy*. [Consulta: 23 de agosto, 2019]. Disponible en: <https://mx.usembassy.gov/es/our-relationship-es/reportes-oficiales/reporte-sobre-trafico-de-personas/>

²⁸ Embajada y Consulado de los Estados Unidos en México, "Reporte sobre Trata de Personas 2019, Recomendaciones prioritizadas", *US Embassy*. [Consulta: 23 de agosto, 2019]. Disponible en: <https://mx.usembassy.gov/es/our-relationship-es/reportes-oficiales/reporte-sobre-trafico-de-personas/>

²⁹ Embajada y Consulado de los Estados Unidos en México, "Reporte sobre Trata de Personas 2019, Recomendaciones prioritizadas", *US Embassy*. [Consulta: 23 de agosto, 2019]. Disponible en: <https://mx.usembassy.gov/es/our-relationship-es/reportes-oficiales/reporte-sobre-trafico-de-personas/>

es un tema exclusivamente de vacíos normativos, sino de la ausencia de una política pública sectorizada de acuerdo con el nivel de competencia de cada autoridad que interviene, donde se incluyan a todos los actores: organizaciones de la sociedad civil, defensorías estatales y municipales de derechos humanos, secretarías de estado del ámbito laboral (que apliquen sus protocolos en materia de revisión), y que se difunda el enfoque de los derechos humanos en el sector privado, industrial y comercial.

Para concluir este apartado, diremos que debido a la ineficacia de cumplimiento y resultado de las regulaciones laborales y la demanda de mano de obra barata —mayormente auspiciadas en ciudades industriales como la periferia de la Ciudad de México y otras ciudades industriales y fronterizas como Tijuana, en las que se han establecido—, según cifras de la CNDH, hay al menos 20 000 migrantes, en su mayoría haitianos y sudamericanos, de 2016 a 2018.

3. Los enfoques jurisprudenciales regionales

A falta de una serie de lineamientos, tanto sustantivos como procesales, para proteger integralmente los derechos humanos de los migrantes en México, consideramos pertinente que este trabajo ofrezca un panorama de soluciones desde la jurisdicción de los derechos humanos sobre el trabajo forzado. Como ya se advirtió en la primera parte de este trabajo, la explotación de los grupos en vulnerabilidad no es tema que respete ámbitos geográficos. Por ello, acudiremos al sistema regional europeo para analizar las tendencias existentes.

El sistema regional europeo mantiene una protección amplia de los derechos de los migrantes para evitar su explotación laboral. La Convención Europea de Derechos Humanos establece, en su artículo 4, las prohibiciones del trabajo esclavo y forzado: “1. Nadie podrá ser sometido a esclavitud o servidumbre. 2. Nadie podrá ser constreñido a realizar un trabajo forzado u obligatorio”.³⁰ La definición de esclavitud que ha establecido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) estipula que la esclavitud es la condición que se ejerce sobre una persona alguna o todas las condiciones del derecho de propiedad.³¹

Los principios de interpretación del artículo 4 se armonizan con el derecho internacional. En el caso *Ransteve vs. Chipre y Rusia*, el Tribunal estableció que las provisiones del artículo 4 y el conjunto del Convenio debe tratarse como instrumento para la protección de los seres humanos individuales. Exige que

³⁰ Aprobada por el Consejo de Europa en la Ciudad de Roma, el 4 de noviembre de 1950.

³¹ TEDH (Tribunal Europeo de Derechos Humanos), *Siliadin v. France* (Application no. 73316/01), Sentencia del 26 de octubre de 2005.

sus disposiciones se interpreten y apliquen de manera que sus salvaguardas sean prácticas y eficaces.³² Además, dentro del marco de protección, se dijo que la trata de personas y su explotación atenta contra la dignidad humana, y que ello no es compatible con los valores que se defienden en una sociedad democrática y que son parte del Convenio.³³ Así, el Tribunal, habida cuenta de su obligación de interpretar el Convenio a la luz de condiciones actuales, considera innecesario identificar, en el contexto específico de trata, ya sea que el tratamiento del que se queja el solicitante constituya “esclavitud”, “servidumbre” o “trabajo forzado y obligatorio” y considera que el propio tráfico está previsto en otras disposiciones que se deben aplicar en armonía con el artículo 4 del Convenio.³⁴

Un caso reciente en Europa fue *Chowdury y otros vs. Grecia*. Los hechos dan cuenta de un grupo de trabajadores originarios de Bangladesh que fueron reclutados bajo el engaño de un trabajo (cosecha de fresas) bien pagado con derecho a residencia europea. Desde luego, los trabajadores llegaron sin los permisos debidos a finales de 2012 y sus empleadores no pagaron los salarios de los solicitantes y los obligaron a trabajar en condiciones físicas difíciles bajo la supervisión de guardias armados. Los demandantes alegaron haber sido sometidos a trabajo forzoso. Asimismo, afirmaron que el Estado tenía la obligación de impedir que fueran víctimas de la trata de personas, adoptar medidas preventivas con ese fin y castigar a los empleadores.

El TEDH sostuvo que Grecia violó, en perjuicio de los quejosos, las disposiciones previstas en el artículo 4.2 del Convenio, al considerar que los solicitantes no habían recibido una protección efectiva ni el acceso a la justicia. Uno de los aspectos que, a nuestro modo de ver, nos parece de suma importancia es la utilización del derecho internacional multinivel, esto comprende la Convención de Ginebra sobre la Esclavitud de 1926, el Convenio del Consejo de Europa de Lucha contra la Trata de Seres Humanos (en vigor desde 2014) y el Protocolo de Palermo (2000).³⁵ Asimismo, el TEDH observó que la situación de los demandantes era de trata de personas y trabajo forzoso, y especificó que la explotación a través del trabajo era uno de los aspectos de la trata de seres humanos. El Tribunal también encontró que el Estado no había cumplido

³² TEDH (Tribunal Europeo de Derechos Humanos), *Rantsev v. Chipre Et Rusia* (Application no. 25965/04), sentencia del 7 de enero, 2010.

³³ TEDH (Tribunal Europeo de Derechos Humanos), *Rantsev v. Chipre Et Rusia* (Application no. 25965/04), sentencia del 7 de enero, 2010, párr. 282.

³⁴ TEDH (Tribunal Europeo de Derechos Humanos), *Rantsev v. Chipre Et Rusia* (Application no. 25965/04), sentencia del 7 de enero, 2010.

³⁵ TEDH (Tribunal Europeo de Derechos Humanos), *Chowdury y otros vs. Grecia* (Application no. 21884/15), sentencia del 30 de marzo, 2017, párrs. 37-39.

con sus obligaciones de prevenir la situación de la trata de personas, de proteger a las víctimas, de llevar a cabo una investigación efectiva de los delitos cometidos y de castigar a los responsables de la trata.³⁶

Uno de los avances más notables del sistema europeo es la obligación que impone su *corpus iuris* para que los Estados tomen medidas adicionales en todos los ámbitos de su competencia. En el caso *C. N. vs. Reino Unido* se estableció que el artículo 4 del Convenio impone medidas operacionales, de acuerdo con los hechos de cada caso, para evitar que se repitan (lo que en el sistema interamericano llamamos “efecto útil”). En este sentido, el TEDH estableció que las autoridades estatales conocían, o deberían conocer, las circunstancias dando lugar a una sospecha creíble de que una persona identificada había sido o era sometida a un tratamiento que infringía el artículo 4 del Convenio. En el caso de una respuesta afirmativa, habrá una violación de ese artículo cuando las autoridades no tomen las medidas apropiadas dentro del alcance de sus poderes para remover al individuo de esa situación o riesgo.³⁷

Ante la escalada de llegada masiva de inmigrantes del Medio Oriente y de África subsahariana, Europa se halla en la encrucijada de crear, a corto plazo, soluciones que eviten la explotación de migrantes bajo esquemas que no sólo son de negación de derechos laborales, sino que corren el grave peligro de ser capturados por el crimen organizado, pues al negar derechos civiles y laborales, los inmigrantes pueden ser sujetos de “explotación para realizar actividades delictivas” de grupos criminales que los instigan al carterismo, hurtos en comercios, tráfico de estupefacientes y otras actividades similares que están castigadas con penas e implican una ganancia económica.³⁸

El sistema interamericano ha propuesto una serie de políticas públicas y medidas generales para que los Estados puedan adecuar sus marcos legislativos a las obligaciones que se derivan del artículo 6 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que señala la prohibición de la esclavitud y la servidumbre en todas sus formas. Junto al artículo, el esquema normativo del sistema interamericano parte de la discriminación como categoría amplia de protección en todos los sentidos: *a)* político, desde las normas nacionales de prevención y reparación; y *b)* procesal, mediante la sanción de conductas de explotación laboral dentro de los sistemas nacionales. También se han

³⁶TEDH (Tribunal Europeo de Derechos Humanos), *Chowdury y otros vs. Grecia* (Application no. 21884/15), sentencia del 30 de marzo, 2017, párrs. 12, 123 y 128.

³⁷TEDH (Tribunal Europeo de Derechos Humanos), *C.N. vs. Reino Unido* (Application no. 4239/08), sentencia del 13 de febrero, 2013, párrs. 68, 79, 80.

³⁸“Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 abril de 2011”, *Diario Oficial de la Unión Europea*. [Consulta: 22 de julio, 2018]. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32011L0036&from=HU>

asociado los derechos de los migrantes a la dimensión de los derechos sociales y en favor de los derechos civiles en conexión con otros derechos, tal como quedó demostrado en los casos de las niñas Yean y Bosico *vs.* República Dominicana (2005) y el caso de los Dominicanos-Haitianos expulsados *vs.* República Dominicana (2014).

La explotación laboral de los migrantes en los Estados miembro del Pacto de San José es un hecho notorio y perjudicial en todos los sentidos. Por una parte, en sus informes temáticos, la CIDH ha descubierto la gravedad de la explotación de personas en Brasil, Perú, Centroamérica y, sobre todo, en México. En su informe respectivo, la CIDH señala que, en su visita a México, esta Comisión obtuvo información correspondiente a hombres migrantes forzados a trabajar en distintas formas para grupos de la delincuencia organizada, mientras se encuentran secuestrados.³⁹

Ante la gravedad del asunto, la CIDH ha hecho hincapié en la urgencia de que los Estados adopten medidas más contundentes en el problema de la explotación humana, mediante el deber de prevenir, investigar, procesar y sancionar, así como el deber de adoptar disposiciones de derecho interno (que incluye derogar aquellas que sean contrarias a las normas protectoras).⁴⁰ La obligación que resulta más relevante es la de prevenir, pues “abarca todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que las eventuales violaciones de los mismos sean efectivamente consideradas y tratadas como un hecho ilícito”.⁴¹

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha sostenido que el término *discriminación* hace referencia a “toda exclusión restricción o privilegio que no sea objetivo o razonable, que redunde en detrimento de los derechos humanos”.⁴² Mientras que la CIDH, en el *Caso Interdicción de haitianos*,

³⁹ CIDH (Comisión Interamericana de Derechos Humanos), “Derechos humanos de migrantes, refugiados, apátridas, víctimas de trata de personas y desplazados internos: Normas y Estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, 2015. [Consulta: 24 de septiembre, 2018]. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/movilidadhumana.pdf>

⁴⁰ CIDH (Comisión Interamericana de Derechos Humanos), “Derechos humanos de migrantes, refugiados, apátridas, víctimas de trata de personas y desplazados internos: Normas y Estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, 2015, párr. 179. [Consulta: 24 de septiembre, 2018]. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/movilidadhumana.pdf>

⁴¹ CIDH (Comisión Interamericana de Derechos Humanos), “Derechos humanos de migrantes, refugiados, apátridas, víctimas de trata de personas y desplazados internos: Normas y Estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, 2015, párr. 155. [Consulta: 24 de septiembre, 2018]. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/movilidadhumana.pdf>

⁴² Corte IDH (Corte Interamericana de Derechos Humanos), *Opinión Consultiva OC-18/03, Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, serie A, núm. 18, 17 de septiembre, 2003, párr. 83.

entendió a la discriminación como “una diferenciación irrazonable en lo que se refiere al tratamiento de personas de la misma clase o categoría”.⁴³

En materia laboral, la Corte IDH ha dejado en claro que si bien es cierto que los Estados y los particulares de un Estado no están obligados a contratar o brindarles una fuente de trabajo a los migrantes indocumentados, cuando exista una relación laboral, entonces se generan todos los efectos jurídicos, quedando obligados a respetar los estándares internacionales antes referidos.⁴⁴ No obstante, con la adopción de una dimensión más amplia de las obligaciones convencionales sobre trabajo esclavo y mecanismos de protección, el sistema interamericano ha dado un paso mayúsculo en la lucha contra este crimen.

En este aspecto, la jurisprudencia interamericana permite hacer una reflexión más amplia sobre las obligaciones de los particulares, no sólo en materia de derechos civiles, sino en materia de derechos económicos, sociales y culturales. Recordemos que la responsabilidad de los particulares no ha sido plenamente tratada por la Corte IDH. No obstante, la jurisprudencia sí ha determinado que “la atribución de responsabilidad al Estado por actos de particulares puede darse cuando el Estado incumple, por acción u omisión de sus agentes, esta función de protección, pero sólo en aquellas circunstancias particulares en las que se considere que los agentes estatales cumplan una posición de garantes en relación con la acción de particulares”. En este sentido, la obligación primaria del Estado es evitar las violaciones de derechos humanos y eso incluye a los gobernados. La aportación que aquí podemos enmarcar es que el sistema interamericano tiene un potencial formante en las jurisdicciones y políticas públicas domésticas para que los Estados impulsen medidas más amplias de respeto a los derechos humanos, especialmente a quienes se hallan en una situación de vulnerabilidad inherente a su condición migratoria, de género, étnico o por la simple discriminación económica.⁴⁵

El caso *Hacienda Brasil verde vs. Brasil* (2016) es un referente regional sobre la concepción multidimensional y sistemática del derecho internacional de los derechos humanos y las obligaciones positivas que cada Estado debe adoptar para detener la explotación humana sobre sus congéneres. Por primera vez, el Tribunal Interamericano se pronuncia sobre la violación al artículo 6 del Pacto de San José y enjuicia a un Estado por permitir condiciones de explotación

⁴³ CIDH (Comisión Interamericana de Derechos Humanos), “Informe N° 51/96. Decisión de la Comisión en cuanto al mérito del caso 10.675”, 13 de marzo de 1997, párr. 178.

⁴⁴ MORALES SÁNCHEZ, JULIETA, *Derechos de los migrantes en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2015, p. 57.

⁴⁵ Debe decirse que la Corte IDH se ajusta al marco universal de los derechos humanos con un enfoque multidimensional de todos los tratados de derechos civiles y políticos, económicos, y los comentarios generales del Comité Desc, así como los principios sobre pobreza extrema y derechos humanos.

inhumana y trabajo esclavo. Además, en su voto razonado, el juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor perfiló un nuevo enfoque de la discriminación económica como categoría justiciable.

En primer lugar, el caso se refiere a hombres que eran esclavos en las plantaciones de Brasil. Un elemento jurídico que toma relevancia en el caso es el contexto histórico de exclusión, discriminación y pobreza que padecieron las víctimas, ya que “los trabajadores, en su mayoría hombres jóvenes, analfabetos y pobres”; “afrodescendientes que son reclutados para trabajar en Estados alejados, con la promesa de salarios atractivos”. Al llegar a las haciendas, bajo vigilancia de hombres armados, “los trabajadores son informados de que están en deuda con sus contratistas por su transporte, alimentación y hospedaje. Los salarios prometidos son reducidos y no cubren los costos ya asumidos”.⁴⁶

Los hechos del caso dan cuenta de cómo dos trabajadores heridos y bajo amenazas de muerte lograron huir de una hacienda enclavada en el corazón de la Amazonía. A la postre, dan cuenta a la policía federal, quien realizó una inspección y liberó a todos los trabajadores, por lo que se iniciaron los procedimientos administrativos y penales para aplicar las sanciones correspondientes. Sin embargo, Brasil no garantizó el derecho de acceso a la justicia ni la reparación adecuada, por lo que el asunto se elevó al sistema interamericano.

La aportación que realiza la Corte IDH para los sistemas nacionales de derechos humanos es la vinculación al marco universal y la definición de trabajo esclavo, dentro del contexto de sometimiento por una relación de poder de un individuo sobre otro. Los dos elementos que la Corte considera “fundamentales para definir una situación como esclavitud son: i) el estado o condición de un individuo y ii) el ejercicio de alguno de los atributos del derecho de propiedad, es decir, que el esclavizador ejerza poder o control sobre la persona esclavizada al punto de anular la personalidad de la víctima”.⁴⁷ Para construir la decisión e imponer las medidas pertinentes a Brasil, la Corte siguió los lineamientos dispuestos por la Corte Penal Internacional en el tribunal para Yugoslavia, *Fiscal vs. Kunarac*, en cuya sentencia se describieron los siguientes elementos:

- a) restricción o control de la autonomía individual; b) pérdida o restricción de la libertad de movimiento de una persona; c) la obtención de un provecho por parte del perpetrador; d) la ausencia de consentimiento o de libre albedrío de la víctima, o su imposibilidad o irrelevancia debido

⁴⁶ Corte IDH (Corte Interamericana de Derechos Humanos), *Hacienda Brasil verde vs. Brasil*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 318, Sentencia de 20 de octubre, 2016, párr. 269.

⁴⁷ Corte IDH (Corte Interamericana de Derechos Humanos), *Hacienda Brasil verde vs. Brasil*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 318, Sentencia de 20 de octubre, 2016, párr. 269.

a la amenaza de uso de la violencia u otras formas de coerción, el miedo de violencia, el engaño o las falsas promesas; e) el uso de violencia física o psicológica; f) la posición de vulnerabilidad de la víctima; g) la detención o cautiverio, i) la explotación.⁴⁸

La acepción construida por la Corte IDH al tomar el marco jurisprudencial internacional es una muestra de la universalización del *corpus iuris* de derechos humanos y de la interpretación horizontal de todos los tratados en la materia. La intención de la Corte fue dotar de contenido al artículo 6 del Pacto de San José.

De los resolutivos de la sentencia Brasil Verde se desprende una pedagogía novedosa sobre el tratamiento para asuntos de discriminación estructural que contiene tres directrices: la primera es que se alude a una situación histórica de discriminación que padecen las personas más débiles en un sistema social: los campesinos que no han tenido ningún acceso a la alfabetización y, por ende, son fácilmente engañados. La segunda es que la Corte IDH logró una interpretación evolutiva sobre la discriminación, pues se pone el dedo en la llaga de la pobreza como posible forma de discriminación jurídicamente reprochable. El juez Ferrer-Mac-Gregor señaló que:

No puede pasar inadvertido para un juez interamericano que la esclavitud, en sus formas análogas y contemporáneas, tiene un origen y consecuencia en la pobreza, la inequidad y la exclusión social, repercutiendo en las democracias sustantivas de los países de la región. De este modo, el análisis de la experiencia interamericana de protección de derechos humanos (civiles, políticos, económicos, sociales, culturales y ambientales) demanda que sean consideradas las peculiaridades de la región, ya que América Latina es la región con el más alto grado de desigualdad en el mundo. En ese sentido, los Estados en la región deben ser consecuentes con lo que proclama la *Carta Social de las Américas* (2012) y su *Plan de Acción* (2015) para procurar y lograr progresivamente la realización plena de la justicia social en nuestro continente.

En este aspecto, se esperaría que los jueces nacionales, en el tratamiento jurídico de los derechos laborales, especialmente de grupos vulnerables, tengan en consideración el contexto histórico y no sólo construyan la decisión judicial

⁴⁸ Corte IDH (Corte Interamericana de Derechos Humanos), *Hacienda Brasil verde vs. Brasil*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 318, Sentencia de 20 de octubre, 2016, párr. 272.

sostenida en una tipología de derechos, sino que hagan valer todo el bloque de derechos que más favorezca en la situación concreta. En tercer lugar, la Corte IDH establece la obligación de Brasil para cumplir con sus obligaciones previstas en el artículo 7 del Convenio 182 de la OIT para prevenir las formas de trabajo y explotación infantil que obliga a los Estados a:

a) impedir la ocupación de niños en las peores formas de trabajo infantil; b) prestar la asistencia directa necesaria y adecuada para librar a los niños de las peores formas de trabajo infantil y asegurar su rehabilitación e inserción social; c) asegurar a todos los niños que hayan sido librados de las peores formas de trabajo infantil el acceso a la enseñanza básica gratuita y, cuando sea posible y adecuado, a la formación profesional; d) identificar a los niños que están particularmente expuestos a riesgos y entrar en contacto directo con ellos, y e) tener en cuenta la situación particular de las niñas.

Un cuarto elemento fundamental del asunto *Hacienda Brasil Verde vs. Brasil* fue su enfoque sobre el cambio de políticas públicas, de legislación y de revisiones administrativas para lograr la erradicación del trabajo esclavo en Brasil. A partir del 2000, las autoridades brasileñas, poco a poco, crearon planes, directrices, instituciones, y medidas económicas para erradicar el trabajo esclavo: el Grupo Especial de Fiscalización Móvil, dentro del ámbito de la Secretaría de Fiscalización del Trabajo del Ministerio del Trabajo, con atribuciones para actuar en el medio rural e investigar denuncias de trabajo esclavo; la Coordinadora Nacional de Erradicación del Trabajo Esclavo que presentó el Primer Plan Nacional de Erradicación del Trabajo Esclavo; el establecimiento de tipos penales especiales y tribunales sobre trabajo esclavo, así como la creación de medidas financieras y económicas para evitar que empleadores de trabajadores esclavos accedieran a recursos públicos.⁴⁹

Sin lugar a dudas, la jurisprudencia interamericana propone un enfoque estructural para erradicar el trabajo esclavo, con lo cual se construyen estructuras *in situ*. Es necesario reconocer que los marcos domésticos son los más adecuados para enfrentar los graves problemas de violaciones a los derechos humanos. Aunque las víctimas en el caso de *Brasil Verde* no eran inmigrantes, analógicamente, se trata de un grupo marginado que debe ser protegido con mayor intensidad. Ahora bien, las soluciones y los programas instaurados

⁴⁹ Corte IDH (Corte Interamericana de Derechos Humanos), *Hacienda Brasil verde vs. Brasil*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 318, Sentencia de 20 de octubre, 2016, párr. 469.

por Brasil no solo beneficiarían a los trabajadores nacionales, sino que, eventualmente, crearían un marco resiliente de acceso al trabajo con controles y mecanismos de rendición de cuentas para aquellos particulares que abusen de su posición de poder.

4. Las aportaciones de las cortes nacionales: Estados Unidos e Inglaterra

La evidencia empírica de la jurisprudencia en cortes nacionales sugiere que la esclavitud y el trabajo forzoso se refieren tanto a comportamientos castigados en virtud de los procedimientos de derecho civil, procesos penales y, posiblemente, en asuntos estrictamente constitucionales. Uno de los asuntos más técnicos es el de las obligaciones extracontractuales por pago de daños provenientes de acciones ilícitas. En Estados Unidos, por ejemplo, después de la devastación del huracán Katrina, con falsas promesas de inmigración legal y basada en el trabajo, un grupo de hombres de origen hindú fueron traídos para brindar servicios en Mississippi y Orange (Texas). Una vez en suelo americano, los trabajadores fueron sometidos a trabajo forzado. La empresa contratante y sus agentes amenazaban con coaccionar a los trabajadores para que siguieran prestando sus servicios en condiciones ilegales, de violencia verbal, amenazas y de alto riesgo. Bajo el esquema de fraude (ley civil), los trabajadores indios obtuvieron una compensación en una serie de acuerdos en las etapas iniciales de los juicios.

La protección a los derechos laborales de los migrantes en Estados Unidos ha sido una constante lucha por la inclusión desde diversas perspectivas: como parte de la no discriminación y del debido proceso y el acceso a la justicia. En la Suprema Corte de Estados Unidos se presentó un *conundrum*: ¿puede un extranjero ilegal tener derecho al trabajo sin tener derecho a estar dentro de Estados Unidos? ¿Puede tener derecho a una licencia de conducir, ya que cada Estado puede asignar ciertas prerrogativas y oficialmente se tolera su presencia en Estados Unidos?⁵⁰ La pregunta no ha sido respondida, pues la Suprema Corte rechazó la petición de fondo para que sea resuelta por la Corte de Distrito y se determine si el Gobierno federal violó la Ley federal del procedimiento administrativo, al pretender instaurar deportaciones masivas.⁵¹ En este sentido, los argumentos principales estuvieron sustentados en la crisis

⁵⁰ US Supreme Court, *United States et al. vs. Texas et al.*, caso 15-674. Argumentos orales del 18 de abril, 2016, intervención del Juez Alito.

⁵¹ US Supreme Court, *United States et al. vs. Texas et al.*, caso 15-674. Argumentos orales del 18 de abril, 2016, intervención del Juez Alito.

humanitaria que puede provocar una deportación masiva y la inexistencia de recursos económicos y materiales para llevar a cabo tal acción.

Inglaterra es uno de los países que tiene una regulación más activa y eficiente para prevenir los abusos de derechos humanos por parte de los particulares. A través de la legislación creada en 2015, el Parlamento Británico estableció cinco directrices:

Medidas preventivas contra una persona o entidad empresarial; Crea un sistema de revisión contra la trata de personas en territorios, fronteras y puertos; se crea un fiscal y comisionado de Estado contra el trabajo esclavo con amplias facultades de investigación y reportes; se crea la comisión que velará por la transparencia en las cadenas de suministro de toda organización comercial a la que se le pedirá un reporte anual sobre sus acciones preventivas en: cualquier parte de su cadena de producción, suministro y venta; en las medidas apropiadas de educación y entrenamiento en sus equipos de trabajo y en sus expresiones comerciales y mensajes de internet.

En virtud de ello, en el Reino Unido, los delitos de esclavitud y trata de personas se toman en serio. En 2017, la Corte Suprema emitió una sentencia histórica que permitió a dos mujeres de Filipinas e Indonesia, traídas con engaños como empleadas domésticas de una diplomática extranjera, presentar sus reclamaciones ante un tribunal laboral. Al principio, se alegó la falta de acción y derecho, debido a su condición migratoria, pero este argumento fue desechado. La sentencia señaló tres aspectos: *a)* la importancia de la explotación laboral de los inmigrantes por los diplomáticos; *b)* ninguno de los actos tomados por el diplomático en relación con sus empleados domésticos fueron actos realizados en el ejercicio de sus funciones; y *c)* “la universalidad de la determinación de la comunidad internacional para combatir la trata de personas”.⁵² En otras partes de Inglaterra, los tribunales inferiores han emitido juicios importantes contra los traficantes y propietarios de empresas en los que los jueces tomaron el asunto como un interés público, debido a la vulnerabilidad de las víctimas. Tal es el caso de un grupo de víctimas (18 hombres) discapacitados y en situación de calle que fueron raptados para ser sometidos a condiciones de explotación laboral.⁵³

⁵² The Supreme Court of the United Kingdom, *Reyes v. Al-Malki and another* [2017] UKSC 61, párrs. 55, 59, 60.

⁵³ Nottingham Crown Court, *Case T20167397*, (12 September 2017), (the Rooney family case).

5. La falta de jurisprudencia en México

En México no existen casos relevantes sobre explotación laboral, en especial de migrantes. Eso no quiere decir que no suceda, ni que se dé por hecho que existe un acceso a la justicia de personas que son sujetas a violaciones graves de sus derechos laborales. Desafortunadamente, los migrantes en México sufren de violaciones graves en contra de su libertad y de su vida. Así lo demuestran los informes de la CNDH que han señalado diversas zonas del país que son inhóspitas para los migrantes en tránsito desde Sudamérica.⁵⁴ Por otro lado, se afirma que México sirve de paso y almacén para el tráfico de migrantes tanto nacionales como extranjeros. Se pone énfasis en tres ejes: crecimiento de la delincuencia organizada y el aumento de los factores, tanto de expulsión como de atracción.⁵⁵ Sin embargo, la débil protección en materia laboral que se otorga a nacionales en el contexto de la jurisdicción laboral es un factor que explica la carente protección a migrantes.

De acuerdo con Martínez Quezada y Ortega Ramírez, en su estudio de la frontera sur, a pesar de la reforma de derechos humanos de 2011, la legislación y las acciones gubernamentales en Chiapas han sido omisas: se “mantiene la política de criminalizar, ilegalizar (detener y deportar) la internación de migrantes con los consabidos abusos, maltratos y trato indigno en su contra”.⁵⁶ La ausencia de decisiones judiciales importantes en materia de explotación laboral sólo puede explicarse mediante un análisis de las normas de procedimiento previstas en la Ley Federal del Trabajo, pues solo aplican a trabajadores formales, sin que se haga valer algún mecanismo de protección a favor de migrantes que son víctimas de explotación material laboral. De tal modo, no es posible conocer la dinámica jurisprudencial de los derechos laborales en México a favor de los migrantes.

Los pronunciamientos que se han emitido dentro de la jurisdicción penal versan sobre explotación sexual, y no se cuenta con legislación especializada para monitorear el trabajo forzado de migrantes ni con cuerpos administrativos que verifiquen la existencia (o no) de esclavitud o trabajo forzado en la

⁵⁴Según el informe de la CNDH, en el sur del país, fueron secuestrados 5416 migrantes (55%); en el norte, 981 (11.8%); en la zona centro, 124 (1.2%), en tanto que no fue posible precisar el lugar en que fueron secuestradas 3237 víctimas (32%). CNDH, “Informe especial de la comisión nacional de los derechos humanos sobre los casos de secuestro en contra de migrantes”, México, 15 de junio, 2009, p. 13. [Consulta: 16 de junio, 2018]. Disponible en: http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Informes/Especiales/2009_migra.pdf

⁵⁵IZCARA PALACIOS, SIMÓN PEDRO, “Etiología del tráfico de migrantes en México: relevancia de los factores de atracción”, *Norteamérica*, núm. 2, pp. 29-55.

⁵⁶MARTÍNEZ QUEZADA, JOSÉ ÁLVARO y ORTEGA RAMÍREZ, ADRIANA SLEITZ, “Internalización de normas Internacionales en materia de derechos de migrantes. El caso de Chiapas”, *Norteamérica*, vol. 10, núm. 1, pp. 191-213.

cadena de suministro de las empresas. Con ello, el marco mexicano es inocuo a las prácticas de explotación laboral.

6. Conclusión

México cuenta con un marco legal e internacional robusto para proteger los derechos laborales de los migrantes. No obstante, en razón del aumento del flujo migratorio y la falta de una política nacional coordinada y centrada en los derechos humanos, no han existido avances notables para dar eficacia a los mecanismos preventivos del trabajo forzoso y a las medidas de reparación para las víctimas. Es necesario, por tanto, reorganizar los planes y acciones del Gobierno federal que fomenten un eje nacional de prevención del trabajo forzado bajo las normativas del derecho internacional y, en especial, de las Convenciones de la Organización Internacional del Trabajo sobre trabajo forzado y esclavitud moderna.

Con ello se lograría una protección horizontal. Para lograrlo es necesario replantear la estrategia de prevención y castigo del trabajo forzado a nivel instituciones federales y locales (INM, FGR, Secretaría de Gobernación, gobiernos estatales, procuradurías y defensorías de derechos humanos locales) para tener acciones preventivas de explotación laboral y de otros tipos a favor de mujeres, niñas, niños, grupos indígenas, migrantes y desplazados forzados.

Esta visión multidimensional es la que en el ámbito internacional ha funcionado. Se advierte que el trabajo forzado demanda acciones multidimensionales a través de la legislación nacional y de creación de cuerpos especializados de monitoreo en instituciones administrativas que supervisen, sobre todo, el proceso de producción y el consumo de las empresas de bienes y servicios. Tal es el caso de Inglaterra, que ha logrado proteger los derechos de trabajadores migrantes frente a actos de trabajo forzado y esclavitud moderna. Esto, sin embargo, ha significado un cambio total de política pública y revisión integral de las prácticas empresariales, bajo la perspectiva de derechos humanos en sus cadenas de suministro y producción.

En cuanto a la jurisprudencia de las cortes nacionales y regionales, podemos concluir que las vías procesales de protección incluyen procedimientos civiles, del derecho penal y mecanismos de derechos humanos, ya que tanto el trabajo forzado como la esclavitud son sancionadas por disposiciones laborales, civiles, contractuales, empresariales y de derechos humanos de fuente internacional. Los casos de trabajo forzado de migrantes en Estados Unidos e Inglaterra nos muestran que, a través de la legislación civil, también se puede someter a juicio la acción ilícita de los particulares, mediante acciones de reparación de daños.

Dentro del enfoque jurisprudencial de derechos humanos, destaca la vertebración del derecho internacional y regional en la Corte Interamericana. En la sentencia *Brasil Verde vs. Brasil* se sometió a juicio la discriminación histórica de los esclavos modernos. La metodología de la Corte IDH fue multínivel, usando todo el marco internacional y regional de derechos humanos con valor vinculante. El mayor logro es que el caso impulsó la creación de planes, programas y legislación en Brasil para erradicar el trabajo esclavo, mediante cambios administrativos, legislativos e institucionales para monitorear el cumplimiento de las normas sobre el trabajo esclavo en Brasil. En el caso de México, y quizá por las graves violaciones a la vida e integridad de los migrantes, la jurisprudencia no se ha ocupado del trabajo forzado como un tema específico. Se esperaría que, mediante mecanismos laborales, quejas ante la CNDH o juicios de amparo, los tribunales y otras instituciones puedan fijar las directrices que den vida a las disposiciones internacionales vigentes que prevengan y sancionen el trabajo forzado de migrantes.

Referencias

- CIDH (Comisión Interamericana de Derechos Humanos), “Derechos humanos de migrantes, refugiados, apátridas, víctimas de trata de personas y desplazados internos: Normas y Estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, 2015. [Consulta: 24 de septiembre, 2018]. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/movilidadhumana.pdf>
- CIDH (Comisión Interamericana de Derechos Humanos), “Informe N° 51/96. Decisión de la Comisión en cuanto al mérito del caso 10.675”, 13 de marzo de 1997.
- Comisión Nacional de Derechos Humanos, *Diagnóstico sobre la situación de la Trata de Personas en México*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2019.
- CNDH, “Informe especial de la comisión nacional de los derechos humanos sobre los casos de secuestro en contra de migrantes”, México, 15 de junio, 2009, p. 13. [Consulta: 16 de junio, 2018]. Disponible en: http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Informes/Especiales/2009_migra.pdf
- Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (CDHNU), “Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes sobre una agenda 2035 para facilitar la movilidad humana A/HRC/35/25”, 28 de abril, 2017.
- Consejo de Europa, Convención Europea de Derechos Humanos, 4 de noviembre de 1950.
- CORRIE, KAREN, “Could the International Criminal Court Strategically Prosecute Modern Day Slavery?”, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 14, núm. 2.
- Corte IDH (Corte Interamericana de Derechos Humanos), *Caso Masacre de Mapiripán vs. Colombia*, Serie C, núm. 134, Sentencia de 15 de septiembre de 2005.

Corte IDH (Corte Interamericana de Derechos Humanos), *Caso Tibi vs. Ecuador*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 114, Sentencia de 7 de septiembre de 2004.

Corte IDH (Corte Interamericana de Derechos Humanos), *Caso Maritza Urrutia vs. Guatemala*, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 103, Sentencia de 27 de noviembre de 2003.

Corte IDH (Corte Interamericana de Derechos Humanos), *Opinión Consultiva OC-18/03, Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, serie A, núm. 18, 17 de septiembre, 2003.

Corte IDH (Corte Interamericana de Derechos Humanos), *Hacienda Brasil Verde vs. Brasil*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 318, sentencia de 20 de octubre, 2016.

DELGADO CARBAJAL, BARUCH y BERNAL BALLESTEROS, MARÍA JOSÉ, *Catálogo para la calificación de violaciones a derechos humanos*, Toluca, Comisión de Derechos Humanos del Estado de México, 2016.

“Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 abril de 2011”, *Diario Oficial de la Unión Europea*. [Consulta: 22 de julio, 2018]. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32011L0036&from=HU>

Embajada y Consulado de los Estados Unidos en México, “Reporte sobre Trata de Personas 2019, Recomendaciones priorizadas”, *US Embassy*. [Consulta: 23 de agosto, 2019]. Disponible en: <https://mx.usembassy.gov/es/our-relationship-es/reportes-oficiales/reporte-sobre-trafico-de-personas/>

European Commission, “Sustainable and responsible supply chains”, *European Comission*. [Consulta: 23 de agosto, 2019]. Disponible en: https://ec.europa.eu/europeaid/sectors/economic-growth/private-sector-development/sustainable-and-responsible-supply-chains_en

GARDNER, ALISON, “An Idea Whose Time Has Come? Modern Slavery, Multiple Streams Approach and Multilayer Policy Implementation”, *Journal of Human Rights Practice*, núm. 10.

Global Slavery Index, “Americas Report 2018”, *Global Slavery Index*. [Consulta: 14 de agosto, 2018]. Disponible en: <https://www.globalslaveryindex.org/2018/findings/regional-analysis/americas/>

Home Secretary, “Transparency in Supply Chains etc. A practical guide 2017”, *Home Secretary*. [Consulta: 14 de agosto, 2018]. Disponible en: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/649906/Transparency_in_Supply_Chains_A_Practical_Guide_2017.pdf

IZCARA PALACIOS, SIMÓN PEDRO, “Etiología del tráfico de migrantes en México: relevancia de los factores de atracción”, *Norteamérica*, núm. 2.

King’s Bench Court, *Somerset v. Stewart*, Londres, Trinity Term, 22 de junio, 1772.

- MARTÍNEZ QUEZADA, JOSÉ ÁLVARO y ORTEGA RAMÍREZ, ADRIANA SLETZA, “Internalización de normas Internacionales en materia de derechos de migrantes. El caso de Chiapas”, *Norteamérica*, vol. 10, núm. 1.
- “Modern Slavery Act 2015, parts I, 2, 3, 4, 5 y 6”, *House of Commons*. [Consulta: 4 de octubre, 2018]. Disponible en: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2015/30/contents/enacted>
- MORALES SÁNCHEZ, JULIETA, *Derechos de los migrantes en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2015.
- Nottingham Crown Court, *Case T20167397*, (12 September 2017), (the Rooney family case).
- OEA (Organization of American States), *Captive communities: situation of the Guaraní indigenous people and contemporary forms of slavery in the Bolivian Chaco*, OEA, 24 de diciembre, 2009.
- Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas y Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos: normatividad, jurisprudencia y doctrina de los Sistemas Universal e Interamericano*, México, Alto Comisionado de Naciones Unidas - Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, 2012.
- OIM (ONU Migración), “Reporte de flujos migratorios en Centroamérica, Norteamérica y el Caribe No. 6”, San José, Costa Rica, OIM. [Consulta: 23 de agosto, 2019]. Disponible en: <https://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/SITREP%206%20-%20espanol%20-%20web.pdf>
- ONU (Organización de las Naciones Unidas), “Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes A/71/285”, 4 de agosto de 2016.
- ONU, *Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos*, Ginebra, ONU, 2011.
- OIT (Organización Internacional del Trabajo), “Esclavitud moderna y trabajo infantil”, disponible en: https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/news/WCMS_574731/lang-es/index.htm [Consulta: 4 de octubre, 2018].
- OIT (Organización Internacional del Trabajo), “Estimación Mundial sobre el trabajo infantil y la esclavitud moderna de 2017. Hoja de Datos Regional de las Américas”, Ginebra, OIT, 2017.
- RIPOLL, ALEJANDRA, “Colombia: Semillero para la trata de personas”, *Revista de relaciones internacionales, estrategia y seguridad*, vol. 3, núm. 1.
- RUIZ MORENO, ÁNGEL GUILLERMO, “El derecho humano al trabajo de los migrantes”, *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, vol. 22.
- Secretaría del Trabajo y Previsión Social, “Protocolo de Inspección para Prevenir y Detectar la Trata de personas en los Centros de Trabajo”, México, Secretaría del Trabajo y Previsión Social, 2017. [Consulta: 23 de agosto, 2019]. Disponible en: https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/200998/Protocolo_Trata_en_centros_de_trabajo.pdf

MARÍA JOSÉ BERNAL BALLESTEROS / ISAAC DE PAZ GONZÁLEZ

- SCJN (Suprema Corte de Justicia de la Nación), “Amparo directo 275/2017”, Noveno Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito.
- SCJN (Suprema Corte de Justicia de la Nación), “Amparo directo en revisión 5770/2015”, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- SILVA GARCÍA, FERNANDO, *Jurisprudencia Interamericana sobre Derechos Humanos. Criterios esenciales*, México, Tirant lo Blanch, 2016.
- SWEPSTON, LEE, “Forced and Compulsory Labour in International Human Rights Law”, working paper, Suiza, International Labour Organization, 2014.
- TEDH (Tribunal Europeo de Derechos Humanos), *Chowdury y otros vs. Grecia* (Application no. 21884/15), sentencia del 30 de marzo, 2017.
- TEDH (Tribunal Europeo de Derechos Humanos), *C. N. vs. Reino Unido* (Application no. 4239/08), sentencia del 13 de febrero, 2013.
- TEDH (Tribunal Europeo de Derechos Humanos), *Rantsev v. Chipre & Rusia* (Application no. 25965/04), sentencia del 7 de enero, 2010.
- TEDH (Tribunal Europeo de Derechos Humanos), *Siliadin v. France* (Application no. 73316/01), sentencia del 26 de octubre, 2005.
- The Supreme Court of the United Kingdom, *Reyes v. Al-Malki and another* [2017] UKSC 61.
- US Supreme Court, *United States et al. vs. Texas et al.*, caso 15-674. Argumentos orales del 18 de abril, 2016, intervención del Juez Alito.
- VLADISLAVA, STOYANOVA, *Conceptual Limits and States’ Positive Obligations in European Law, Human Trafficking and Slavery Reconsidered*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017.
- WEBB, DEREK, “The Somerset effect: Parsing Lord Manfield’s. Words on Slavery in Nineteenth-Century America”, *Law and History Review*, vol. 32, núm. 3.
- WILKINSON, DANIEL, “México desplegará su Guardia Nacional para enfrentar a familias migrantes”, *Human Rights Watch*. [Consulta: 23 de agosto, 2019]. Disponible en: <https://www.hrw.org/es/news/2019/06/12/mexico-desplegara-su-guardia-nacional-para-enfrentar-familias-migrantes>

Perspectivas actuales del derecho burocrático conforme a la reforma laboral y los nuevos cambios de gobierno*

*Current Perspectives of Bureaucratic Law
(Civil Servants Law) according to Labor reform
and new Changes in Government*

Lucerito Ludmila Flores Salgado**
Alberto Castañeda Hernández***

RESUMEN

Día con día, el derecho laboral burocrático ha ido ganando terreno por su valor doctrinario. Además, representa innegables matices de utilidad práctica, como marco regulador de una multiplicidad de actividades de los servidores públicos. Sin embargo, es momento oportuno para reflexionar y profundizar en los signos distintivos de esta rama jurídica, tanto en su evolución como en sus propios contenidos teóricos y doctrinales. Asimismo, cabe considerar sus aplicaciones en el derecho positivo del país y del extranjero.

PALABRAS CLAVE: Derecho burocrático, reforma laboral.

ABSTRACT

On a day to day basis, bureaucratic labor law has been gaining ground for its doctrinal value. In addition, it represents undeniable nuances of practical utility, as a controlling agenda of the numerous activities public servants have. Nevertheless, it is an appropriate moment to reflect and deepen the distinctive perception of this legal branch, both in its evolution and on its own theoretical and doctrinal contents. Similarly, its applications can be considered in the Positive Law of the Nation and foreign countries.

KEY WORDS: Bureaucratic Law, Labor Reform.

* Artículo de investigación. Recibido el 2 de octubre de 2018 y aceptado para su publicación el 5 de octubre de 2018.

** Profesora investigadora en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, México. (ludmilalucerito@hotmail.com) orcid.org/00002-0002-1551-4843

*** Maestrante en la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, México. (Casta_77@hotmail.com) orcid.org/0000-0001-5969-6573

SUMARIO

1. Introducción
2. Antecedente del derecho burocrático
3. La fundamentación del derecho burocrático en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
4. Los ordenamientos laborales burocráticos de orden federal
5. Las leyes estatales del servicio civil
6. Perspectivas actuales del derecho burocrático
7. El derecho burocrático y la reforma laboral
8. La perspectiva del derecho burocrático ante los nuevos cambios de gobierno
9. Conclusiones

1. Introducción

La administración pública mexicana debe ser concebida como proclive a la adaptación, mediante reformas, modernización e innovaciones dentro de su funcionamiento administrativo. Esta característica propia del aparato gubernamental nos permite afirmar que la evolución de la administración pública ha sido un proceso histórico perfectible, un aparato administrativo que se mejora de manera permanente. Así, continúa su progreso administrativo, a veces es radical, como en el caso de la privatización de empresas públicas y se debe parcialmente a la carencia de un servicio civil de carrera. Este es un proceso que reinventa, redescubre y avanza hacia su perfeccionamiento administrativo a través de reformas y lineamientos que la mantienen actualizada al día. Además, buscan ir un paso adelante para poder dar solución a los conflictos del gobierno, de la administración pública, de los gobernados y, por su puesto, de los trabajadores al servicio del propio Estado.

2. Antecedente del derecho burocrático

Se entiende al derecho burocrático como aquella disciplina o rama del derecho social que tiene por objeto regular los derechos y obligaciones recíprocos entre el Estado y sus servidores. Establece, además, las bases de justicia que tiendan a equilibrar el disfrute de las garantías sociales por parte de los servidores públicos, con el ejercicio y cumplimiento de las funciones, tareas y compromisos que corresponde cumplir al Estado, como representante general de la sociedad. De manera similar definen esta disciplina prestigiados autores

como el doctor Miguel Acosta Romero, quien en su texto *Derecho Burocrático Mexicano* señala que “el derecho burocrático en una rama del derecho laboral que se encarga de regular las relaciones entre el Estado y sus trabajadores en sus diversos niveles, federación, estados y municipios, así como los derechos y obligaciones que de ella surjan”.¹

En cuanto a la apreciación teórica que fundamenta la naturaleza de esta disciplina, destacan tres posturas. La primera la asimila en sus partes sustantivas dentro del derecho administrativo; la segunda la subsume al derecho general del trabajo, y la tercera afirma que se trata de una rama autónoma del derecho social. Son numerosos los autores que siguen la corriente teórica administrativista, sobre todo si miramos el panorama que nos presenta el derecho comparado, en donde son los conceptos y explicaciones de tipo administrativo los que nos dan la interpretación de temas referentes a los nombramientos, la función pública, el servicio civil de carrera, las sanciones por responsabilidad administrativa e inclusive los procesos de destitución de los cargos públicos. Se ha hablado así de la existencia de una rama denominada derecho administrativo laboral.

En Europa, la corriente explicativa dominante en torno a los servicios que se prestan al Estado es precisamente la administrativa, entendida, de manera amplia como la regulación de la actividad de función pública. En este contexto, se señala que el servicio al Estado debe estar regulado de manera positiva por el derecho administrativo.

Sin embargo, consideramos que, si bien existe un evidente vínculo entre el derecho burocrático y el administrativo, también resulta cierto que el objeto de estudio de ambas ramas —así como los fines y el enfoque desde donde abordan y tratan sus respectivas doctrinas y estructuran sus instituciones—, son totalmente disímiles. Por ello, tomando en cuenta la evolución que ha tenido la normatividad del derecho burocrático en nuestro país, resulta inapropiado subsumir uno en el otro; más aún en la actualidad, pues han aparecido numerosos criterios de los tribunales que despejan toda duda sobre este problema. Estos consideran que los trabajadores al servicio del Estado pueden incurrir en responsabilidad administrativa con motivo de las tareas públicas que les corresponde atender, no obstante, el vínculo que liga a la generalidad de estos servidores con el Estado es esencialmente laboral.

¹ ACOSTA ROMERO, MIGUEL, *Derecho burocrático mexicano*, México, Porrúa, 1995, p. 21.

3. La fundamentación del derecho burocrático en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Alberto Trueba Urbina considera que las relaciones entre el Estado y sus trabajadores habían quedado comprendidas, sin más, en el texto original del artículo 123, dándole una explicación “integral” al precepto. Así, establece: “La relación jurídica que existe entre el Estado y sus servidores públicos dejó de ser administrativa a partir del primero de mayo de 1917, en que entró en vigor nuestra Constitución, que hizo la primera declaración de derechos sociales de los trabajadores en general y específicamente los empleados públicos y privados”.² En el mismo sentido, Néstor de Buen sostiene: “Entre los servidores del Estado y los trabajadores privados no hay diferencias que justifiquen un tratamiento distinto, cualquiera que sea el origen de su incorporación a la actividad laboral: elección, nombramiento o contrato de trabajo, sin olvidar la discutible relación laboral marginada de un contrato, las condiciones no pueden ser diferentes aunque lo sea el origen de la relación”.³

Otros tratadistas y catedráticos universitarios de la especialidad laboral, como José Dávalos Morales, Alfredo Sánchez Alvarado y Enrique Larios, siguen tendencias similares y sostienen que la división que actualmente presenta el artículo 123 de la Constitución en dos apartados, el A y el B, resulta innecesaria al considerar que los servidores públicos ya estaban protegidos por las normas laborales derivadas del propio precepto constitucional original. Por tanto, llegan a la conclusión de que es necesaria la derogación del apartado B, que contiene lo relativo a los trabajadores del Estado.

Frente a las apreciaciones señaladas, está el pensamiento de otros autores con posturas e interpretaciones diferentes, quienes consideran que el constituyente originario no incluyó a los trabajadores del Estado dentro de las garantías y definiciones protectoras del texto original del artículo 123. Además, señalan que, en aquellos años iniciales del siglo xx, tal vinculación se consideraba exclusivamente bajo la perspectiva del derecho administrativo, como lo hemos reseñado en líneas anteriores.

Se puede apreciar que existen criterios notablemente discordantes sobre el estatuto legal de los trabajadores del Estado y su inclusión, o no, en el texto original del artículo 123. Sobre este respecto es bueno aclarar que el texto original de la Constitución dejó la materia del trabajo como facultad concurrente tanto de los Estados como de la federación. A eso se debió que desde 1917, y

² TRUEBA URBINA, ALBERTO, *Nuevo derecho procesal del trabajo*, México, Porrúa, 1981.

³ MORALES PAULÍN, CARLOS, *Derecho burocrático*, México, Porrúa, 1995, p. 103

hasta 1929, prácticamente todas las entidades federativas hayan expedido sus propias leyes laborales.

En ese panorama, varias leyes estatales de la materia incluyeron en sus textos lo relativo al servicio de los trabajadores de la entidad federativa y de sus municipios, como fue el caso de las legislaciones de Aguascalientes, Chiapas, Chihuahua, Hidalgo y Puebla. En cambio, en otros casos como Tabasco, Veracruz y Yucatán, de manera expresa, excluyeron en sus leyes laborales a los trabajadores del propio Estado y de los municipios de la entidad.

En 1929, se estableció, legislar en materia laboral y que se expidiera en 1931 la Ley Federal del Trabajo. Esta determinó textualmente en su artículo segundo: “Las relaciones entre el Estado y sus servidores se regirán por las leyes del servicio civil que se expidan”. Teniendo como fundamento el precepto anterior, fue como se abrió el camino para que la federación en el ámbito de su competencia, y los Estados en la suya, emitieran leyes laborales sobre el servicio que se les presta, ordenamientos conocidos como leyes del servicio civil o leyes burocráticas.

Frente a estas contradicciones, ha surgido una corriente teórica que entiende al derecho burocrático como una rama autónoma de las ciencias jurídicas. Esto es, si bien esta disciplina está íntimamente relacionada con el derecho administrativo al igual que con el derecho del trabajo, ello no es motivo para considerarla como una parte de aquellas. En realidad, se ha integrado en nuestro país una disciplina distinta dentro del conocimiento jurídico, con sus características, su historia y su propia metodología.

4. Los ordenamientos laborales burocráticos de orden federal

El acuerdo presidencial del 12 de abril de 1934 es el precedente de este tipo de ordenamientos. Este establecía un “servicio civil de carrera” por tiempo determinado, que se denominó “Acuerdo sobre Organización y Funcionamiento de la Ley del Servicio Civil”. Seguramente este instrumento legal fue el primer intento serio para reglamentar y reconocer los derechos de los trabajadores del Estado.

En 1937, representantes del entonces denominado Partido Nacional Revolucionario elaboraron el proyecto de ley del servicio civil, sin que haya tenido éxito su aprobación. A su vez, el entonces presidente de la república, Lázaro Cárdenas, expidió el “Estatuto de los Trabajadores al Servicio de los Poderes de la Unión”, mismo que fue promulgado el 27 de septiembre de 1938 y publicado en el Diario Oficial de la Federación del 5 de diciembre de ese año. El contenido de ese primer estatuto definió al trabajador al servicio del

Estado como “toda persona que presta a los poderes Legislativo, Ejecutivo o Judicial un servicio material, intelectual o de ambos géneros, en virtud del nombramiento que fuere expedido, o por el hecho de figurar en las listas de raya de los trabajadores temporales”.

El artículo tercero del estatuto establecía que la relación jurídica de trabajo se entiende establecida entre los poderes de la Unión o las autoridades del Distrito Federal y los respectivos trabajadores. Dividía a los trabajadores en dos categorías: de base y de confianza. Los artículos 7 y 8 establecían el principio de irrenunciabilidad de las disposiciones del estatuto que beneficiasen a los trabajadores, y que la Ley Federal del Trabajo sería supletoria. En subsecuentes artículos enumeraba los requisitos que debían llenar los nombramientos de los servidores públicos; fijaba la duración máxima de la jornada diurna y nocturna; regulaba el salario, las obligaciones de los trabajadores, las causas de suspensión de los efectos del nombramiento, la organización sindical y el derecho a huelga; establecía el Tribunal de Arbitraje para dirimir los conflictos entre Estado y sus servidores y el procedimiento que debía seguirse ante el propio tribunal.

Al poco tiempo de la vigencia del estatuto, la administración se enfrentaba a un sin número de nuevos problemas que su natural crecimiento implicaba. Por ello, el Congreso de la Unión se vio en la posición de examinar y aprobar una serie de reformas y adiciones que vinieron a complementar el contenido de ese viejo estatuto. Tales reformas se publicaron en el Diario Oficial de la Federación del 4 de abril de 1941 y del 30 de diciembre de 1947. Sin embargo, la lucha organizada de los sindicatos burocráticos continuó, toda vez que estos ya estaban bien organizados desde 1936, cuando fue fundada la Alianza de Trabajadores del Estado.

En septiembre del propio año de 1936 se efectuó el Primer Congreso de la Alianza, cambiando su denominación a Federación Nacional de Trabajadores del Estado (FNTE). Tal fue el antecedente de la actual Federación de Sindicatos de Trabajadores al Servicio del Estado (FSTSE), el cual agrupa a las organizaciones de servidores públicos de la federación. Las justas reclamaciones de los servidores públicos federales fueron el campo propicio para que en el mandato del presidente Adolfo López Mateos se elevaran a rango constitucional los derechos laborales de los burócratas, adicionando un apartado B al artículo 123 de la Carta Magna, según aparece en el Diario Oficial de la Federación del día 5 de diciembre de 1960.

Con este paso trascendente, se establecieron en la ley suprema del país las bases sobre las cuales se regula el servicio entre los poderes de la Unión y del Distrito Federal y sus trabajadores. Estas abarcan principios como la duración

de la jornada, el descanso semanal, las vacaciones, la estabilidad en el empleo, la protección al salario, las bases para promociones y ascensos. Por otra parte, se reconocen los derechos colectivos de asociación y se sientan las bases para la seguridad social de los trabajadores gubernamentales. Igualmente, se amplían las funciones y facultades del Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje (antes Tribunal de Arbitraje).

La evolución de esta etapa de derecho burocrático culmina con la expedición de la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado, reglamentaria del apartado B del artículo 123 constitucional, que fue publicada en el Diario Oficial de la Federación del 28 de diciembre de 1963, para abrogar el antiguo estatuto de 1938. Además, debemos señalar que concomitantemente con estos avances de orden jurídico laboral, fue creado el Instituto de Seguridad y Servicios Sociales para los Trabajadores del Estado (ISSSTE), mediante ley del 28 de diciembre de 1959. Así, se erigió la institución encargada de instrumentar los mecanismos necesarios para brindar seguridad social a los trabajadores al servicio del Estado y a sus familias.

Entre las diversas reformas que se han dado al texto de la ley burocrática federal, algunas han sido altamente trascendentes, como la publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 12 de enero de 1984. Esta, entre otros aspectos, es la base de la estructura actual del Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje, pues establece las tres salas con las cuales se cuenta actualmente. Además, define las facultades del presidente del tribunal, del pleno y de los presidentes de sala y demás integrantes, así como su organización interna. De igual forma, con las mencionadas reformas y adiciones, se establecieron las funciones de otras instancias internas del tribunal, como la Secretaría General de Acuerdos, y de los secretarios auxiliares y actuarios.

Con base en estas adiciones se preció de mejor manera la actividad de la Procuraduría de la Defensa de los Trabajadores al Servicio del Estado, integrada por un procurador y el número de procuradores auxiliares que sean necesarios para la defensa de los trabajadores, quienes en forma gratuita representan o asesoran a aquellos que lo solicitan en cuestiones de orden laboral burocrático.

El apartado B del artículo 123 constitucional, la ley burocrática federal, así como los documentos de condiciones generales de trabajo de cada dependencia, a más de los diversos reglamentos internos de escalafón u otros acuerdos especiales, son ahora el marco normativo que brinda seguridad y estabilidad a los miles de trabajadores al servicio de los poderes de la Unión, así como los adscritos al gobierno del Distrito Federal.

5. Las leyes estatales del servicio civil

Tienen especial importancia el derecho laboral burocrático mexicano y los ordenamientos que rigen a los servidores públicos de las administraciones estatales y municipales. Hasta 1929, la facultad de legislar en materia laboral fue concurrente entre las entidades federativas y la federación: por ende, varios estados en sus propias leyes del trabajo regularon el servicio de sus trabajadores burocráticos, así como el de los trabajadores municipales.

Sin embargo, al quedar esta facultad legislativa laboral en manos del Congreso Federal y expedirse la primera ley federal del trabajo en 1931, se especificó que las relaciones de Estado con sus trabajadores quedarían reguladas por las respectivas leyes del servicio civil. De ello se concluye que los congresos estatales son los órganos competentes para legislar en la materia. De hecho, así lo han venido haciendo en prácticamente todos los estados. En este sentido, debemos reconocer que la legislación burocrática de los estados y municipios no ha evolucionado al mismo ritmo ni con los mismos avances que la reglamentación federal.

Tal dispersión hizo necesario que en las reformas constitucionales del 3 de febrero de 1983 se estableciera una fracción IX al artículo 115 de la Constitución, el cual señalaba: “Las relaciones de trabajo entre los Estados y sus trabajadores se regirán por las leyes que expidan las legislaturas de los Estados, con base en lo dispuesto en el artículo 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y sus disposiciones reglamentarias. Los municipios observarán estas reglas por lo que a sus trabajadores se refiere”. A su vez, la reforma constitucional a los artículos 115 y 116 de la Ley Suprema, publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 17 de marzo de 1987, ubicaron por sistemática jurídica todas las materias concernientes a los estados en el artículo 116 citado, y lo relativo al municipio quedó en el artículo 115.

La Constitución establece en el artículo 115, fracción VIII que “las relaciones de trabajo entre los municipios y sus trabajadores se regirán por las leyes que expidan las legislaturas de los estados con base en lo dispuesto en el artículo 123 de esta Constitución, y sus disposiciones reglamentarias”.

Por su parte, el artículo 116 en su fracción V precisa: “Las relaciones de trabajo entre los estados y sus trabajadores se regirán por las leyes que expidan las legislaturas de los estados con base en lo dispuesto por el artículo 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y sus disposiciones reglamentarias”.

6. Perspectivas actuales del derecho burocrático

Las diversas teorías que pretenden explicar unilateralmente el vínculo que relaciona al servidor público con el Estado, ya en el orden meramente administrativo o ya en la expectativa laboral, han caído en desuso. Tanto la doctrina actual, como las interpretaciones de nuestro más alto tribunal judicial, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, han dado cabida a una conceptualización mixta de esta relación jurídica.

Por lo anterior se admite que ni todos los servidores públicos están vinculados al Estado en una relación laboral ni todos tienen una mera relación administrativa. Para poder definir este vínculo, se hace necesario atender a la naturaleza misma del servicio que se preste, así como a su reglamentación legal, desde la Constitución hasta otros ordenamientos jurídicos aplicables.

De esta manera, por vía de ejemplo, la Corte ha establecido jurisprudencialmente que las relaciones de trabajo de quienes laboran en los organismos públicos descentralizados a cargo del gobierno federal se rigen por el apartado A del artículo 123 y no por el apartado B. Esta decisión es de gran trascendencia en la organización y el funcionamiento de la administración pública.

En efecto, la tesis jurisprudencial 1/96 de la Suprema Corte de Justicia de la Nación especifica “organismos descentralizados de carácter federal”. Su inclusión en el artículo primero de la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado es inconstitucional. El apartado B del artículo 123 constitucional establece las bases jurídicas que deben regir las relaciones de trabajo de las personas al servicio de los poderes de la Unión y del Gobierno del Distrito Federal. Así, otorga facultades del Congreso de la Unión para expedir la legislación respectiva que, como es lógico, no debe contradecir aquellos fundamentos, porque incurrirían en inconstitucionalidad.

Tal es el caso del artículo primero de la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado que sujeta al régimen laboral burocrático, no solo a los servidores de los poderes de la Unión y del Gobierno del Distrito Federal, sino también a los trabajadores de organismos descentralizados. Estos, aunque integran la administración pública descentralizada, no forman parte del Poder Ejecutivo Federal, cuyo ejercicio corresponde, conforme a lo establecido en los artículos 80, 89 y 90 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, al presidente de la república, según atribuciones que desempeña directamente o por conducto de las dependencias de la administración pública centralizada, como son las secretarías de Estado y los departamentos administrativos. Por tanto, las relaciones de los organismos públicos descentralizados

de carácter federal, con sus servidores, no se rigen por las normas del apartado B del artículo 123 constitucional.

En el sentido de que también las relaciones de los trabajadores de los organismos descentralizados de orden local o municipal deben estar regidos por el apartado A del artículo 123 de la Constitución —y consecuentemente por la Ley Federal del Trabajo y no por las leyes del servicio civil de los estados—, la Suprema Corte ha emitido las siguientes tesis:

- a) Organismos descentralizados de carácter local. Sus relaciones laborales se rigen por el apartado A del artículo 123 constitucional. Dispone el artículo 116, fracción VI, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que las relaciones de trabajo entre los Estados y sus trabajadores se rigen por las leyes que expidan las legislaturas de los mismos, con base en lo dispuesto en el artículo 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y sus disposiciones reglamentarias, que son la Ley Federal del Trabajo respecto del apartado A, que comprende a la materia de trabajo en general, a la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado, que desarrolla los principios comprendidos en el apartado B, fuente del derecho burocrático; por esta razón, es este último apartado el aplicable a las relaciones de trabajo habidas entre los Poderes de los Estados federados y sus trabajadores, según se concluye si se atiende al párrafo introductorio del artículo 116 aludido, que divide al poder público de los Estados en Ejecutivo, Legislativo y Judicial, y lógica la consecuente necesidad de que en la esfera local sea pormenorizado legalmente. En conclusión, y atento que esta Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido en jurisprudencia firme que los organismos descentralizados no forman parte del Poder Ejecutivo, debe establecerse que las relaciones laborales de dichos organismos de carácter local con sus trabajadores escapan a las facultades reglamentarias de las legislaturas locales.⁴
- b) Organismos descentralizados del estado de Sinaloa. Su sujeción a la ley de los trabajadores al servicio del estado de Sinaloa es inconstitucional. Los artículos 2º y 113 de la Ley de los Trabajadores al Servicio del Estado de Sinaloa, que incluyen a los organismos descentralizados de dicho Estado como sujetos de regulación de dicha ley y establecen la competencia del Tribunal Local de Conciliación y Arbitraje para el conocimiento y

⁴ *Semanario Judicial de la Federación y sus Gacetas*, novena época, Pleno, tomo 6, abril, 1998, p. 122.

resolución de los conflictos que se susciten entre tales organismos y sus trabajadores o entre estos, son inconstitucionales, en virtud de que las legislaturas locales solo están facultadas para expedir las leyes que rijan las relaciones de trabajo entre los Estados y sus trabajadores, conforme lo dispone el artículo 116, fracción VI, de la Constitución; y los organismos descentralizados, aunque integran la administración pública paraestatal, no forma parte del Poder Ejecutivo Local, cuyo ejercicio corresponde, conforme a lo establecido en los artículos 55 y 66 de la Constitución Política del Estado de Sinaloa, al gobernador constitucional de dicho estado, según atribuciones que desempeña directamente o por conducto de las dependencias de la administración pública estatal, como son las secretarías y entidades administrativas. Por tanto, las relaciones de los organismos descentralizados del estado de Sinaloa con sus servidores, se rigen por el artículo 123, apartado A, constitucional, y su ley reglamentaria, Ley Federal del Trabajo, expedida por el Congreso de la Unión, a la que debe atenderse para determinar la autoridad competente para dirimir las controversias surgidas por la relación laboral.⁵

- c) *Leyes del trabajo. Las legislaturas locales sólo pueden expedir leyes reglamentarias del apartado B del artículo 123 Constitucional.* Del análisis conjunto y sistemático de las disposiciones contenidas en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se desprende que el Congreso de la Unión cuenta con la facultad exclusiva para legislar en la materia de trabajo, en general, con apoyo en los artículos 73, fracción X, última parte y 123, apartado A y, adicionalmente, respecto de las relaciones de trabajo conocidas como burocráticas, en lo relativo a los Poderes Federales, el Gobierno del Distrito Federal y sus trabajadores, de acuerdo con este último artículo, en su apartado B; en tanto que el artículo 116, fracción VI, al autorizar a los Poderes Legislativos de cada entidad federativa a expedir leyes que regirán las relaciones de trabajo entre los Estados (Poderes Locales) y sus trabajadores, es evidente que sólo pueden expedir leyes reglamentarias del apartado B del indicado artículo 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, pues de comprender a otros sujetos, las mismas resultarían inconstitucionales⁶.

⁵ *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, Segunda Sala, tomo 6, octubre de 1997, p. 437.

⁶ *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, Pleno, tomo 7, abril, 1998, p. 117.

Se ha clasificado un importante sector de servidores públicos, primero en la jurisprudencia y más recientemente en el propio texto constitucional. Esta se refiere a la actividad de los policías, de los ministerios públicos y en general de los servidores públicos que tienen que ver con tareas de seguridad pública y de procuración de justicia. Así, se ha llegado a concluir en innumerables casos de policías, de agentes del Ministerio Público u otros integrantes de corporaciones de seguridad pública o de las instituciones armadas, o del servicio exterior.

Ejemplo de ello lo tenemos en la tesis jurisprudencial 24/95 de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que dice: “Policías municipales y judiciales al servicio del gobierno del Estado de México y de sus municipios. Su relación jurídica es de naturaleza administrativa”. La relación Estado-empleado fue, en principio, de naturaleza administrativa, pero en derecho positivo mexicano, en beneficio y protección de los empleados. De tal modo, se ha transformado la naturaleza de dicha relación equiparándola a una de carácter laboral y se ha considerado al Estado como un patrón *sui generis*.

Sin embargo, de dicho tratamiento general se encuentran excluidos cuatro grupos, a saber: los militares, los marinos, los cuerpos de seguridad pública y el personal del servicio exterior, para los cuales la relación sigue siendo de orden administrativo, y el Estado, autoridad. Por tanto, si los miembros de la policía municipal o judicial del Estado de México constituyen un cuerpo de seguridad pública, están excluidos por la fracción XIII, apartado B del artículo 123, en relación con los artículos 115, fracción VIII, segundo párrafo y 116, fracción V, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, de la determinación jurídica que considera la relación del servicio asimilada a la de trabajo y al estado equiparado a un patrón. De este modo, se concluye que la relación que guardan con el gobierno del estado o del municipio es de naturaleza administrativa y se rige por las normas también administrativas de la ley y reglamentos que les correspondan. Por lo tanto, las determinaciones que dichas entidades tomen en torno a esta no constituyen actos de particulares, sino de una autoridad, que en el caso particular referente a la orden de baja del servicio hace procedente el juicio de amparo ante el juez de distrito.

De manera más contundente, la reciente reforma y adición a la fracción XIII del apartado B del artículo 123 constitucional precisa lo siguiente:

Los militares, marinos, personal de servicio exterior, agentes del Ministerio Público y los miembros de las instituciones policiales se regirán por sus propias leyes. Los miembros de las instituciones policiales de los municipios, entidades federativas, del Distrito Federal, así como de la federación, podrán ser removidos de su cargo si no cumplen con los requisitos que las

leyes vigentes en el momento de la remoción señalen para permanecer en dichas instituciones, sin que proceda su reinstalación o restitución, cualquiera que sea el juicio o medio de defensa para combatir la remoción y, en su caso, solo procederá la indemnización. La remoción de los demás servidores públicos a que se refiere la presente fracción se registrará por lo que dispongan los preceptos legales aplicables.

Como se observa, se da un especial trato a estos servidores públicos que se registrarán por sus propias leyes. Con ello, queda claro que los miembros de las instituciones policiales de los municipios, entidades federativas, del Distrito Federal y de la federación, se entienden ligados a sus respectivos gobiernos, mediante un vínculo netamente administrativo y de ninguna manera laboral, según lo señala la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Como se puede apreciar de estos criterios de la Corte, poco a poco se van integrando los nuevos contenidos del derecho burocrático, tanto a nivel federal, como local y municipal.

Otro aspecto importante al que deberán apuntar las nuevas tendencias del derecho laboral burocrático habrán de ser los urgentes mecanismos, definiciones e instrumentos necesarios para lograr que en los tres órdenes de gobierno del Estado mexicano se instaure un verdadero servicio civil de carrera, que otorgue permanencia, capacitación y adiestramiento adecuados al servicio público. Con ello, se buscará evitar que se desaprovechen la experiencia y el entusiasmo de tantos servidores públicos que por motivos ajenos a su propia voluntad se ven rebasados o desplazados de sus puestos de trabajo. El respeto a la libertad sindical y la libre decisión de las organizaciones de burócratas, sin duda, también será un permanente compromiso del Estado mexicano, al entender que estos son los derechos consustanciales a la dignidad del trabajador y a la seriedad de sus organizaciones.

7. El derecho burocrático y la reforma laboral

La prontitud con que fue impulsada la agenda legislativa que propuso el presidente de la república Enrique Peña Nieto, para que fuese avalada por el “Pacto por México”, trajo como consecuencia que la reforma laboral planteada presentara múltiples lagunas. A causa de estos vacíos legislativos, prácticamente no fueron contemplados los trabajadores al servicio del Estado, pues la reforma principalmente fue dirigida a modificar ciertos aspectos de la ley federal del trabajo reglamentada en el artículo 123 apartado A de la Constitución.

La reforma no abarcó al apartado B relativo a los trabajadores al servicio del Estado; ahora, se quiere cubrir con la supletoriedad, es decir, remitir al trabajador

del apartado B a lo establecido en la ley para los trabajadores del apartado A. Ello fue consecuencia de que la reforma laboral no contemplara a ambos sectores ni considerara que son relaciones de trabajo de una muy diferente naturaleza y que para esto también se tuvo que haber reformado la Ley Federal De Los Trabajadores al Servicio del Estado, Reglamentaria del apartado B del artículo 123 constitucional.

En septiembre de 2012, el Centro de Estudios Sociales y de Opinión Pública de la Cámara de Diputados realizó un análisis al proyecto de reforma en el cual se detalla que:

Las figuras y modalidades laborales contenidas en la iniciativa del ejecutivo y que fueron objeto de discusión en ambas cámaras del Congreso de la Unión entre septiembre y noviembre de 2012 fueron las siguientes: contratación, periodos de prueba, contratos de capacitación inicial y trabajo de temporada; concepto y alcances del término de trabajo decente; subcontratación de personal u *outsourcing*; trabajo de menores de 14 años; mexicanos que laboren en el extranjero; avisos de rescisión de la relación de trabajo; causales de rescisión de la relación de trabajo; derechos de la mujer trabajadora; pago de salarios; generación de salarios vencidos o caídos; multihabilidad de los trabajadores; Instituto del Fondo Nacional para el Consumo de los Trabajadores; contingencias sanitarias; reparto adicional de utilidades; personas con discapacidad; capacitación y adiestramiento; productividad; trabajadores del campo; empleados domésticos; trabajo en las minas; teletrabajo; voto libre, directo y secreto en la elección de directivas sindicales; rendición de cuentas por las directivas de los sindicatos; Registro sindical; registro de organizaciones sindicales, contratos colectivos y reglamentos interiores de trabajo; 26) cláusula de exclusión por separación; emplazamientos a huelga para la firma de contratos colectivos; monto de la indemnización por muerte del trabajador; seguridad e higiene en los centros de trabajo; tablas de enfermedades de trabajo y de valuación de las incapacidades; competencia de las autoridades en materia de concesiones federales; Servicio Nacional del Empleo; juntas federales y locales de conciliación; impartición de justicia laboral; aspectos procesales de las huelgas; contratos de protección; titularidad de contratos colectivos de trabajo o administración de contrato ley; infracción a las disposiciones de la Ley Federal del Trabajo.⁷

⁷ "Ley Federal del Trabajo. Propuestas de reforma, alcances y opinión pública", *En contexto*, núm. 29, septiembre, 2012. Disponible en: file:///C:/Users/agarz/Desktop/Contexto-No.29-Ley-federal-del-trabajo.pdf

Esto nos indica que los burócratas o trabajadores del Estado, como en un principio se mencionó, no fueron contemplados en el proyecto de reforma y por el momento no queda más opción que continuar, a pesar de las múltiples lagunas que se presentan. Asimismo, solo se puede recurrir a la supletoriedad en caso de que esta se pueda dar, mientras se espera a que lleguen más reformas que los contemplen, como se hacía en un principio con la inclusión del apartado B al artículo 123 de nuestra Constitución.

Por lo que respecta a la parte instrumental de la reforma, los trabajadores del Estado tampoco fueron tomados en cuenta. En el decreto por el que se declaran reformadas y adicionadas diversas disposiciones de los artículos 107 y 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia de justicia laboral, publicadas el 24 de febrero de 2017, estas van nuevamente dirigidas hacia los trabajadores contemplados en el apartado A del artículo 123 constitucional. Únicamente aluden a ellos los cambios que se contemplan en la fracción XX del citado artículo dejando fuera a los trabajadores al servicio del Estado. Así, queda de la siguiente manera:

La resolución de las diferencias o los conflictos entre trabajadores y patrones estará a cargo de los tribunales laborales del Poder Judicial de la Federación o de las entidades federativas, cuyos integrantes serán designados atendiendo a lo dispuesto en los artículos 94, 97, 116 fracción III, y 122 Apartado A, fracción IV de esta Constitución, según corresponda, y deberán contar con capacidad y experiencia en materia laboral. Sus sentencias y resoluciones deberán observar los principios de legalidad, imparcialidad, transparencia, autonomía e independencia.

Antes de acudir a los tribunales laborales, los trabajadores y patrones deberán asistir a la instancia conciliatoria correspondiente. En el orden local, la función conciliatoria estará a cargo de los centros de conciliación, especializados e imparciales que se instituyan en las entidades federativas. Dichos centros tendrán personalidad jurídica y patrimonio propios. Contarán con plena autonomía técnica, operativa, presupuestaria, de decisión y de gestión. Se regirán por los principios de certeza, independencia, legalidad, imparcialidad, confiabilidad, eficacia, objetividad, profesionalismo, transparencia y publicidad. Su integración y funcionamiento se determinará en las leyes locales.

La ley determinará el procedimiento que se deberá observar en la instancia conciliatoria. En todo caso, la etapa de conciliación consistirá en una sola audiencia obligatoria, con fecha y hora debidamente fijadas de manera expedita. Las subsecuentes audiencias de conciliación solo se realizarán con

el acuerdo de las partes en conflicto. La ley establecerá las reglas para que los convenios laborales adquieran condición de cosa juzgada, así como para su ejecución.

En el orden federal, la función conciliatoria estará a cargo de un organismo descentralizado. Al organismo descentralizado le corresponderá, además, el registro de todos los contratos colectivos de trabajo y las organizaciones sindicales, así como todos los procesos administrativos relacionados. El organismo descentralizado a que se refiere el párrafo anterior contará con personalidad jurídica y patrimonio propios, plena autonomía técnica, operativa, presupuestaria, de decisión y de gestión. Se regirá por los principios de certeza, independencia, legalidad, imparcialidad, confiabilidad, eficacia, objetividad, profesionalismo, transparencia y publicidad. Su integración y funcionamiento se determinará en la ley de la materia. Para la designación del titular del organismo descentralizado a que se refiere el párrafo anterior, el Ejecutivo Federal someterá una terna a consideración de la Cámara de Senadores, la cual previa comparecencia de las personas propuestas, realizará la designación correspondiente. La designación se hará por el voto de las dos terceras partes de los integrantes de la Cámara de Senadores presentes, dentro del improrrogable plazo de treinta días. Si la Cámara de Senadores no resolviere dentro de dicho plazo, ocupará el cargo aquel que, dentro de dicha terna, designe el Ejecutivo Federal.

En caso de que la Cámara de Senadores rechace la totalidad de la terna propuesta, el Ejecutivo Federal someterá una nueva, en los términos del párrafo anterior. Si esta segunda terna fuere rechazada, ocupará el cargo la persona que dentro de dicha terna designe el Ejecutivo Federal. El nombramiento deberá recaer en una persona que tenga capacidad y experiencia en las materias de la competencia del organismo descentralizado; que no haya ocupado un cargo en algún partido político, ni haya sido candidato a ocupar un cargo público de elección popular en los tres años anteriores a la designación; que goce de buena reputación y no haya sido condenado por delito doloso. Asimismo, deberá cumplir los requisitos que establezca la ley. Desempeñará su encargo por periodos de seis años y podrá ser reelecto por una sola ocasión. En caso de falta absoluta, el sustituto será nombrado para concluir el periodo respectivo. Solo podrá ser removido por causa grave en los términos del Título IV de esta Constitución y no podrá tener ningún otro empleo, cargo o comisión, con excepción de aquellos en que actúen en

representación del organismo y de los no remunerados en actividades docentes, científicas, culturales o de beneficencia.

Como se puede ver, esta reforma significó la desaparición de las Juntas de Conciliación y Arbitraje, las cuales tenían la función de impartir justicia, promoviendo la paz social y armonía en las relaciones laborales, para así garantizar, a los trabajadores y patrones o empleadores, respeto a la ley, transparencia, certeza y seguridad jurídica en la resolución de los conflictos laborales; pero ya no será así. Con esta iniciativa del presidente de la república, lo anterior estará a cargo de tribunales laborales del Poder Judicial de la Federación o de las entidades federativas en el ámbito local y federal, con lo cual se busca que sea más rápida la resolución de las demandas.

Se espera que esta reforma agilice la aplicación de las normas laborales en todo el territorio nacional y, sobre todo, que garantice un procedimiento limpio de corrupción y apegado a la ley, así como una justicia más pronta y expedita, pues la lentitud procesal no únicamente afecta a los patrones, sino también a los trabajadores que ven pasar los días, meses o años sin lograr un laudo condenatorio. Por esto último, serán creados los centros de conciliación, así como un órgano desconcentrado que actuará en las situaciones relativas a la materia federal, con el fin de desahogar la carga de trabajo mediante audiencias de conciliación. La expectativa es que la solución de conflictos sea más pronta, pero habrá que esperar a que sea publicada la ley reglamentaria de dichos órganos. Así se sabrá si serán competentes para atender a los trabajadores al servicio del estado o únicamente abordarán las controversias que se diriman entre particulares. Asimismo, será posible determinar si serán competentes para hacer los registros de asociaciones sindicales, contratos colectivos de trabajo, así como los reglamentos internos de trabajo de ambos apartados del artículo 123 constitucional.

8. La perspectiva del derecho burocrático ante los nuevos cambios de gobierno

249

Este es un tópico importante para los trabajadores burócratas, así como para todo México en general. Debido a los cambios políticos suscitados por las elecciones del pasado 1 de julio, en las cuales resultó triunfante la izquierda, no habrá continuidad en ciertos proyectos y malas prácticas que se venían dando en la administración pública. Esto en atención a las necesidades reales y urgentes, propias de la situación que se vive en nuestro país, para lo cual el equipo del presidente electo elaboró un plan de austeridad. El proyecto se basa

en 50 puntos primordiales que habrán de ejecutarse en la nueva administración y se les conoce como Plan de Austeridad Republicana.⁸ Su fin es reducir el gasto corriente y, de la misma manera, abarcar cuestiones de ahorro, transparencia y limitaciones en la administración pública, así como eventuales reformas que tendrán que ser aprobadas por el Congreso de la Unión. Tal cuestión impactará de manera directa en los trabajadores al servicio del Estado, pues, con la finalidad de buscar justicia social, se prevé recortar salarios y eliminar privilegios a los altos funcionarios del gobierno. Sin embargo, también se verán afectados los derechos de los demás trabajadores, puesto que estos puntos se aplicarán de manera general y no únicamente a los de alto rango.

Por lo anterior, solo se tomarán en cuenta los puntos que a nuestra consideración inciden directamente en los burócratas:

- 7. Todo funcionario deberá presentar su declaración de bienes patrimoniales y de sus familiares cercanos, esta información será publicada y transparentada en todos los casos. Si bien las declaraciones patrimoniales no son algo nuevo, en este caso se proponen también incluir a los familiares más cercanos para evitar que a nombre de estos se encubran desvíos de recursos o en su caso un enriquecimiento indebido, derivado de la posición en la que se desempeñen los servidores públicos, así como también dádivas que les sean entregadas con la finalidad de recibir un beneficio a cambio y evitar la corrupción de los funcionarios públicos.
- 13. No habrá bonos ni otras canoquias y el salario será integral en acatamiento al texto Constitucional que a la letra dice “Se considera remuneración o retribución toda percepción en efectivo o en especie incluyendo dietas, aguinaldos, gratificaciones, premios, recompensas, bonos, estímulos, comisiones, compensaciones y cualquier otra con excepción de los apoyos y gastos sujetos a comprobación que sean propios del desarrollo del trabajo y los gastos de viaje en actividades oficiales”.
- 14. Los gastos de viáticos se limitarán a lo indispensable.
- 15. Se suprimirá toda partida para gastos médicos privados.
- 16. No habrá caja de ahorro especial, es decir, dejará de existir la partida conocida como “seguro de separación individualizada”

⁸ “Los 50 puntos del plan anticorrupción y de austeridad de AMLO”, *Forbes*. [Consulta: 15 de agosto, 2018]. Disponible en: <https://www.forbes.com.mx/estos-son-los-50-puntos-del-plan-anticorrupcion-y-de-austeridad-de-amlo>

Estos puntos son propuestos con la finalidad de evitar erogaciones al gasto público en rubros que son innecesarios, pues no es correcto que con el presupuesto público se paguen bonos, estímulos y compensaciones a funcionarios de alto rango y a los pertenecientes al Poder Legislativo, pues tienen un sueldo suficiente para que ellos se hagan cargo de sus gastos de seguros médicos de gastos mayores, así como de seguros de separación; además, ellos son los únicos que se ven beneficiados con estos.

- 18. Serán cancelados los fideicomisos y cualquier otro mecanismo utilizado para ocultar fondos públicos y evadir la legalidad y la transparencia.

Este punto está diseñado para evitar el desvío de recursos públicos por parte de los funcionarios públicos, así como también por parte de los legisladores, gobernadores de los estados y hasta presidentes municipales. Como se vio en este último sexenio, esa es una práctica común que se utiliza para ocultar y desviar fondos.

- 20. Se suprimen todos los programas y estructuras duplicados: oficinas mayores, oficinas de prensa, oficinas de publicaciones, defensorías jurídicas, oficinas de compras, contralorías internas, delegaciones y otras, las funciones o programas correspondientes se centralizarán en una sola unidad o coordinación.
- 21. Se reducirá con esto setenta por ciento del personal de confianza y en setenta por ciento el gasto de operación respectivo.
- 22. Se reducirán a la mitad los sueldos de los altos funcionarios públicos que ganen más de un millón de pesos anuales, tal recorte se aplicará de manera progresiva y proporcional, el monto ahorrado deberá ser equivalente a 50 por ciento del gasto actual.

Estos tres puntos buscan reducir la plantilla de trabajadores de confianza, así como el sueldo de aquellos que ganen más de un millón de pesos al mes, con el fin de generar un ahorro significativo en sueldos y demás prestaciones salariales. Muchas estructuras se repiten varias veces dentro de una misma secretaría lo cual se puede tomar como un gasto excesivo. Pero, sin duda, este punto repercutirá en la estructura de la administración pública, pues son un importante número de trabajadores los que podrían quedar fuera, trayendo como consecuencia que la carga de trabajo sea mayor para los trabajadores que permanezcan en sus puestos.

- 27. Los trabajadores de confianza laborarán de lunes a sábado y cuando menos ocho horas diarias.
- 30. Se prohibirá a los funcionarios de hacienda, de comunicaciones, de energía y de otras áreas, que convivan en fiestas, comidas, juegos deportivos o viajes con contratistas, concesionarios, grandes contribuyentes, proveedores o inversionistas vinculados a la función pública.
- 31. Ningún funcionario público podrá ocupar en su domicilio a trabajadores al servicio del Estado si no lo tiene permitido o no cuenta con autorización para ello.
- 43. Se tratará con amabilidad a los ciudadanos en las oficinas y en cualquier lugar donde se nos identifique.
- 47. Ningún funcionario público podrá recibir regalos cuyo valor exceda los 5000 pesos.
- 48. No se autorizará la contratación de despachos, ni de asesores o consultores externos para elaborar proyectos de ley, planes de desarrollo, informes de labores, cualquier tipo de análisis, redacción o recomendaciones que puedan hacerse con el trabajo y la capacidad de los servidores públicos.

Los puntos 27, 30, 31 y 47 habrán de revisarse con suma cautela pues si bien se podrían advertir cosas tan obvias como el hecho de que ningún funcionario público podrá ocupar en su domicilio a trabajadores al servicio del Estado, son situaciones que se dan dentro de la administración pública. Ello es el reflejo del abuso de las facultades conferidas a los altos funcionarios, pero, en este sentido, no se puede tratar de corregir lo que está mal con más irregularidades.

Con base en los demás puntos mencionados, se estarían violando libertades de los trabajadores y más en específico de aquellos que ocupen cargos de alto rango o de trascendencia, pues, si bien desempeñan una función dentro de la administración, también son personas que fuera de ella tienen derecho al libre desarrollo. Por lo tanto, no se les podrá obligar a trabajar más de 40 horas a la semana y, en el caso de que laboren de lunes a sábado, su jornada tendrá que reducirse para no caer en un abuso por parte de la propia federación y contravenir lo establecido en la Constitución.

Asimismo, no se puede privar a un trabajador de asistir a fiestas, comidas, juegos deportivos o viajes con los contratistas, proveedores, etcétera, fuera del horario de trabajo, así como no se le puede prohibir a un particular que otorgue presentes a funcionarios, pues aunque no es bien visto y se puede prestar a malinterpretaciones, no hay manera de prohibirlo.

En lo que respecta a los puntos 43 y 48, consideramos que constituyen lo mínimo que se le puede exigir a un funcionario o trabajador del Estado, pues los ciudadanos tienen derecho a ser tratados de una manera respetuosa, digna y amable. Esto es relevante debido a que impera una cultura en la que los burócratas atienden a la ciudadanía de una manera irrespetuosa y grosera.

Por otro lado, no se puede dejar pasar por alto una práctica que se acostumbra mucho en nuestro país: algunos funcionarios, con cargo al erario, contratan asesores o consultores externos para que realicen las funciones que ellos debieran desarrollar. En consecuencia, se presentan dos faltas. El primero es que se eroga el doble en salarios, el de los funcionarios y el de los asesores, cuando solo se debiera hacer un pago de honorarios. El otro es que ello se presta a prácticas de corrupción o nepotismo por parte de algunos burócratas que contratan a sus propias firmas o despachos y familiares para que estos también vivan del gasto público.

Cabe mencionar que todo este apartado está basado en simples observaciones al “Plan de austeridad republicana”, propuesto por el presidente electo como parte de una estrategia para disminuir el gasto público y poder destinar más recursos a proyectos productivos, de inversión, desarrollo de infraestructura u en otros rubros donde se considera más necesario. Sin embargo, no hay que dejarse llevar por el buen ánimo ni la euforia postelectoral, pues, para que se puedan aplicar, primero habrá que esperar a que este plan sea reglamentado, a través de un decreto presidencial, leyes o reglamentos. En los casos en que se considere que existan violaciones constitucionales, sin duda, habrá una avalancha de recursos para impugnarlos o dejarlos sin efectos, a fin de que los trabajadores al servicio del Estado no vean afectados sus derechos.

9. Conclusiones

La burocracia se entiende como aquella estructura organizativa que se media por procedimientos explícitos y regularizados, división de responsabilidades y especialización del trabajo, jerarquía y relaciones impersonales. En teoría, ello la convierte en un mecanismo de orden y simplificación; su objetivo principal es justamente mantener el equilibrio y organización de la administración. Esto se traduce en un mejor funcionamiento y, sobre todo, en eficiencia respecto a la prestación de servicios a sus administrados.

En contraste con lo anterior, la organización o estructura que en México conocemos como burocracia se ha degradado, al no cumplir con las características esenciales que su naturaleza dicta. En el deber ser, nos encontramos inmersos en una elaborada y engorrosa red de leyes y reglamentos, que no

son más que la expresión de la ineficacia burocrática, el grado de descomposición social y de mediocre respuesta institucional. En la generalidad de las oficinas públicas, nuestra cotidianidad, es frecuente toparse con un aparato de poder con procedimientos poco explícitos y difusamente regulados. No se observa una eficiente división de responsabilidades, eficaz especialización o división del trabajo, sino una jerarquía anárquica, basada en el partidismo y personalismos de interés grupal.

Eso en cuanto al ordenamiento jurídico, pero, si además observamos el desempeño de los funcionarios, la atención al público y la oportuna respuesta de las instituciones, la burocracia, más que un instrumento de orden, se convierte en un obstáculo para la resolución de problemas y capacidad de respuesta de la administración. Por tal razón, el término burocracia es percibido y utilizado por la mayoría de los mexicanos de forma peyorativa. Comúnmente, alude a la ineficacia del aparato gubernamental y al abuso de trámites que impiden al ciudadano común acceder de manera expedita al sistema.

En suma, no es un secreto para nadie la inconformidad de los ciudadanos ante el desempeño e ineficacia de la administración pública para la resolución de sus necesidades específicas, así como la falta de confianza y credibilidad en las instituciones. Ello está muy asociado a la corrupción y a la burocracia. Aunque la historia ha demostrado que no hay organización gubernamental perfecta, es imperante que, en México, por lo menos el ciudadano común pueda tener acceso a instituciones de manera gratuita, expedita y justa.

Para ello, es necesario tomar en cuenta la situación actual a modo de identificar los cambios más inmediatos que deben hacerse y pasar a la elaboración de las respectivas reformas que estén destinadas a la mejora de la administración pública. Esto también en busca de mejores resultados por parte de los trabajadores al servicio del Estado y de las condiciones con las que estos se desempeñan, para que sirvan de estímulo. De tal manera, será posible motivarlos a lograr un mejor desempeño. Asimismo, será necesario establecer sanciones más severas a quienes abusen de sus posiciones, así como a aquellos cuyo desempeño no sea satisfactorio para los ciudadanos ni para la administración pública.

Fuentes bibliográficas

ACOSTA ROMERO, MIGUEL, *Derecho burocrático mexicano*, México, Editorial Porrúa, 1995, p. 21.

ANTÓN MOLLER, MIGUEL; *Derecho del trabajo burocrático*, México, PAC, 1998, p. 12.

BOLAÑOS LINARES, ROGEL, *Derecho laboral burocrático*, México, Porrúa, 2010, p. 1.

- “Ley Federal del Trabajo. Propuestas de reforma, alcances y opinión pública”, *En contexto*, núm. 29, septiembre, 2012. Disponible en: <file:///C:/Users/agarz/Desktop/Contexto-No.29-Ley-federal-del-trabajo.pdf> http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5472965&fecha=24/02/2017
- “Los 50 puntos del plan anticorrupción y de austeridad de AMLO”, *Forbes*. [Consulta: 15 de agosto, 2018]. Disponible en: <https://www.forbes.com.mx/estos-son-los-50-puntos-del-plan-anticorrupcion-y-de-austeridad-de-amlo>
- MORALES PAULÍN, CARLOS A., *Derecho burocrático*, México, Porrúa, 1995; p. 103.
- REYNOSO CASTILLO, CARLOS, *Curso de derecho burocrático*, México, Porrúa, 1999, p. 14.
- TRUEBA URBINA, ALBERTO, *Nuevo derecho procesal del trabajo*, México, Porrúa, 1981.
- VILLAREAL REYES, ALMA RUBÍ, *Derecho colectivo burocrático*, México, Porrúa, 2011, p. 3.

Derecho de los trabajadores a la desconexión digital: *mail on holiday**

Workers' Rights to Digital Disconnection: Mail on holiday

Francisco Pérez Amorós**

RESUMEN

El derecho a la desconexión digital de los trabajadores fuera de jornada, reconocido en 2018, faculta al trabajador a no responder a las comunicaciones de trabajo que reciba fuera del horario laboral. El reconocimiento ha suscitado comentarios positivos, pero también algunas críticas por una ambigüedad. La desconexión legal —en el contexto digital— pretende evitar prolongaciones indebidas de la jornada que puedan menoscabar el descanso, la conciliación familiar, la salud, y la intimidad (derecho fundamental).

PALABRAS CLAVE: Nuevas tecnologías, jornada, horario y descanso laboral, conciliación familiar, salud e intimidad, derechos fundamentales.

ABSTRACT

The right of workers to digital disconnection on off working days was recognized in 2018, which entitles workers not to respond to work communications that are received outside working hours. This acknowledgment has raised positive comments, but also some criticisms due to its ambiguity. The legal disconnection —in the digital context— aims to avoid undue extensions of the working day that otherwise may undermine rest, work-life balance, health, and intimacy (fundamental rights).

KEY WORDS: *New technologies, working day, schedule and rest from work; work-life balance, health and intimacy, Fundamental Rights.*

* Artículo de investigación. Recibido el 10 de octubre de 2018 y aceptado para su publicación el 8 de julio de 2019.

** Catedrático en la Universidad Autónoma de Barcelona, España. (perez_amoros@hotmail.com) orcid.org/0000-0003-0803-9578

FRANCISCO PÉREZ AMORÓS

SUMARIO

1. Introducción: tiempo de trabajo y nuevas tecnologías
2. El marco y reconocimiento del derecho a la desconexión digital de los trabajadores
3. El derecho a la desconexión en la legislación laboral básica
4. Antecedentes y aportaciones de derecho comparado
5. Un ejemplo de política interna de la empresa sobre desconexión digital
6. Desconexión digital de los trabajadores y registro de la jornada: trabajar fuera de registro es una infracción
7. Conclusiones

1. Introducción: tiempo de trabajo y nuevas tecnologías

El factor tiempo y el proceso de incorporación de nuevos instrumentos técnicos en la producción han sido auténticas claves del ordenamiento laboral, aunque de distinta consideración. “En la relación laboral [...] el tiempo de trabajo [es] la categoría conceptual básica, en torno a la cual se articula todo [su] contenido”,¹ según expresó la mejor doctrina hace ya tiempo. Y es bien cierta la fuerza de atracción que tiene el factor “tiempo de trabajo” sobre muchas categorías jurídicas laborales.

La notabilidad del factor tiempo en el trabajo se prueba recordando un hecho histórico relevante: el actual centenario de la oit (1919-2019), coincide con el Convenio de la oit aprobado el 28 noviembre 1919, precisamente, “*sobre las horas de trabajo*”,² y con el del Real Decreto de 3 de abril de 1919³ que fijó la jornada laboral máxima en la España de la época, tras la conocida huelga de la Canadiense (Barcelona, febrero-marzo de 1919).⁴ Esta suma de hechos y

¹ ALARCÓN CARACUEL, MANUEL, *La ordenación del tiempo de trabajo*, Madrid, Tecnos, 1988, p. 14.

² Según el primer punto del orden del día de la primera reunión oit, se adoptó en el 28 noviembre 1919 (Washington) el Convenio oit número uno sobre las horas de trabajo. En tal convenio se previene que: “la duración del trabajo del personal no podrá exceder de ocho horas por día y de cuarenta y ocho por semana, salvo las excepciones previstas” (artículo 2).

La atención de la oit sobre el tiempo de trabajo ha sido y es encomiable. Varios son los Convenios y Recomendaciones sobre la materia.

³ Gaceta de Madrid de 4 de abril de 1919. El Real Decreto de referencia es también conocido por el de “las ocho horas y ocho firmas”, por estar refrendado por los ocho componentes del Gobierno de la época. En el Real Decreto citado se establece que: “La jornada laboral máxima legal será de ocho horas al día o cuarenta y ocho semanales en todos los trabajos a partir del 1 de octubre de 1919” (artículo 1).

⁴ El hecho que el Real Decreto de 3 de abril de 1919 y su jornada de las ocho horas traiga su causa de una huelga como la citada acentúa la importancia del factor tiempo convirtiéndolo en una “cuestión fundamental y esencialísima de sus reivindicaciones”.

coincidencias ilustran una doble conclusión: el tiempo de trabajo es un bien escaso —más que el trabajo— que se debe limitar y distribuir para evitar que se menoscaben otros derechos o bienes del trabajador, además del descanso. El factor tiempo de trabajo es importante, entre otras razones porque fija la aparición el ordenamiento laboral, especialmente porque demuestra su función tuitiva y, subsiguientemente, porque ordena sus instituciones y categorías.

Por lo que se expondrá, ya se subraya aquí que el citado Convenio OIT número uno de 1919, tras establecer la jornada laboral máxima y los descansos, precisa la obligación del empresario de fijar “las horas en que comience y termine el trabajo” (artículo 8.1a). Tal puntualización es nuclear si se advierte que la jornada es, por esencia y definición legal, “limitada” (ex. artículo 2 Convenio OIT número uno de 1919).

Paralelamente, aunque desde otra óptica, interesa cierto dato histórico. La acelerada incorporación de los nuevos instrumentos técnicos al proceso de producción de la época (de la manufactura al maquinismo) levantó un escenario —revolución industrial— propicio para la aparición del ordenamiento laboral con una función tuitiva determinada. El binomio trabajo y máquinas explica en buena parte el sentido del derecho del trabajo desde sus mismos orígenes hasta nuestros días.

Para concluir este apunte histórico, se constata que en tales épocas el factor tiempo de trabajo y las nuevas técnicas incorporadas al sistema de producción ya se retroalimentaban, como sucede actualmente en este nuevo contexto. Al respecto, valga sacar a colación afirmaciones históricas conocidas que se complementan entres sí, tales como que “la maquinaria acorta el tiempo de trabajo” y que la máquina supone un “enorme incremento de los rendimientos del trabajo humano. Esto es una buena manera de evidenciar que es el tiempo de trabajo el referente que mejor explica la relación entre trabajo y plusvalía. De tal modo, se pone de relieve la dimensión económica de la jornada laboral.

Actualizando el discurso, se observa que la organización y uso del tiempo, así como la utilización de las nuevas tecnologías en el trabajo, han alcanzado nuevas y mayores dimensiones en el mundo del trabajo. A la vez, han estrechado todavía más sus relaciones, de manera que estos procesos dotan a la cuestión de la desconexión de permanente y viva actualidad en la práctica laboral.⁵

⁵ Sentencia Tribunal Justicia Unión Europea (Gran Sala), de 14 de mayo de 2019, asunto C-55/18 (Federación de Servicios de Comisiones Obreras y Deutsche Bank), S.A.E., que aporta deferencias en respecto del registro de jornada laboral.

Según ha asegurado recientemente una alta autoridad laboral:

La regulación del tiempo de trabajo y el tiempo de descanso juega asimismo un rol central en la defensa del principio en virtud del cual el trabajo no debe ser considerado simplemente como una mercancía o un artículo para el comercio [...] las decisiones sobre el tiempo de trabajo pueden tener consecuencias de gran calado, que por lo general van más allá de los intereses inmediatos de una determinada empresa o grupo de trabajadores [...] pueden repercutir en el funcionamiento de la economía, la competitividad de la industria, las tasas de empleo y desempleo [...] La regulación del tiempo de trabajo también puede contribuir a resolver problemas sociales, incluido, en particular, el equilibrio entre la vida laboral y la vida privada, y a preservar la salud, la seguridad y el bienestar de los trabajadores [...] por lo tanto, queda claro por qué las cuestiones relativas al tiempo de trabajo y los periodos de descanso han ocupado durante mucho tiempo un lugar central en los debates, no solo entre trabajadores y empleadores, sino en la sociedad en general.”⁶

Además, “En el mundo del trabajo del siglo **xxi**, la conectividad con el lugar del trabajo es un problema importante para muchas personas [...] El ‘derecho a la desconexión’ y otras políticas conexas surgieron en respuesta a nuevas realidades del mundo del trabajo”.⁷

Tales consideraciones no requerirían de mayores comentarios por su expresividad, pero los provocan por su interés: resaltan que las normas que regulan la jornada son de derecho necesario (indisponibles); recuerdan que la organización del tiempo —a pesar de que ya existen estándares muy flexibilizadores (horarios flexibles, distribución irregular de la jornada, contrato a tiempo parcial a *jornada casi completa*, teletrabajo, sin más, y horas complementarias y extraordinarias *ilimitadas*)— ha venido sufriendo durante los últimos tiempos auténticas metamorfosis. Incluso, algunas de ellas han carecido de lógica jurídica (contrato de trabajo *cero horas*, el trabajo *a demanda*, y el contrato a tiempo parcial con horas complementarias). Estas demuestran que el factor

⁶ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *Garantizar un tiempo de trabajo decente para el futuro*, Conferencia Internacional del Trabajo, Ginebra, pp. 2 y 3. Disponible en: https://www.ilo.org/ilc/ILCSessions/previous-sessions/107/reports/reports-to-the-conference/WCMS_618490/lang--es/index.htm

⁷ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *Garantizar un tiempo de trabajo decente para el futuro*, Conferencia Internacional del Trabajo, Ginebra. Disponible en: https://www.ilo.org/ilc/ILCSessions/previous-sessions/107/reports/reports-to-the-conference/WCMS_618490/lang--es/index.htm

tiempo de trabajo es poliédrico por su contenido y muy transversal por su proyección.

Además, tales manifestaciones de la OT explican por qué cada vez más pierde interés interrogarse sobre si el salario es más importante que el tiempo de trabajo o viceversa, pues los caminos de ambas categorías convergen en un mismo destino: el tiempo de trabajo es un referente del salario hasta del trabajo por objetivos, aunque claro está, no se aprecie con igual sencillez que en trabajo por tiempo.

En la misma línea, se observa que las nuevas tecnologías siguen emergiendo e incorporándose en el trabajo a un ritmo acelerado (cuarta revolución industrial: industria 4.0), aunque sea con distinta intensidad, según sector de actividad. También se advierte que, entre el factor tiempo y las nuevas tecnologías, existen objetivos comunes.

Así, estos avances tecnológicos conllevan nuevas maneras de organizar y utilizar el tiempo de trabajo, pues hacen que sea posible trabajar en cualquier lugar y en cualquier momento. Así, quedan superados los estándares flexibilizadores existentes por otros todavía más generosos en los términos comentados. Esta nueva gestión del tiempo de trabajo adquiere mayor relieve porque, en ciertos casos, difumina —aunque no suprime— la subordinación y dependencia del trabajador hasta el extremo de alimentar la falsa duda de si se trata o no de una relación laboral. Hasta este extremo es relevante hoy el factor tiempo de trabajo.

Un puntual ejemplo de todo lo expuesto hasta aquí es la digitalización de los negocios, puesto que transforma las circunstancias de prestar el trabajo en las empresas con más o menos intensidad, según el caso. Más es así en aquellas empresas que, por hacer de la digitalización su razón (su plataforma) de ser, reinventan la organización de los tiempos de trabajo hasta límites extremos. Esto ocurre con el manejo del tiempo de trabajo en ciertas empresas con plataformas digitales, como es el caso con las de repartidores asalariados.⁸

La presión que sufre hoy día el factor tiempo de trabajo bajo el imperio de las nuevas tecnologías es tan intensa como manifiesta: pero no todo vale. Recordando citados planteamientos de la OT que tratan de la “soberanía del tiempo”, se podría repetir que el “tiempo de trabajo decente” es un requisito indispensable, aunque no el único, para el buen fin del “trabajo decente”.

⁸ RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, MARÍA LUZ y PÉREZ DE PRADO, DANIEL, *Economía digital: su impacto sobre las condiciones de trabajo y empleo. Estudio caso sobre dos empresas de base tecnológica*, España, Fundación para el Diálogo Social, 2017.

Resulta fácil de justificar que todo lo apuntado hasta aquí intenta introducir elementos para reflexionar sobre la desconexión digital. Como su propio nombre trasluce, se trata de compaginar debidamente el buen uso de las nuevas tecnologías digitales con el respeto al descanso, es decir, la desconexión. Así, se busca garantizar los derechos laborales tanto específicos como inespecíficos, entre los cuales también se incluyen derechos constitucionales fundamentales.⁹

Para concluir este introito con una dosis de realismo, se aportan algunas referencias sobre prácticas irregulares en el manejo del tiempo de trabajo. Si no son pocas es debido, precisamente, al elevado *valor* que tiene el tiempo para calcular el valor del trabajo en la producción.

Obviando consideraciones sobre la economía sumergida pura y dura, pero sin olvidarla, se observan dos hechos concomitantes: junto a la prolongación indebida y oculta de la jornada laboral legal o pactada también existen supuestos en los que el trabajador sigue *conectado* sin razón legal con el empresario, fuera de la jornada laboral de forma más o menos voluntaria.

La prolongación de la jornada indebida (y, lógicamente, no remunerada ni compensada por descansos debidamente, ni cotizada a la seguridad social) es una realidad habitual y de dimensiones considerables. Contrasta con datos y opiniones institucionales¹⁰ y es denunciada por los sindicatos.¹¹ Incluso llega a ser evidenciada por el propio legislador¹² y, en ocasiones, puede ser reprendida en sede judicial. Este laxo e irregular panorama de la prolongación de la jornada —flexible e ilegal— no favorece la desconexión digital, sino todo lo contrario: abona el “trabajo sin fin” del “nuevo esclavo tecnológico del siglo xxi”. Dicho sea con ajenas y sabidas expresiones gráficas al uso: ¿cómo ejercitar el derecho

⁹ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, SUSANA, *Poder de dirección, sistemas tecnológicos y derechos fundamentales de los trabajadores*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.

¹⁰ “Número total de horas extraordinarias realizadas en la semana por todos los asalariados por sexo y ocupación pagadas y no pagadas”, *Instituto Nacional de Estadística*. Disponible en <https://www.ine.es/jaxiT3/Tabla.htm?t=4366&L=0>

¹¹ “La prolongación no retribuida de la jornada laboral”, *ccoo*, 2019. Disponible en: <https://www.ccoo-servicios.es/archivos/informe-prolongacion-no-retribuida-jornada.pdf>

“Durante 2018 ha habido un millón de personas (1 046 000) que han trabajado a jornada completa con una jornada efectiva superior a la jornada pactada. Eso supone que 8% de la población asalariada a tiempo completo prolonga semanalmente su jornada por encima de lo pactado y no percibe una retribución por ello. Ese millón largo de trabajadores y trabajadoras ha prolongado su jornada laboral una media de 10.5 horas a la semana durante 2018 por encima de lo cotizado-pagado. Cada semana se trabajan 11 millones de horas por encima de la jornada laboral pactada-declarada, millones de horas no retribuidas a las personas que las trabajan, engrosando los niveles de beneficio y precarización laboral. Esos 11 millones de horas no pagadas a la semana durante 2018 equivalen a 276 000 puestos de trabajo de Informe 40 horas semanales”.

¹² “De acuerdo con la Encuesta de Población Activa del cuarto trimestre de 2018, más de cincuenta por ciento de los asalariados declararon tener jornadas semanales superiores a las cuarenta horas y un gran volumen de trabajadores a tiempo parcial indicó que la jornada de trabajo efectiva no se correspondía con la declarada.” Real Decreto Ley 3/2019, de 3 de marzo, de medidas urgentes de protección social y de lucha contra la precariedad laboral en la jornada de trabajo.

a la desconexión (lo menos), si previamente no se ha evitado la prolongación de la jornada indebida (lo más)?

Respecto a la conexión digital fuera del trabajo, se ha concluido que “51% de la población activa española declara responder e-mails y atender llamadas de trabajo durante su periodo de vacaciones o en sus fines de semana” y que “solo 28% de las empresas españolas afirma tener alguna política de desconexión laboral, mientras que a 76% de la población activa española le gustaría que su empresa la aplicara”.¹³

Informes y datos también relacionan la conectividad durante los descansos como un riesgo profesional y como menoscabo de la salud del trabajador, problemática que se cita sin más consideración posible.¹⁴ Por todo ello, aciertan las autoridades públicas, muy cualificadas sobre tiempo de trabajo: “De entre los elementos configuradores del derecho del trabajo, las reglas sobre la limitación de la jornada laboral se alzan, quizás como las que más trascendentes para evitar el abuso a que conducía el libre juicio de la autonomía individual y la fijación de las condiciones de trabajo”.

Parece pues correcto advertir y proponer que:

Las tecnologías de la información y de la comunicación que permiten que se trabaje en cualquier lugar, en cualquier momento, difuminan la línea entre las horas de trabajo y la vida personal, y pueden contribuir a ampliar las horas de trabajo. En la era digital, los gobiernos y las organizaciones de empleadores y de trabajadores tendrán que encontrar nuevos medios para aplicar de forma eficaz a nivel nacional determinados límites máximos de las horas de trabajo, por ejemplo, estableciendo el derecho a la desconexión digital”¹⁵.

Si se conviene en que las horas extraordinarias son el último recurso para prolongar la jornada legalmente, no es de extrañar que desde casi siempre hayan estado y estén limitadas y controladas.¹⁶ Este antecedente se debe tener

¹³ “Estado del Mercado Laboral. Informe Anual 2017”, *InfoJobs-Esade*. Disponible en: <https://www.google.com/search?client=firefox-b-d&q=+Informe+Anual+2017+InfoJobs%E2%80%9393ESADE+sobre+el+Estado+del+Mercado+Laboral>

¹⁴ DE LA CASA QUESADA, SUSANA, “Tiempo de trabajo y bienestar de los trabajadores: una renovada relación de conflicto en la sociedad digital”, *Revista Trabajo y Seguridad Social (CER)*, núm. extraordinario, 2019.

¹⁵ COMISIÓN MUNDIAL SOBRE EL FUTURO DEL TRABAJO, *Trabajar para un futuro más prometedor*, Ginebra, OIT, 2019, p. 41.

¹⁶ El artículo 35.5 LET, previene: “A efectos del cómputo de horas extraordinarias, la jornada de cada trabajador se registrará día a día y se totalizará en el periodo fijado para el abono de las retribuciones, entregando copia del resumen al trabajador en el recibo correspondiente”.

FRANCISCO PÉREZ AMORÓS

presente en el debate sobre la prolongación indebida de la jornada, en torno a la desconexión, y sobre el registro de la jornada de trabajo diaria.

Como se explicitará, para corregir dicha prolongación indebida de la jornada, y para garantizar indirectamente la desconexión digital de los trabajadores fuera de la jornada, recientemente, se ha dispuesto un registro de control diario de las horas trabajadas.¹⁷ Para remarcar el aspecto práctico del debate, se puede avanzar que la necesidad de corregir la prolongación indebida de la jornada en todas sus vertientes se ha sugerido, incluso, desde el foro como *obiter dicta*.

2. El marco y reconocimiento del derecho a la desconexión digital de los trabajadores

La Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales¹⁸ (LOPDGDD, en adelante), entre otras referencias laborales, establece¹⁹ cinco derechos digitales en el ámbito laboral. Entre ellos, se incluye el comentado en estas páginas, en “un lugar relevante” y como “la principal novedad que conlleva”,²⁰ todo ello de acuerdo con las pautas establecidas por la Unión Europea.

Procede remarcar que la ley de referencia, tras listar los derechos digitales citados, añade: “Los convenios colectivos podrán establecer garantías adicionales de los derechos y libertades relacionados con el tratamiento de los datos personales de los trabajadores y la salvaguarda de derechos digitales en el ámbito laboral” (artículo 91 LOPDGDD).²¹

Su artículo 88, bajo la rúbrica “Derecho a la desconexión digital en el ámbito del trabajo”, reconoce en su primer apartado: “Los trabajadores y los empleados públicos tendrán derecho a la desconexión digital a fin de garantizar, fuera del tiempo de trabajo legal o convencionalmente establecido, el respeto de su tiempo de descanso, permisos y vacaciones, así como de su intimidad personal y familiar”.

¹⁷ Real Decreto-ley 8/2019, de 8 de marzo, de medidas urgentes de protección social y de lucha contra la precariedad laboral en la jornada de trabajo.

¹⁸ *Boletín Oficial del Estado*, 6 diciembre, 2018. Disponible en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2018-16673

¹⁹ Incluidos en el título X sobre “Garantía de los derechos digitales”.

²⁰ “Implicaciones laborales de la nueva Ley Orgánica de Protección de Datos y Garantía de los Derechos Digitales”, *Augusta Abogados*. Disponible en: <http://augustaabogados.com/implicaciones-laborales-de-la-nueva-ley-organica-de-proteccion-de-datos-y-garantia-de-los-derechos-digitales/>

²¹ “Los derechos digitales laborales en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales. Notas al título X”, *Eduardo Rojo Torrecillas*, 6 de diciembre, 2018. Disponible en: <http://www.eduardorojotorrecilla.es/>

En su dos siguientes apartados, trata de las “modalidades de ejercicio” de tal derecho remitiéndose a la negociación colectiva, o en su caso a los acuerdos de empresa (artículo 88.2), y añade que el empresario elaborará –imperativo– “una política interna”, con audiencia de los representantes de los trabajadores. Estará dirigida a los trabajadores, “incluidos los que ocupen puestos directivos”, para garantizarles el ejercicio del derecho. Cabe destacar que se trata de una imposición al empresario, que se remite a la negociación y la cita significativamente al colectivo de directivos por más vulnerables ante la desconexión perseguida.

En su último inciso, precisa: “en particular [...] se preservará el derecho a la desconexión digital en los supuestos de realización total o parcial del trabajo a distancia, así como en el domicilio del empleado vinculado al uso con fines laborales de herramientas tecnológicas” (88.3 in fine). Así, deja constancia de que la desconexión tecnológica, por la dificultad de garantizarla, merece especial mención en dos casos: trabajo a distancia y trabajo en el domicilio del trabajador.

El derecho se atribuye, pues, tanto a los empleados públicos como a los trabajadores asalariados de régimen laboral común y de régimen laboral especial. Sin embargo, este ensayo se ocupará exclusivamente de los trabajadores, y se presenta para preservar el “descanso, permisos y vacaciones” (lista ejemplificativa) y por respeto debido a la “intimidad personal y familiar” y como garante de la salud del trabajador. Así, se fija parcialmente el ámbito de proyección del derecho objeto de atención, remarcando su plena vinculación con los derechos fundamentales.²²

Al margen de comentarios posteriores, cabe observar que se trata de un reconocimiento interesante en sí mismo, pero muy mejorable. Por ejemplo, en ningún otro sentido se puede valorar su ambigua remisión a “una política interna” y su remisión inconcreta a la negociación colectiva.²³ Tal ambigüedad va aparejada a la pobreza con que tales derechos digitales se cuelgan en el preámbulo de la ley de referencia, focalizado en la protección de las personas físicas en relación con el tratamiento de datos personales.²⁴ Estas imprecisiones adquieren más sentido porque, como se advertirá, no se superan en la Ley

²²FERRANDO GARCÍA, FRANCISCA, “Vigilancia y control de los trabajadores y derecho a la intimidad en el contexto de las nuevas tecnologías”, *Revista Trabajo y Seguridad Social*, núm. 399.

²³“La garantía de los derechos digitales. Un texto decepcionante”, *Antonio Baylos*, 15 de noviembre, 2018. Disponible en: <https://baylos.blogspot.com/>

²⁴Aquí conviene recordar que el título X de la Ley, donde se incluyen los derechos digitales en el ámbito laboral referenciados, se introdujo en el texto del Proyecto de Ley durante su discusión parlamentaria vía enmiendas presentadas y subsiguientes transacciones durante el propio debate.

FRANCISCO PÉREZ AMORÓS

del Estatuto de los Trabajadores (Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, BOE, 24).

A efectos de debate, se observa que la disposición final decimotercera de la LOPDGGDD modifica la Ley del Estatuto de los Trabajadores, introduciendo el derecho a la desconexión digital de los trabajadores, y lo hace en los términos que se expondrán en el apartado siguiente. Aquí solo interesa dejar anotado que la configuración de tal derecho prevista en la disposición final resulta de una operación reductiva contemplada en el ordinal 88 de la LOPDGGDD.

Según la disposición final primera de la comentada LOPDGGDD, en su citado artículo 88 que trata del derecho de desconexión digital, tiene el carácter de ley ordinaria. Mientras, los artículos que tratan de los restantes derechos digitales laborales tienen carácter de ley orgánica.

3. El derecho a la desconexión en la legislación laboral básica

El artículo 20 bis de la Ley del Estatuto de los Trabajadores²⁵ (LET, en adelante) mandata que “Los trabajadores tienen *derecho a la intimidad* en el uso de los dispositivos digitales puestos a su disposición por el empleador, a la desconexión digital y a la intimidad frente al uso de dispositivos de videovigilancia y geolocalización en los términos establecidos en la legislación vigente en materia de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales”.²⁶

Para una buena comprensión del mandato transcrito, primero, conviene tener presente un referente sistemático resultante de la combinación de tres elementos. En el orden establecido en la LET, el mandato se ubica en una sección del texto con el título de “Derechos y deberes derivados del contrato”, está colocado tras el artículo 20 que trata *de la* “Dirección y control de la actividad laboral”, y su rúbrica reza “Derechos de los trabajadores a la intimidad en relación con el entorno digital y a la desconexión”.

Se busca que los derechos en colisión —dirección del empresario del artículo 20 LET y desconexión del trabajador del pasaje 21 bis LET— se reconozcan en la LET en artículos sucesivos y en un orden determinado (primero, poder de dirección del empresario y control del empresario; después, el derecho a la desconexión del trabajador). Asimismo, que la rúbrica del segundo (desconexión) ya manifieste su entronque con el derecho a la intimidad (constitucional fundamental).

²⁵ Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (Boletín Oficial del Estado, 24). Es la ley laboral sustantiva básica. Este artículo 20 bis se introduce en la LET por la Disposición final decimotercera de la citada LOPDGGDD de 2018.

²⁶ Véase, ALEMÁN PÁEZ, FRANCISCO, “El derecho de desconexión digital. Una aproximación conceptual, crítica y contextualizadora al hilo de la ‘Loi Travail No 2016-1088’”, *Trabajo Derecho*, núm. 30, pp. 12-32.

Así, jerarquiza ambos derechos, ilustrando la configuración del derecho a la desconexión.²⁷

El reconocimiento del derecho a la desconexión es reciente (de 2018, como se ha apuntado; ligeramente retrasado de otras experiencias europeas); expreso, como derecho subjetivo autónomo y como derecho necesario (aunque no se incluye en la lista de derechos laborales *ex* artículo 4 LET); escueto, en los términos que se expondrá; formulado, en unos términos literales y estructurales mejorables, y es novedoso, porque es la primera vez que se recoge en una ley laboral básica. No obstante, ya estaba implícitamente reconocido con distintos términos en la propia LET,²⁸ y más explícitamente en algún convenio o acuerdo anterior o contemporáneo.²⁹

El repetido pasaje 20 *bis* LET de referencia presenta los derechos digitales con manifiesta brevedad, especialmente al derecho a la desconexión. Esto dificulta la deducción de un concepto cerrado y suficientemente operativo. La técnica legislativa (heteronomía) de remitir a la negociación colectiva (autonomía colectiva) la concreción de la cuestión sin fijar unos mínimos suficientes es susceptible de crítica.

Una primera vía es la sistemática; para subsanar tal hándicap conceptual se encuentra en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre LOPDGDD que, como se ha apuntado, concreta: “Los trabajadores [...] tendrán derecho a la desconexión digital a fin de garantizar, fuera del tiempo de trabajo legal o convencionalmente establecido, el respeto de su tiempo de descanso, permisos y vacaciones, así como de su intimidad personal y familiar” (artículo 88 LOPDGDD).

La segunda vía es analógica, y se establece para componer mínimamente el concepto de derecho a la desconexión de los trabajadores, por ejemplo, al recordar cómo se reconoce a los empleados públicos.³⁰ Ambos aportes solo corrigen parcialmente la inconcreción del citado ordinal 20 *bis* LET. Sin embargo, no parece aceptable calificar el reconocimiento de puro y simple

²⁷ BARRIOS BAUDOR, GUILLERMO, “El derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral español: primeras aproximaciones”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 1.

²⁸ Trabajar en horas que superen la jornada laboral máxima legal o convencionalmente prevista, incluidas las horas extraordinarias, es una infracción a las normas (*ex* artículos 34 y 35 LET). Ello menoscaba el derecho al descanso que conlleva el concepto de jornada “máxima” para garantizar los descansos (interrupciones) previstos.

²⁹ TALENS VISCONTI, EDUARDO, “La desconexión digital en el ámbito laboral: un deber empresarial y una nueva oportunidad de cambio para la negociación colectiva”, *Información Laboral*, núm. 4, pp. 1-17.

³⁰ Los empleados públicos tienen derecho “a la intimidad en el uso de dispositivos digitales puestos a su disposición y frente al uso de dispositivos de videovigilancia y geolocalización, así como a la desconexión digital en los términos establecidos en la legislación vigente en materia de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales.” Artículo 14 *j bis* del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, introducido en tal texto por la LOPDGDD.

FRANCISCO PÉREZ AMORÓS

soft law, ni se puede menospreciar que se trata de un verdadero “derecho a no responder”.

Se debe resaltar la relación del derecho de desconexión-descanso³¹ con el derecho a la intimidad personal y familiar, y con la salud en el trabajo. Constitucionalmente, este último está previsto con rango fundamental y, como tal, protegido con las máximas garantías constitucionales (artículo 53 CE) y legales ordinarias (administrativas y judiciales). Es así que el derecho a la desconexión digital comentado se suma a los que potencian la constitucionalización de los derechos laborales. Un aporte que se debe valorar positivamente —aunque no repare totalmente en los efectos negativos derivados de la ambigüedad con la el legislador ordinario— es reconocer el derecho en cuestión y evidenciar los vacíos de la Constitución que se deberían superar en materia de derechos digitales.

Desde el punto de vista subjetivo, el derecho considerado se atribuye a los trabajadores sin más, es decir, tanto a trabajadores de régimen laboral común como de régimen especial (artículo 2 LET). Sin embargo, la puesta en práctica del derecho a la desconexión es más fácil en un sector que en otros, de la misma manera que es más problemática para ciertos trabajadores también titulares del derecho en cuestión, por ejemplo, cuadros y altos cargos, teletrabajadores y repartidores que hacen de la tecnología la herramienta de trabajo por excelencia.³²

Se entiende que es el empresario quien se comunica fuera de jornada, contrariando el descanso (desconexión) del trabajador. Aunque también se debería plantear la cuestión cuando el remitente es un alto cargo o similar de la empresa que actúa bajo la aprobación o negligencia del empresario.

Las normas de la UE y sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre el tiempo de trabajo ofrecen referentes interesantes para perfilar el derecho de desconexión, especialmente respecto al deber de vigilancia del empresario, debido a los descansos en general y la desconexión digital fuera de jornada en concreto.³³

Se deduce que la desconexión, más que impedir al empresario comunicarse, implica que el trabajador no está obligado a responder a las comunicaciones

³¹El artículo 40.2 trata del descanso necesario, precisamente, “mediante la limitación de la jornada laboral, las vacaciones periódicas retribuidas”. Cabe recordar que la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) reconoce el “Derecho de toda persona al descanso” (artículo 24); y que el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966) reconoce el “disfrute de condiciones de trabajo que aseguren, en especial, ‘el descanso’” (artículo 7 d).

³²La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 3 de febrero de 2016 trata del obligatorio —aunque no fácil— control del tiempo de trabajo por parte de empresario en el supuesto de trabajo en domicilio del asalariado y teletrabajo.

³³MARTÍN RODRÍGUEZ, MARÍA OLAYA, “Las directrices de la Unión Europea sobre tiempo de trabajo, su interpretación por el Tribunal de Justicia y sus repercusiones en el sistema español”. *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 194.

laborales indebidas fuere cual fuere el medio utilizado. Nada se apunta si el trabajador responde, pudiendo no hacerlo.

Se trata pues de un derecho subjetivo de todos los trabajadores a no responder las comunicaciones laborales emitidas por su empresario, o en su nombre, fuera de la jornada y horario laboral. De tal modo, se garantizan el descanso e intimidad.

Anteriormente, se ha comprobado que el factor tiempo de trabajo tiene larga historia y ahora se advierte que, con la desconexión (artículo 20 bis LET), muy probablemente, asegura su futuro más inmediato.³⁴

4. Antecedentes y aportaciones de derecho comparado

Ciertamente, el reconocimiento del derecho a la desconexión legal es novedoso en los términos expuestos, pero también cuenta con varios antecedentes que, además de probar la existencia de irregularidades en materia de jornada laboral, aportan argumentos para el actual debate sobre el derecho a la desconexión de los trabajadores.

Así, por ejemplo, Volkswagen, ya en 2011, desconectaba ciertas comunicaciones de los móviles de los empleados durante horas de descanso; Michelin, en 2016, desaconsejaba y evitaba conexiones de trabajo en horarios de descanso; y, Mercedes Benz, en 2016, redirigía a otras direcciones correos electrónicos de trabajadores durante sus vacaciones (mail on holiday).

Es clásica a la cita del Convenio Colectivo del Grupo AXA de 2017 porque su pasaje 14,³⁵ “Derecho a la desconexión digital”, establece que “salvo causa de fuerza mayor o circunstancias excepcionales, AXA reconoce el derecho de los trabajadores a no responder a los mails o mensajes profesionales fuera de su horario de trabajo”. Así, precisa que la desconexión posibilita “no responder”, pero sin que tan extenso artículo aporte más. El acuerdo para la distribución de la jornada en Ikea Ibérica S.A. firmado el 27 de junio de 2017, en su punto 13 “establece que los trabajadores/as tiene derecho a no responder cualquier comunicación por cualquier canal (correo electrónico, WhatsApp, redes sociales, etc.), fuera de su hora de trabajo, salvo causa de fuerza mayor”.

³⁴GARCÍA-PERROTE, IGNACIO y MERCADER UGUINA, JESÚS, “El permanente debate sobre la jornada laboral: una cuestión clásica (reducción del tiempo de trabajo) y otra reciente (el derecho a la desconexión del trabajo)”, *Revista de Información Laboral*, núm. 10.

³⁵Resolución de 21 de septiembre de 2017, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo del Grupo Axa (BOE núm. 244, de 10 de octubre de 2017; Código convenio núm. 90006353011984), páginas 98670 a 98699. Disponible en: <https://www.boe.es/boe/dias/2017/10/10/>

FRANCISCO PÉREZ AMORÓS

Ambos convenios tratan la desconexión como un derecho subjetivo, limitado (fuerza mayor) y limitable (circunstancias excepcionales), y lo identifican con el “derecho a no responder”. En algo contribuyeron estos antecedentes, pero a la vista está que, en la práctica actual, han surgido más cuestiones.

Es ilustrativo de esta cuestión, en torno a la negociación y concertación social, el “Acuerdo Interprofesional de Cataluña para los años 2018-2020”, de 4 de septiembre de 2018 —poco antes que la LODPGDD— firmado por patronales y sindicatos,³⁶ el cual propone:

Que los convenios colectivos puedan adoptar la cláusula siguiente: Las personas trabajadoras tienen el derecho, a una vez concluida su jornada laboral, que se respete el tiempo de descanso y vacaciones, así como su vida familiar y personal, hecho que comporta no atender comunicaciones telefónicas, mensajes o correos electrónicos, valorando las diferentes casuísticas y tratamientos diferenciados que puedan existir.

De este modo, el acuerdo promueve la participación, negociación y sensibilización de todos los implicados. Lo deja en manos de la negociación, pero, como se comprobará, anticipa las generalidades de los principales aspectos que incluirán la posterior legislación sobre la materia.

El derecho comparado también aporta referentes para un debate general sobre la desconexión considerada. Como ejemplo se recuerda el caso francés que, según opiniones fundadas, es el primero que le dedica una atención particular.

Tras unos preludios plasmados en informes, acuerdos interpartes, en sede judicial y legal, actualmente, el Código de Trabajo francés establece el derecho a la desconexión. En este, se previene:

A défaut d'accord (du plein exercice par le salarié de son), l'employeur élabore une charte, après avis du comité social et économique. Cette charte définit ces modalités de l'exercice du droit à la déconnexion et prévoit en outre la mise en œuvre, à destination des salariés et du personnel d'encadrement et de direction, d'actions de formation et de sensibilisation à un usage raisonnable des outils numériques.

³⁶Resolución TSF/2053/2018, de 4 de septiembre, por la que se dispone la inscripción y la publicación del Acuerdo Interprofesional de Cataluña para los años 2018-2020 (código de convenio núm. 79100065092016). CVE-DOGC-B-18248008-2018 (Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya Núm. 7702 - 7.9.2018. Disponible en: <http://gencat.cat/dogc>

El anterior es un reconocimiento legal del derecho de desconexión de los trabajadores fuera de la jornada laboral (con origen jurisprudencial y convencional e incorporado al ordenamiento de forma gradual) que, a falta de acuerdo, obliga al empresario a implementarlo con conocimiento de los representantes de los trabajadores. Es un reconocimiento que no incorpora una concepción cerrada del derecho, pero que aporta alguna precisión subjetiva por valorar (altos cargos) y objetiva (modalidades) de ejercicio del derecho) y otras no menos significativas (formación y sensibilización).

Caben dos breves anotaciones más de derecho comparado. En Bélgica la Ley de 26 marzo 2018, *relative au renforcement de la croissance économique et de la cohésion social*, dedica sus artículos 15 a 18 a la *concertation sur la déconnexion et l'utilisation des moyens de communication digitaux*, siendo el pasaje 16 el que establece las pautas de tal negociación obligatoria por realizar en el seno del Comité para la Prevención y Protección del Trabajo. En este, participan empresario y representante de los trabajadores, con el objetivo de “garantizar un equilibrio entre el trabajo y la vida privada”, y todo ello en el marco de las previsiones generales del *Code du bien-être au travail* de 2017. Mientras, en Italia, la Ley de 22 de mayo 2017 trata de combinar el trabajo presencial con el prestado desde fuera del centro de trabajo (trabajo *ágil*). Para ello, establece la necesidad de garantizar el descanso con medidas que aseguren la desconexión del trabajador respecto a los instrumentos tecnológicos de trabajo (artículo 19.1).

Parece pues que los tres ejemplos del derecho a la desconexión, implementados en tres modelos de relaciones laborales diferentes, presentan algunas coincidencias en punto a su origen judicial y negociado. Especialmente, son parecidos en cuanto a la apreciable función que encomiendan a la negociación colectiva para configurarlo. Bien parece también que los tres antecedentes de derecho comparado —quizás más el francés— ha servido, en parte, de pauta al ordenamiento jurídico laboral español.

5. Un ejemplo de política interna de la empresa sobre desconexión digital

271

En desarrollo y cumplimiento de la citada legislación vigente,³⁷ se suscriben algunos acuerdos que incluyen el derecho de desconexión digital dando cuerpo así a la referida política interna en la materia.

³⁷ Pasaje 88 de la citada Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales, y artículo 20 bis LET.

Valga al respecto la mención del acuerdo firmado por Telefónica, UGT y ccoo (17 de julio de 2019) sobre la “Política interna reguladora del derecho a la desconexión digital de las personas trabajadoras de Telefónica”. De este, interesa comentar sus aportaciones al debate general sobre el derecho de desconexión digital, pues el propio “acuerdo Telefónica” parte de la siguiente premisa: “la desconexión digital como elemento fundamental para lograr una mejor ordenación del tiempo”.

En tal acuerdo, se dispone el derecho a la desconexión (derecho subjetivo) a favor de los trabajadores presenciales y de los que, total o parcialmente, prestan su trabajo a distancia o en el domicilio, “fuere cual fuere la jornada ordinaria de trabajo”, con exclusión de algunos, como los trabajadores a disposición con complemento de disponibilidad (ámbito subjetivo). Así, se garantizan los descansos: “vacaciones, días de asuntos propios, libranzas, descanso diario y semanal, permisos, incapacidades o excedencias, en los mismos términos, incluido para el personal fuera de convenio”. Asimismo, se respetan la intimidad y el derecho a la conciliación de la actividad laboral y la vida personal y familiar.

En busca de ello, se reconoce expresa y literalmente el “derecho a no responder a ninguna comunicación, fuere cual fuere el medio utilizado (correo electrónico, WhatsApp, teléfono, etc.), una vez finalizada su jornada laboral”, salvo circunstancias determinadas. Queda así fijada su proyección (contenido del derecho) y quedando de manifiesto en el acuerdo de referencia que se trata de un derecho del trabajador (derecho a no responder), más que de una obligación empresarial. De este modo, “el remitente asumirá expresamente que la respuesta podrá esperar a la jornada laboral siguiente”.

Salta a la vista que el acuerdo ofrece elementos varios para debatir sobre la escueta configuración del derecho de desconexión prevista en la legalidad laboral ordinaria citada. Puntualiza aspectos de su ámbito subjetivo y cuestiones de su contenido con cierta magnificencia, pero también se observa críticamente que establece unas excepciones objetivas y exclusiones subjetivas, en su disposición quinta, que podrían constreñir o desvirtuar el derecho de desconexión digital de los trabajadores en la práctica.

6. Desconexión digital de los trabajadores y registro de la jornada: trabajar fuera de registro es una infracción

El artículo 34.9 LET sienta la obligación del empresario a garantizar un registro diario de la jornada, que incluirá el horario concreto de su inicio y finalización para cada persona trabajadora. Su ordinal 34.7 faculta al Gobierno para establecer ampliaciones o limitaciones en la ordenación y duración de la jornada

de trabajo y de los descansos para aquellos sectores, trabajos y categorías profesionales que por sus peculiaridades así lo requieran.

El tema del registro de jornada ha sido ya objeto de consideraciones judiciales que coadyuvan a la delimitación de la desconexión digital de los trabajadores. El mismo mantiene vivo el clásico enfrentamiento entre el poder de control del empresario y la intimidad de los trabajadores,³⁸ agudizado, por el uso de las nuevas tecnologías en el trabajo, hasta el extremo que ponen de manifiesto algunas sentencias actuales.

Cabe recordar que el citado Convenio OIT de 1919, tras fijar la jornada laboral máxima y los descansos, precisa la obligación del empresario de fijar “las horas en que comience y termine el trabajo” (artículo 8.1a). Esto es importante, pues ayuda al buen entendimiento del *nuevo* registro de la jornada previsto (34.9 LET). Queda claro que, desde hace años, existe la obligación de que el empresario “registre día a día” las horas extraordinarias de cada uno de los trabajadores.³⁹ Su incumplimiento es una infracción de normas sancionable administrativamente.

Las posibilidades que tienen los representantes de los trabajadores para participar y negociar aspectos del registro (*ex* artículo 34.9 LET) incrementan las de hacer lo propio en favor del derecho a la desconexión digital de los trabajadores fuera de la jornada.

Aunque no conste directa y expresamente en la legislación vigente, resulta factible establecer cierta relación entre el comentado derecho de desconexión digital del trabajador reconocido en 2018 y la obligación empresarial de implantar el registro establecida posteriormente, en 2019.

Se intenta evitar la conexión digital indebida, pues es manifestación de la precariedad de la jornada⁴⁰ e irregularidad laboral. Para ello, se implementa el registro de jornada diario, este prefija el tiempo operativo.

La desconexión, por definición, se activa fuera de jornada, es decir, no opera desde el comienzo al final del tiempo de trabajo prefijado registralmente. En definitiva, el derecho a la desconexión digital de los trabajadores se complementa con la obligación del empresario de disponer de registro de la jornada. Así, trabajar fuera de registro por *seguir conectado* no se ajusta a derecho.

³⁸THIBAUT ARANDA, JAVIER, *Control multimedia de la actividad laboral*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.

³⁹Según el artículo 35.5 LET transcrito literalmente al tratar de la prolongación indebida de la jornada como una realidad que desvirtúa la desconexión digital de los trabajadores.

⁴⁰Según rúbrica del repetido Real Decreto ley 8/2019, de 8 de marzo, sobre una medidas urgentes de protección social y de lucha contra la precariedad laboral en la jornada de trabajo; donde se apunta que: “el registro de jornada, [es] como forma de combatir la precariedad laboral [porque] afecta a dos elementos esenciales de la relación laboral, el tiempo de trabajo, con relevante influencia en la vida personal de la persona trabajadora al dificultar la conciliación familiar, y el salario”.

7. Conclusiones

El tiempo de trabajo —un bien más escaso que el trabajo— se debe limitar para permitir el descanso y garantizar otros derechos laborales. Las nuevas tecnologías permiten producir más y mejor en menos tiempo, pero, mal utilizadas, podrían menoscabar los derechos laborales fundamentales y ordinarios, en general. En particular, podrían perjudicar el descanso, la salud, la conciliación (familiar) y la intimidad de los trabajadores.

La prolongación indebida de la jornada sin retribución es una realidad, agudizada en tiempos de postcrisis, que perjudica a todos, especialmente a los trabajadores y a los desempleados. Es una infracción de normas sancionable.

Que el trabajador siga *conectado* de forma irregular durante los descansos o fuera de jornada es una de las manifestaciones de la prolongación indebida de la jornada. Podría ser una infracción de normas sancionable atribuible al empresario por acción o por déficit de vigilancia.

La desconexión digital del trabajador fuera de jornada es un derecho subjetivo (derecho necesario) limitado y limitable a no responder la comunicación del empresario o cargo. Su reconocimiento legal es mejorable en los términos expuestos. La concreción de su ejercicio se desarrolla por la “política interna” que obliga al empresario, y por la concertación social y la negociación colectiva.

El registro de la jornada diaria, de obligada implantación en todas las empresas por reciente mandato legal, se complementa con el citado registro de horas extraordinarias, previsto legalmente desde hace años. Ambos registros, debidamente coordinados, favorecen el ejercicio del derecho a la desconexión digital.

Bibliografía

- ALARCÓN CARACUEL, MANUEL, *La ordenación del tiempo de trabajo*, Madrid, Tecnos, 1988.
- ALEMÁN PÁEZ, FRANCISCO, “El derecho de desconexión digital. Una aproximación conceptual, crítica y contextualizadora al hilo de la ‘Loi Travail No 2016-1088’”, *Trabajo Derecho*, núm. 30.
- BARRIOS BAUDOR, GUILLERMO, “El derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral español: primeras aproximaciones”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 1.
- COMISIÓN MUNDIAL SOBRE EL FUTURO DEL TRABAJO, *Trabajar para un futuro más prometedor*, Ginebra, OIT, 2019.
- DE LA CASA QUESADA, SUSANA, “Tiempo de trabajo y bienestar de los trabajadores: una renovada relación de conflicto en la sociedad digital”, *Revista Trabajo y Seguridad Social (CEF)*, núm. extraordinario, 2019.

“Estado del Mercado Laboral. Informe Anual 2017”, *InfoJobs-Esade*. Disponible en: <https://www.google.com/search?client=firefox-b-d&eq=+Informe+Anual+2017+InfoJobs%E2%80%9393ESADE+sobre+el+Estado+del+Mercado+Laboral>

FERRANDO GARCÍA, FRANCISCA, “Vigilancia y control de los trabajadores y derecho a la intimidad en el contexto de las nuevas tecnologías”, *Revista Trabajo y Seguridad Social*, núm. 399.

GARCÍA-PERROTE, IGNACIO y MERCADER UGUINA, JESÚS, “El permanente debate sobre la jornada laboral: una cuestión clásica (reducción del tiempo de trabajo) y otra reciente (el derecho a la desconexión del trabajo)”, *Revista de Información Laboral*, núm. 10.

“Implicaciones laborales de la nueva Ley Orgánica de Protección de Datos y Garantía de los Derechos Digitales”, *Augusta Abogados*. Disponible en: <http://augustaabogados.com/implicaciones-laborales-de-la-nueva-ley-organica-de-proteccion-de-datos-y-garantia-de-los-derechos-digitales/>

“La garantía de los derechos digitales. Un texto decepcionante”, *Antonio Baylos*, 15 de noviembre, 2018. Disponible en: <https://baylos.blogspot.com/>

“La prolongación no retribuida de la jornada laboral”, *ccoo*, 2019. Disponible en: <https://www.ccoo-servicios.es/archivos/informe-prolongacion-no-retribuida-jornada.pdf>

“Los derechos digitales laborales en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales. Notas al título X”, *Eduardo Rojo Torrecillas*, 6 de diciembre, 2018. Disponible en: <http://www.eduardorojotorrecilla.es/>

MARTÍN RODRÍGUEZ, MARÍA OLAYA, “Las directrices de la Unión Europea sobre tiempo de trabajo, su interpretación por el Tribunal de Justicia y sus repercusiones en el sistema español”. *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 194.

“Número total de horas extraordinarias realizadas en la semana por todos los asalariados por sexo y ocupación pagadas y no pagadas”, *Instituto Nacional de Estadística*. Disponible en <https://www.ine.es/jaxiT3/Tabla.htm?t=4366&L=0>

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *Garantizar un tiempo de trabajo decente para el futuro*, Conferencia Internacional del Trabajo, Ginebra. Disponible en: https://www.ilo.org/ilc/ILCSessions/previous-sessions/107/reports/reports-to-the-conference/WCMS_618490/lang-es/index.htm

RODRÍGUEZ ESCANCIANO, SUSANA, *Poder de dirección, sistemas tecnológicos y derechos fundamentales de los trabajadores*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.

RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, MARÍA LUZ y PÉREZ DE PRADO, DANIEL, *Economía digital: su impacto sobre las condiciones de trabajo y empleo. Estudio caso sobre dos empresas de base tecnológica*, España, Fundación para el Diálogo Social, 2017.

TALENS VISCONTI, EDUARDO, “La desconexión digital en el ámbito laboral: un deber empresarial y una nueva oportunidad de cambio para la negociación colectiva”, *Información Laboral*, núm. 4.

THIBAUT ARANDA, JAVIER, *Control multimedia de la actividad laboral*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.