

EX LEGIBUS

Nueva Época, N° 11, octubre 2019

La revista EX LEGIBUS es una publicación de carácter científico sobre temas vinculados al Derecho Judicial y disciplinas conexas, con el objetivo de propiciar el análisis y el debate, así como la reflexión sobre la actualidad de la materia. Sus contenidos están dirigidos a magistrados, jueces, investigadores, docentes, abogados postulantes y estudiantes de ciencias jurídicas en todos sus niveles.

La revista agradece el apoyo brindado por el Lic. Iván Martínez Aguirre y el L. en D. César Emmanuel García Almeyda en la transcripción de las conferencias que forman parte de los trabajos que integran este número.

EX LEGIBUS. Año 8, Núm. 11, octubre 2019, es una publicación semestral editada por el Poder Judicial del Estado de México, calle Nicolás Bravo Norte 201, Col. Centro, C.P. 50000, Toluca, México. Tel. (722) 167-9200 ext. 16822, 16804, 16821. <https://www.pjedomex.gob.mx>, legibus@pjedomex.gob.mx, Editor responsable: Víctor Manuel Rojas Amandi. Reserva de Derechos al Uso Exclusivo del Título No. 04-2017-112310580800-102. ISSN: en trámite, ambos ante el Instituto Nacional del Derecho de Autor. Responsable de la última actualización de este Número, Víctor Manuel Rojas Amandi, Centro de Investigaciones Judiciales de la Escuela Judicial del Estado de México, calle Leona Vicario Norte No. 301 Col, Sta. Clara, C.P. 50060, Toluca de Lerdo, México, fecha de última modificación: cuatro de julio de dos mil veintidós.

Portada: Mural “La Cátedra de la Justicia”. Autor: Leopoldo Flores. Ubicación: Escuela Judicial del Estado de México, Aula Magna, Gustavo A. Barrera Graf. Fotografía: Subdirección de Difusión y Extensión de la Dirección de Comunicación, Extensión y Vinculación de la Escuela Judicial del Estado de México.

Los trabajos de la sección Doctrina de este número fueron evaluados por el Comité de Ponencias Libres del Congreso Latinoamericano de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, celebrado en la Escuela Judicial del Estado de México del 18 al 20 de septiembre de 2019.

Las opiniones contenidas en los trabajos publicados en esta revista son de exclusiva responsabilidad de sus autores y no se corresponden necesariamente con las opiniones o políticas del Centro de Investigaciones Judiciales de la Escuela Judicial del Estado de México o las de los miembros de su Consejo Editorial.

Se autoriza la reproducción parcial o total del contenido de esta revista con fines académicos y científicos, siempre y cuando se cite la fuente.

DIRECTORIO

CONSEJO DE LA JUDICATURA

Mgdo. Dr. Ricardo Sodi Cuellar

Presidente

Mgdo. M. en C. P. Raúl Aarón Romero Ortega

Mgdo. Dr. en D. Enrique Víctor Manuel Vega Gómez

M. en D. C. y A. Luis Gerardo de la Peña Gutiérrez

Jueza M. en C.P. Fabiola Catalina Aparicio Perales

Jueza M. en D. P. P. Edna Edith Escalante Ramírez

M. en D. Pablo Espinosa Márquez

Consejeros

ESCUELA JUDICIAL

Mgdo. Dr. Sergio Javier Medina Peñaloza

Director General

CONSEJO EDITORIAL

Dr. Víctor Manuel Rojas Amandi

Director del Centro de Investigaciones Judiciales, editor responsable

Dr. Arturo Argente Villarreal

Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey

M. en D. Faustino Carrillo Ahumada

Juez de Control y Tribunal de Enjuiciamiento

Poder Judicial del Estado de México

Dr. Mario Cruz Martínez

Universidad Iberoamericana

Dr. Miguel Eslava Camacho

Escuela Normal Superior del Estado de México

Dr. Virgilio Ruiz Rodríguez

Universidad Iberoamericana

Dr. José María Serna de la Garza

Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM

Dra. Yaritza Pérez Pacheco

Secretaria Ejecutiva del Consejo

COMITÉ CIENTÍFICO DE LA EDITORIAL TIRANT LO BLANCH

MARÍA JOSÉ AÑÓN ROIG
*Catedrática de Filosofía del Derecho de la
Universidad de Valencia*

ANA CAÑIZARES LASO
*Catedrática de Derecho Civil de la
Universidad de Málaga*

JORGE A. CORDIO HERRÁN
*Catedrático de Teoría y Filosofía de
Derecho. Instituto Tecnológico
Autónomo de México*

JOSÉ RAMÓN COSSÍO DÍAZ
*Ministro en retiro de la Suprema Corte de Justicia
de la Nación y miembro de El Colegio Nacional*

EDUARDO FERRER MAC-GREGOR POISOT
*Presidente de la Corte Interamericana de Derechos
Humanos. Investigador del Instituto de
Investigaciones Jurídicas de la UNAM*

OWEN FISS
*Catedrático emérito de Teoría del Derecho de la
Universidad de Yale (EEUU)*

JOSÉ ANTONIO GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ
*Catedrático de Derecho Mercantil
de la UNED*

LUIS LÓPEZ GUERRA
*Catedrático de Derecho Constitucional de la
Universidad Carlos III de Madrid*

ÁNGEL M. LÓPEZ Y LÓPEZ
*Catedrático de Derecho Civil de la
Universidad de Sevilla*

MARTA LORENTE SARIÑENA
*Catedrática de Historia del Derecho de la
Universidad Autónoma de Madrid*

JAVIER DE LUCAS MARTÍN
*Catedrático de Filosofía del Derecho y Filosofía
Política de la Universidad de Valencia*

VÍCTOR MORENO CATENA
*Catedrático de Derecho Procesal
de la Universidad Carlos III de Madrid*

FRANCISCO MUÑOZ CONDE
*Catedrático de Derecho Penal
de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla*

ANGELIKA NUSSBERGER
*Jueza del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
Catedrática de Derecho Internacional de la
Universidad de Colonia (Alemania)*

HÉCTOR OLASOLO ALONSO
*Catedrático de Derecho Internacional de la
Universidad del Rosario (Colombia) y
Presidente del Instituto Ibero-Americano de
La Haya (Holanda)*

LUCIANO PAREJO ALFONSO
*Catedrático de Derecho Administrativo de la
Universidad Carlos III de Madrid*

TOMÁS SALA FRANCO
*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la
Seguridad Social de la Universidad de Valencia*

IGNACIO SANCHO GARGALLO
*Magistrado de la Sala Primera (Civil) del
Tribunal Supremo de España*

TOMÁS S. VIVES ANTÓN
*Catedrático de Derecho Penal de la
Universidad de Valencia*

RUTH ZIMMERLING
*Catedrática de Ciencia Política de la
Universidad de Mainz (Alemania)*

Procedimiento de selección de originales, ver página web:

www.tirant.net/index.php/editorial/procedimiento-de-seleccion-de-originales

Índice

Editorial.....	13
Abreviaturas.....	21

ESTUDIO INTRODUCTORIO

REFORMA DEL SISTEMA DE JUSTICIA LABORAL MEXICANO	25
Luis Gerardo De la Peña Gutiérrez	

DOCTRINA

REFORMA LABORAL EN MÉXICO.....	31
Martha Elisa Monsalve Cuellar	
NUEVA JUSTICIA LABORAL Y DEMOCRACIA SINDICAL	39
Álvaro J. Altamirano y Axel Mota Rentería	
REFLEXIONES SOBRE ALGUNOS DESAFÍOS QUE PUEDE PRESEN- TAR LA REFORMA LABORAL DE MAYO DE 2019.....	57
Arturo Martínez y González	
TENDENCIAS DE LAS REFORMAS LABORALES EN CHILE 2016.....	81
Nelson Lobos Zamorano	
FUNCIÓN DEL CONTROL DIFUSO EN LAS REFORMAS AL SISTE- MA DE JUSTICIA LABORAL	107
José Antonio Abel Aguilar Sánchez	
MASC: FORTALECIMIENTO DE LA CONCILIACIÓN COMO DES- CONGESTIONAMIENTO DE LA JUSTICIA LABORAL	133
Margarita Darlene Rojas Olvera	
MEDIOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS PARA DES- CONGESTIONAR LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA. AMPLIACIÓN DEL DIÁLOGO SOCIAL COMO BASE DE ENTENDIMIENTO.....	151
Tereso Medina Ramírez	
CONCILIACIÓN Y MEDIACIÓN LABORAL	167
Pascual Hernández Mergold	

IMPLEMENTACIÓN DE LA ORALIDAD EFECTIVA EN LOS PROCESOS LABORALES. ASPECTOS TEÓRICOS Y PRÁCTICOS	185
Gabriela Velia Gaitán y Eduardo Elías Flores	
ORALIDAD AL SERVICIO DE LA BÚSQUEDA DE LA VERDAD EN EL PROCESO LABORAL.....	209
Jorge Andrés Yuri	
REVALORACIÓN DE LOS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DEL DERECHO DEL TRABAJO FRENTE A LA REVOLUCIÓN 4.0.....	225
Leobardo López Morales	
EL IMPACTO Y LAS TRANSFORMACIONES SOCIO LABORALES COMO CONSECUENCIA DE LAS INNOVACIONES TECNOLÓGICAS EN LA REVOLUCIÓN 4.0	249
Jancarlo Tobar Ortega	
LA VIOLENCIA Y EL ACOSO LABORALES COMO RIESGOS PSICOSOCIALES	269
Jacinto García Flores, María del Socorro, Enriqueta López Moreno, José de Jesús Medina Corona y María Luisa Flores Hernández	
CONTRATO TRIPARTITA EN EL RÉGIMEN DE SUBCONTRATACIÓN, ALTERNATIVA EN CONTRA DE LA DESLABORALIZACIÓN..	291
Arturo de la Garza Coleman	
EL FUTURO DE LOS REGÍMENES PENSIONALES EN AMÉRICA LATINA: BRASIL, MÉXICO, CHILE, ARGENTINA Y COLOMBIA, RETOS Y PERSPECTIVAS.....	307
Ángel Guillermo Ruiz Moreno	
LA SEGURIDAD SOCIAL EN UN DETERIORO DEPENDIENTE DE LOS MOVIMIENTOS ECONÓMICOS	329
Rafael Navarro Mora	
DIFICULTADES Y DESAFIOS DEL RÉGIMEN DE PENSIÓN ARGENTINO .	357
José Antonio Torres Brizuela	
PREVALENCIA DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA SOBRE LEY: REFORMA LABORAL BRASILEÑA DE 2017.....	379
Lorena de Mello Rezende Colnago	
CONVENIO 190 Y RECOMENDACIÓN 206 DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO.....	407
Jorge Cavalcanti Boucinhas Filho	
SEGURIDAD SOCIAL COMO DERECHO HUMANO Y SU JUSTICIABILIDAD	427
Roberto Iván Ruiz Soto	

PROTECCIÓN DE LOS TRABAJADORES Y LOS DERECHOS HUMANOS: TRABAJO DIGNO O DECENTE.....	437
Rafael Adrián Avante Juárez	
DINAMISMO DE LA LEGISLACIÓN MEXICANA RESPECTO A LOS DERECHOS HUMANOS DE NO DISCRIMINACIÓN E IGUALDAD DE GÉNERO	467
Carlos Ferrán Martínez Carrillo	
BREVE HISTORIA SOBRE LOS DERECHOS HUMANOS.....	485
Manuel Jorge Carreón Perea	

COMENTARIOS JURISPRUDENCIALES

TRABAJOS ESPECIALES, PERSONAS TRABAJADORAS DEL HOGAR ...	515
César Emmanuel García Almeyda	
PERSPECTIVA DE GÉNERO EN MATERIA LABORAL.....	523
Yaritza Pérez Pacheco	

HISTORIA DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MÉXICO

IDEAS PRECURSORAS DEL DERECHO LABORAL MEXICANO	539
Atanasio Serrano López	

COMENTARIOS

LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO A 100 AÑOS DE SU FUNDACIÓN.....	547
Víctor Manuel Rojas Amandi	
PERSPECTIVAS DE LA REFORMA LABORAL EN MÉXICO.....	557
Tomás H. Natividad Sánchez	
VIOLENCIA LABORAL CONFORME EL DERECHO INTERNACIONAL DEL TRABAJO	575
Hugo Italo Morales Saldaña	

RESEÑAS

Navarrete Prida, J. Alonso y Stein Velazco, J.L., <i>Migración Laboral</i> , México, IIJ-UNAM, 2018, 124 pp.....	585

Monreal Ávila Ricardo, <i>El nuevo sistema de justicia laboral</i> , México, Porrúa, 2019, pp. 284.	587
Sánchez Castañeda, A., Reynoso Castillo C. y Palli, B. <i>La Subcontratación: un fenómeno global. Estudio de legislación comparada</i> , México, IJ-UNAM, 2016, 2ª Edición, 197 pp.	593
Kurczyn Villalobos, Patricia y Óscar Zavala Gamboa, <i>A cinco años de la Reforma laboral: Efectos perspectivas y retos, en: Homenaje a Néstor De Buen Lozano</i> , 1ª Edición, México, Tirant lo blanch, 2019, 400 pp.	595

DOCUMENTOS

PALABRAS INAUGURALES DE LA ESPECIALIDAD EN DERECHO INTERNACIONAL DEL PROCESO ESCUELA JUDICIAL DEL ESTADO DE MÉXICO	605
Leonel Perezniño Castro	
CONVENIO SOBRE EL DERECHO DE SINDICACIÓN Y DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA, 1949	609
Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley Federal del Trabajo, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, de la Ley Federal de la Defensoría Pública, de la Ley del Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores y de la Ley del Seguro Social, en materia de Justicia Laboral, Libertad Sindical y Negociación Colectiva	615

EVENTOS

PROGRAMACIÓN ACADÉMICA Y CULTURAL DE LA ESCUELA JUDICIAL DEL ESTADO DE MÉXICO	625
Instrucciones para los autores	637

EDITORIAL

La Escuela Judicial del Estado de México a través de su Centro de Investigaciones Judiciales, presenta el número 11 de la revista *Ex Legibus*, en una edición dedicada al Derecho del Trabajo y Seguridad Social, a través de las contribuciones de juristas nacionales e internacionales que impartieron conferencias en el III Congreso Latinoamericano de ILTRAS y V Congreso del Trabajo y Seguridad Social, dedicado a las “Reformas laborales en América Latina y sus efectos frente al futuro del trabajo”. Así como comentarios jurisprudenciales, reseñas, comentarios, documentos y un brevariario cultural de la historia del Poder Judicial.

Se incluye un *Estudio Introductorio* en este número dada la relevancia de la reforma de Justicia Laboral iniciada en 2017, el cual está a cargo del consejero Luis Gerardo De La Peña Gutiérrez.

La sección *Doctrina* inicia con la colaboración de Martha Elisa Monsalve Cuella, quien presenta su contribución sobre la “Reforma laboral en México”, en donde nos muestra un panorama general del Derecho Laboral en México y América Latina, desde un punto de vista holístico, en donde se integra la justicia laboral, las reformas laborales, los regímenes pensionales y la perspectiva de las tendencias internacionales en torno al Derecho Laboral.

Álvaro J. Altamirano y Axel Mota Rentería en “Nueva justicia laboral y democracia sindical”, esbozan una de las partes más importantes dentro de las relaciones laborales, el derecho a la libre asociación, el cual sufrió cambios en la forma de ser ejercido derivados de las reformas laborales suscitadas en este año, por lo cual, estos dos autores nos muestran las normas mínimas que deben seguirse para proteger la libertad sindical, así como comparten los posibles cambios que podrían suscitarse, recordándonos que de la justicia laboral deriva el buen funcionamiento de un Estado y la satisfacción de su ciudadanía.

En el texto “Reflexiones sobre algunos desafíos que puede presentar la Reforma laboral de mayo de 2019”, Arturo Martínez y González, es-

quematiza la forma en que ha evolucionado la Ley laboral en México, así como los retos que se le han presentado y la manera en que les hizo frente, hace un análisis del trabajo especial de tripulaciones aeronáuticas, las ventajas que puede tener el aviso de rescisión de trabajo por causas imputables al trabajador y sin responsabilidad patronal y las carga probatorias en el proceso laboral.

Nelson Lobos Zamorano aborda las “Tendencias de las reformas laborales en Chile 2016”, señalándolos aspectos más relevantes de la evolución del Derecho Laboral en chileno, destacando algunos puntos: negociación colectiva, bases de la libertad sindical, expectativas y cambios a atender en el futuro inmediato, para asegurar un equilibrio en los medios de producción.

En el escrito “Función del control difuso en las reformas al sistema de justicia laboral”, José Antonio Abel Aguilar Sánchez nos presenta un Derecho Laboral dinámico, mostrando los retos que se plantean al juzgador en materia laboral al tener la responsabilidad de proteger los derechos humanos del trabajador y llegar a la verdad de los hechos sobre los cuales debe dictar sentencia, para lo cual el autor, pone de relieve las facultades constitucionales que se deben aplicar *ex officio*, el control de constitucionalidad y de convencionalidad.

Margarita Darlene Rojas Olvera presenta un estudio con miras a una mejor justicia laboral en su escrito “MASC: fortalecimiento de la conciliación como descongestionamiento de la justicia laboral”; en un primer término señala la importancia de resolver los conflictos laborales de manera pronta y con arreglo a los principios de igualdad y del debido proceso, para después plantear el problema que se vive actualmente al tener una sobrecarga de trabajo en materia laboral y muestra como los medios alternos para la solución de conflictos pueden ser una opción para reducir costos y tiempos.

Siguiendo esta temática, Tereso Medina Ramírez presenta el trabajo “Medios alternativos de solución de conflictos para descongestionar la administración de justicia. Ampliación del diálogo social como base de entendimiento”, en el cual conceptualiza los diferentes medios alternos de solución de conflictos y propone una forma de aplicación de cada uno de ellos conforme al tipo de caso.

Pascual Hernández Mergoldd nos presenta el tema “Conciliación y mediación laboral”, en el cual reflexiona sobre la reforma laboral en ma-

teria de arreglo de las partes en etapa prejudicial, lo cual significa una reducción significativa de los costos para los trabajadores y patrones, así como una oportunidad de crear la figura del conciliador independiente a través de un árbitro o juez privado.

Gabriela Velia Gaitán y Eduardo Elías Flores en el texto “Implementación de la oralidad efectiva en los procesos laborales. Aspectos teóricos y prácticos”, señalan las ventajas que plantea un sistema de justicia basado en la oralidad y las obligaciones que debe asumir el Juez para optimizar sus beneficios. Hacen hincapié en la necesidad de la intermediación entre el Juez y las partes y los riesgos que se corren al delegar tareas que deben ser atendidas de manera personal. Por último, nos permiten entender algunos aspectos del dictado de sentencia y la manera en que se da a conocer a las partes.

En “Oralidad al servicio de la búsqueda de la verdad en el proceso laboral”, Jorge Andrés Yuri aborda uno de los retos clásicos de la justicia: ¿debe prevalecer la verdad real o la verdad formal? para lo cual, establece un razonamiento respecto del Derecho del Trabajo, el sistema de justicia oral y la posibilidad de conciliar estas dos diferencias en el proceso laboral a través de la actividad probatoria del Juez.

“Revaloración de los principios fundamentales del Derecho del Trabajo frente a la revolución 4.0,” de Leobardo López Morales retoma los principios generales del Derecho y del Derecho laboral, para después contrastarlos con los cambios que representa la cuarta revolución industrial y presenta un comparativo entorno a los cambios que se deben de hacer para actualizar el Derecho ante estos nuevos paradigmas.

Jancarlo Tobar Ortega aborda uno de los temas más novedosos respecto del Derecho Laboral, “El impacto y las transformaciones socio laborales como consecuencia de las innovaciones tecnológicas en la revolución 4.0”, para lo cual, se refiere a los trabajadores autónomos, quienes hacen uso de una aplicación digital para realizar una actividad económica y la manera en que esta representa una relación laboral disfrazada para evitar responsabilidades por parte del empleador.

En “La violencia y el acoso laborales como riesgos psicosociales”, Jacinto García Flores, María del Socorro Enriqueta López Moreno, José de Jesús Medina Corona y María Luisa Flores Hernández, abordan la violencia y el acoso laboral como los problemas más preocupantes para el

Derecho del Trabajo, por las malas prácticas que prevalecen en los centros de trabajo. Exponen sus características, elementos y problemas a la salud que pueden ocasionar en los trabajadores que son víctimas.

Arturo de la Garza Coleman hace un análisis del “Contrato tripartita en el régimen de subcontratación, alternativa en contra de la deslaborización”, en el cual estudia la manera en que se ha legislado este tema y como la falta de una conceptualización puntual ha propiciado las malas prácticas en las relaciones laborales, para lo cual sugiere crear una figura tripartita en la cual ambas partes (proveedor y contratista) asuman las responsabilidades frente al trabajador.

“El futuro de los regímenes pensionales en América Latina: Brasil, México, Chile, Argentina y Colombia, retos y perspectivas”, escrito por Ángel Guillermo Ruiz Moreno, representa un trabajo estructurado y basado en datos recopilados de los países en análisis, en el cual se muestra la tendencia internacional en los regímenes de seguridad social y nos permite ver cuál será el nivel de vida que tendrán los futuros pensionados si esta situación continua.

Rafael Navarro Mora en su colaboración, “La seguridad social en un deterioro dependiente de los movimientos económicos”, delinea un marco conceptual entorno al derecho de la seguridad social, matizando el estudio con datos respecto del estado en que se encuentran los regímenes pensionales en América Latina, concluye con algunos puntos respecto de la mejora que se puede hacer para asegurar una mejor calidad de vida y una vejez digna para los pensionados.

José Antonio Torres Brizuela en su texto “Dificultades y desafíos del régimen de pensión argentino”, puntualiza respecto del Sistema Integral Previsional argentino, señalando los efectos de la mala administración que conduce a la adopción del sistema previsional chileno basado en el ahorro individual, así como los riesgos que se pueden tener; en este contexto analiza el *reparto* y la *capitalización*, además de las posturas adoptadas entorno al tema y los cambios que sufrirá en consecuencia.

En el trabajo “Prevalencia de negociación colectiva sobre ley: Reforma Laboral brasileña de 2017”, Lorena de Mello Rezende Colnago nos explica los cambios que tuvieron las leyes laborales en Brasil respecto de la libertad sindical y la negociación colectiva, así como la forma en

que se afectaba a los sindicatos, señalando además algunos aciertos en la enmienda legislativa que representan estos cambios.

Jorge Cavalcanti Boucinhas Filho nos brinda un estudio sobre el “Convenio 190 y Recomendación 206 de la Organización Internacional del Trabajo”, en el cual detalla la forma en que se formuló este convenio, su ámbito y los métodos de aplicación, los principios que contiene y, en general, la manera en que los estados parte deben actuar para cumplir con su finalidad, erradicar la violencia y el acoso dentro de los centros de trabajo.

“Seguridad social como derecho humano y su justiciabilidad” de Roberto Iván Ruiz Soto, nos permite comprender como los preceptos constitucionales necesitan de un mecanismo de acción eficiente para poder asegurar los derechos de los ciudadanos, en este caso, se enfoca en un ámbito de carácter especial, el Derecho al Trabajo y la seguridad social, el cual, debido a su carácter social y preponderantemente protector, necesita de políticas públicas que eviten la vulneración de los derechos humanos de grupos vulnerables y, por ende, la vía jurisdiccional sea solo para casos excepcionales.

Rafael Adrián Avante Juárez presenta el artículo “Protección de los trabajadores y los derechos humanos: trabajo digno o decente”, en el cual, a través de un enfoque constitucionalista, retoma la necesidad de ver al trabajo como un derecho humano, pero, sobre todo, pugnar por la obtención de un trabajo *digno y decente*, a lo cual el autor nos refiere la facilidad con que se puede ser violentado este derecho y la amplitud de la responsabilidad en su reparación por parte de las autoridades administrativas y jurisdiccionales.

El texto “Dinamismo de la legislación mexicana respecto a los Derechos humanos de no discriminación e igualdad de género” de Carlos Ferrán Martínez Carrillo, presenta un análisis dinámico sobre la forma en que el Estado mexicano ha adoptado obligaciones internacionales en busca de brindar una mejor igualdad sustantiva, lo que en la práctica se traduce en una igualdad de oportunidades y una mejor calidad de vida.

Cierra esta sección Manuel Jorge Carreón Perea con el artículo titulado “Breve historia sobre los Derechos humanos”, haciendo una semblanza de la manera en que la protección de los seres humanos a través de normas coercibles moldeo el concepto de lo que hoy entendemos como

derechos humanos, dejando ver que la creación de una identidad común conlleva a la mejora de las prerrogativas mínimas para el individuo.

La sección *Jurisprudencia* se conforma por el aporte de César Emmanuel García Almeyda titulado “Trabajos especiales, personas trabajadoras del hogar”, en el cual se hace una síntesis jurisprudencial respecto de las normas que rigen este tipo de relación laboral. Además, Yaritza Pérez Pacheco en “Perspectiva de género en materia laboral”, nos permite ver el trabajo realizado en sede jurisdiccional para mejorar la igualdad de género.

La sección *Historia del Poder Judicial del Estado de México*, presenta “Formación de las juntas locales de conciliación y arbitraje del Estado de México” a cargo de Atanasio Serrano López, en el cual, entre otras cuestiones, se aborda el modo en que se gestaron las huelgas del siglo XX, su desarrollo y el impacto que tuvieron en la conformación del Derecho Laboral dentro de la Constitución de 1917.

La sección *Comentarios* inicia con el trabajo de Víctor Manuel Rojas Amandi presenta “La Organización Internacional del Trabajo a 100 años de su fundación”, en el cual nos relata la evolución de esta organización internacional y parte de su trabajo en la búsqueda de los derechos laborales.

“Perspectivas de la Reforma laboral en México” presentado por Tomás H. Natividad Sánchez nos narra cómo es que la reforma laboral en México cambiará la forma de resolver los conflictos laborales y la forma de inscribir los sindicatos, así mismo nos hace una relación de mejoras deseables a la ley laboral.

Hugo Italo Morales Saldaña hace una semblanza titulada “Violencia laboral conforme el Derecho Internacional del Trabajo. Acoso y violencia en el trabajo. Organización Internacional del Trabajo”, en la cual retoma los conceptos de violencia y acoso en el lugar de trabajo conforme a lo establecido por la Organización Internacional del Trabajo, además analiza la Convención 190 y la recomendación 206 conforme a la legislación nacional y el impacto que tuvieron en esta.

En la sección *Reseñas*, Leonel Pereznieto Castro nos hablara de un libro editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas, *Migración Laboral* de Navarrete Prida, J. Alonso y Stein Velazco en el cual, se hace

un estudio acerca del fenómeno social de la migración laboral, haciendo énfasis en las figuras destacadas del Derecho Internacional que participan en esta obra. Maricela López Enríquez nos presenta el libro titulado *El nuevo sistema de justicia laboral de Monreal Ávila Ricardo*. De nueva cuenta Leonel Pereznieto Castro recomienda un libro con una temática novedosa, esta vez de Sánchez Castañeda, A., Reynoso Castillo C. y Palli, B. *La Subcontratación Un fenómeno Global*. Cierra esta sección Jenny Martínez de Jesús, con la recomendación del libro *A cinco años de la Reforma laboral: Efectos perspectivas y retos. Homenaje a Néstor De Buen Lozano*.

En la última sección de este número, *Documentos*, encontramos las “Palabras inaugurales de la Especialidad en Derecho Internacional del proceso de la Escuela Judicial del Estado de México” a cargo de Leonel Pereznieto Castro, el “Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949” y el “Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley Federal del Trabajo, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, de la Ley Federal de la Defensoría Pública, de la Ley del Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los trabajadores y de la Ley del Seguro Social, en materia de justicia laboral, libertad sindical y negociación colectiva.”

El número 11 de la Revista *Ex Legibus* reitera el compromiso del poder Judicial del Estado de México a través del Centro de Investigaciones Judiciales del Estado de México con la difusión del conocimiento del Derecho Judicial, propiciando el análisis y el debate. Agradecemos profundamente a todos quienes participaron en la elaboración del presente número.

El Editor

ABREVIATURAS

art.	artículo
<i>cit.</i>	citada
<i>cfr.</i>	confróntese, confrontar
comp., comps.	compilador, compiladores
coord., coords.	coordinador, coordinadores
dir., dirs.	director, directores
ed., eds.	editor, editores
esp.	especialmente
<i>et. al.</i>	y otros
<i>Idem</i>	corresponde a la obra citada inmediatamente antes
<i>Ibidem</i>	corresponde a la obra citada inmediatamente antes, pero con diferentes páginas
<i>in fine</i>	al final
núm., núms.	número, números
<i>op. cit.</i>	obra citada
p., pp.	página, páginas
<i>passim</i>	en varias partes
s.a.	sin año de publicación
s.e.	sin editorial
s.f.	sin fecha de edición
s.l.i.	sin lugar de impresión
s.p.i.	sin pie de imprenta
ss.	siguientes
t., ts.	tomo, tomos
<i>v.g.</i> , <i>v.g.</i>	por ejemplo
<i>vid.</i>	véase
vol., vols.	volumen, volúmenes
vs., c.	versus, contra

ESTUDIO INTRODUCTORIO

REFORMA DEL SISTEMA DE JUSTICIA LABORAL MEXICANO

LUIS GERARDO DE LA PEÑA GUTIÉRREZ*

Después de más de 100 años de vigencia, el modelo de justicia laboral establecido en la Constitución de 1917, basado en las Juntas de Conciliación y Arbitraje, otorgó a cada estado la capacidad para dictar la leyes del trabajo reglamentarias, lo que produjo diversos códigos laborales estatales.¹ Sin embargo, debido a las discrepancias de criterios y a las contradicciones que producían se optó por federalizar a propósito la legislación laboral que tuvo como resultado la Ley Federal Laboral expedida en 1931.² Esta ley con similitudes y, probablemente, inspirada en el *Código del Lavoro* de la Italia fascista propuso un modelo tripartito según el cual, habían de ser juzgadores: capital, trabajadores y el Estado conjuntamente.³ En el contexto del México postrevolucionario, exigía que se reactivara la maquinaria productiva; por ello, a partir del artículo 123 constitucional y la Ley Federal Laboral, se consiguió el desarrollo industrial, la modernización del país y la consolidación de México como un país con un gran potencial productivo. Esto ha permitido que hoy en día se encuentre entre las primeras 15 economías más importantes del mundo.⁴

* Consejero de la Judicatura del Poder Judicial del Estado de México.

¹ Al menos se formularon 53 documentos en materia laboral desde las Constitución de 1917 hasta las reformas a los artículos 73 y 123, en 1929, con las cuales se limitó la facultad para legislar, en lo referente a la materia laboral, al Congreso de la Unión. *Diario Oficial de la Federación*, 6 de septiembre de 1929, p. 1, https://www.dof.gob.mx/nota_to_imagen_fs.php?cod_diario=186782&pagina=1&seccion=1

² Buen, Néstor de, “El Sistema Laboral en México”, en Patricia Kurczyn Villalobos (coord.), *Panorama internacional de derecho social*, UNAM-III, 2007, p. 129; Ley Federal del Trabajo, *Diario Oficial de la Federación*, 28 de agosto de 1931, http://dof.gob.mx/nota_to_imagen_fs.php?codnota=4532620&fecha=28/08/1931&cod_diario=193390

³ Buen, Néstor de, “El Sistema Laboral...”, *op. cit.* p. 131.

⁴ Véase en: *World Population Review*, “Gross Domestic Product Ranked by Contry 2020”, <http://worldpopulationreview.com/countries/countries-by-gdp/> con infor-

Lo anterior trajo consigo una economía más integrada al mercado internacional y, por lo tanto, la necesidad de adecuar el sistema a un entorno dominado por la globalización, además de la oportunidad de reivindicar los derechos de los trabajadores que se diluyeron a lo largo del siglo XX. Es por ello, que nos encontramos ante el reto de implementar una nueva forma de impartir justicia entre quienes integran las relaciones obrero-patronales, presididas por el Estado.

En los primeros años de su creación, las Juntas de Conciliación y Arbitraje de acuerdo con criterios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación fueron facultadas para decidir los conflictos entre el capital y el trabajo, aunque limitaba su esfera de actuación a la mediación, entre trabajador y patrón, con un contrato de trabajo, con ello se pretendía que las Juntas no invadieran esferas de competencia del Poder Judicial de la Federación o las Entidades Federativas según corresponda. Sin embargo, conforme avanzó el siglo XX y se desarrolló el sistema de justicia laboral se fueron borrando las limitaciones iniciales de las Juntas y la Suprema Corte les comenzó a reconocer su capacidad jurisdiccional que finalmente se plasmó en la Ley Federal del Trabajo de 1970.⁵

Con la reforma de Justicia Laboral iniciada en 2017, las Juntas de Conciliación y Arbitraje, desaparecen, la justicia laboral también abandona la esfera del Poder Ejecutivo y ahora dan paso a los Tribunales Laborales que estarán en la esfera del Poder Judicial. Esto implica que un juez sea quien presida las audiencias de conciliación que se realicen, lo que generará mayor certeza y juicios más cortos, es decir, se busca que la justicia laboral cumpla su con la cualidad de ser expedita, ágil y eficiente.

Otro elemento que contempla la reforma es que para la elección del personal que integre los tribunales se privilegie el profesionalismo, la capacitación y la oportunidad de mediar entre las partes. Por ejemplo, para ser juez será necesario estar capacitado en materia laboral; además de contar con experiencia comprobable. Por ello, en el Estado de México se han emprendido actividades de capacitación para todos los interesados que van desde congresos, seminarios, diplomados y conferencias para dar a conocer los alcances del nuevo Sistema de Justicia Laboral.

mación del Fondo Monetario Internacional (abril 2019).

⁵ Véase en: Ávalos Díaz, Sofía Verónica, *Origen y Evolución de las Juntas de Conciliación y Arbitraje*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2008.

Asimismo, el diseño constitucional de la Reforma Laboral es novedoso porque promueve la conciliación, con una etapa conciliatoria obligatoria que deberá llevarse a cabo en un periodo de máximo 45 días naturales.

El Estado de México y otras nueve entidades⁶ deberán iniciar la operación de los Tribunales Laborales, los Centros de Conciliación y las oficinas estatales del Centro Federal de Conciliación y Registro Laboral durante el 2020.⁷

En síntesis, el 2020 será un año de retos en cuanto al tema laboral, el Poder Judicial del Estado de México mantiene su compromiso de administrar justicia de forma imparcial, pero velando en todo momento por los derechos humanos y con altura de miras emprenderá la aplicación del Sistema de Justicia Laboral.

⁶ Baja California Sur, Chiapas, Tabasco, Durango, Guanajuato, Hidalgo, San Luis Potosí, Tlaxcala y Zacatecas.

⁷ El Centro Federal de Conciliación y Registro Laboral, es la piedra angular de la reforma de sistema de justicia, el primer paso se dio con la publicación de la Ley Orgánica del Centro Federal de Conciliación y Registro Laboral el 6 de enero de 2020 en el *Diario Oficial de la Federación*, https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5583502&fecha=06/01/2020

DOCTRINA

REFORMA LABORAL EN MÉXICO

Labor Reform in Mexico

Recepción: 01/08/2019

Aceptado para su publicación: 18/09/2019

MARTHA ELISA MONSALVE CUELLAR*

RESUMEN: Se presenta un análisis sobre los cambios que ha tenido el Derecho Laboral en los últimos cuarenta años, enfocándose en la forma en que este se oferta a los trabajadores a partir del uso de las nuevas tecnologías, y la forma en que los trabajadores acceden a él, tomando en consideración la afectación que puedan tener sus derechos laborales dentro de este nuevo paradigma. Se establece un marco legal dentro del sistema jurídico mexicano, señalando las reformas más importantes y la influencia que tuvo la Organización Internacional del Trabajo para lograrlas, destacando las victorias en favor de los trabajadores. Por último, se compara el marco legal del Derecho Laboral en diversas latitudes de América Latina.

PALABRAS CLAVE: Organización Internacional del Trabajo, derechos de los trabajadores, medios alternos de solución de conflictos.

ABSTRACT: This text presents an analysis on the changes that labor law has had in the last forty years, focusing on the way in which it is offered to workers through the use of new technologies, and the way in which workers access it, taking into consideration the impact that their labor rights may have within this new paradigm. The Mexican legal system establishes a legal framework that indicates the most important reforms and the influence that the International Labor Organization had to achieve them, highlighting the victories in favor of the workers. Finally, the legal frameworks of labor law are compared in diverse regions of Latin America.

KEY WORDS: International Labor Organization, workers' rights, alternative means of conflict resolution.

* Doctora en Derecho y Ciencias Políticas por la Universidad La Gran Colombia, Doctora Honoris Causa de la Universidad Paulo Freire de Nicaragua, Presidenta del Instituto Latinoamericano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social ILTRAS, miembro de número de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, docente nacional e internacional, autora de innumerables artículos y coordinadora de más de 30 libros de Derecho colectivo, consejera técnica del sector empleador de Colombia, asistente a las reuniones de la OIT desde 1989, especializada en Derecho laboral colectivo, seguridad social, normas internacionales del trabajo y derechos humanos.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. 3. DERECHO DEL TRABAJO, SUS AVANCES EN DIFERENTES LATITUDES. 4. BIBLIOHEMEROGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

Durante los últimos 40 años, el mundo ha tenido cambios fundamentales, especialmente en el tema que nos convoca: el trabajo, donde la forma de ofertarlo y realizarlo, la segmentación de las empresas, la externalización de procesos productivos y de comercialización; donde fenómenos como la globalización, la internacionalización de las economías, que sin ser fenómenos nuevos, en esa evolución cíclica presentaron grandes repercusiones en la oferta y demanda del trabajo, agravados por fenómenos demográficos de alta significación, movimientos migratorios originados por causas políticas, económicas y religiosas, potencializados por las guerras, la baja tasa de natalidad y la consecuencia del envejecimiento poblacional que han traído cambios significativos en los cálculos de vida probable, llevando a las compañías de seguros a calcular en 110 años de vida, para fijación de las primas que cubren el riesgo de vida. Sin olvidar el triunfo de los programas de salud que con una concientización sobre la importancia de la medicina preventiva, cuidado de la alimentación y la práctica de ejercicio regular, están llevando a fenómenos de longevidad no vistos en otras épocas, extendiendo la vida laboral de las personas, pero que nos ponen alerta ante el hecho de que para 2050, aquí cercano, el 85 % de la población será una población envejecida, con las consecuencias de no contar con una formación técnica y profesional de los cuidadores.

Las crisis económicas, entre ellas la del 2008, de la cual no terminamos de reponernos, han cambiado la visión frente al mundo del trabajo, y desde ese marco, en 2014, en la 18ª Reunión Regional de las Américas en Lima,¹ el director de la OIT, Guy Ryder, esbozó el futuro del trabajo; tema que ha ocupado los escenarios, no solo del Foro Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la OIT, sino que se ha convertido en

¹ 18.a Reunión Regional Americana, 13-16 de octubre de 2014, <https://www.ilo.org/global/meetings-and-events/regional-meetings/americas/amrm-18/lang-es/index.htm>

el tema obligado de los eventos, que, como este, invitan a pensar, opinar y proponer formulas frente al reto planteado por la incrementación de las altas tecnologías a través de la revolución 4.0, que ha cambiado completamente el concepto de relación de trabajo y los derechos y garantías que de ella se deducen, afectando obviamente a las organizaciones sindicales que han decrecido, y consecuentemente la negociación colectiva, y ni que decir de la seguridad social, tremendamente afectada en su sostenibilidad.

De allí la preocupación y la dinámica aparición de reformas laborales y de la seguridad social, que se han ido sucediendo y se proyectan a lo largo y ancho en los más importantes países de América Latina, y de los cuales México no ha sido la excepción.

Creemos que el estudio de la reforma constitucional del año 2017, nos puede ayudar a en nos lleven a entender su trascendencia, así como le cambio en materia laboral y de seguridad social en otros países como Chile y Brasil, develar el contexto de las tendencias reformatorias en nuestra América morena, como la llama el ilustre segurólogo mexicano, doctor Ángel Guillermo Ruiz Moreno, y que identifica nuestra América Latina.

2. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO

Siendo bien conocido el carácter precursor de las normas mexicanas en el conglomerado normativo internacional, la magna Constitución de Querétaro de 1917, previo a la constitución de la OIT, donde se planteó el tripartismo ya mencionado en la mexicana y que ha sido uno de los pilares del organismo asesor de Naciones Unidas. De la reforma de mayo de 2019, de la cual nos ocuparemos en estos días, en su artículo 3º, mediante la cual se anticiparon a los instrumentos internacionales adoptados por la OIT, en su reunión 108ª del centenario, encontramos similitudes con la protección al salario consignada en el artículo 33 con la prevista en la reforma brasilera, así como en su artículo 48, al calificar como improcedentes las acciones, en nuestro sentir abusivas, del derecho de reclamo que atentan contra el derecho de otros; que también considera la reforma brasilera, y que desde nuestra óptica de país, por sufrir el flagelo, encontramos benéficas, pero que las voces autorizadas nos indicarán si son convenientes en su práctica o no.

El diálogo social potencializado por la OIT en otro de los instrumentos internacionales promulgados en el centenario de la organización, el informe mundial presentado por la comisión de alto nivel el 22 de enero, relativo al futuro del trabajo, es ya una figura común para los mexicanos en su Constitución de 1917² y ahora en la reforma.

Especial atención suscita el artículo 164 del Decreto derogatorio de la Ley Federal, en cuanto a la igualdad de género, referido a los trabajadores con responsabilidades familiares que desarrolla el Convenio 156 de 1981 de OIT³ y reitera la igualdad de trato y oportunidades, especialmente en el marco salarial, ya que las mujeres en el mundo, en un 71%, ganamos menos que los hombres, como lo escuchamos recientemente del director de la Oficina de OIT en Bogotá, Doctor Italo Cardona, en un seminario sobre aplicación de normas internacionales de OIT y el futuro del trabajo, que llevamos a cabo en julio de este año en nuestra capital.

Encontramos en el capítulo XIII de la reforma el desarrollo del Convenio 189 de 2011,⁴ y en la recomendación 201 del mismo año de la OIT sobre trabajadores domésticos, lo que nos indica el compromiso mexicano en desarrollar como país miembro estos convenios adoptados y ratificados recientemente por 14 países.

Pero, definitivamente, lo que nos sorprende, y de allí nuestro enorme interés en conocer en detalle las razones de la creación, mediante la reforma del Centro federal de conciliación y registro laboral, a partir del capítulo XII sobre resolución de conflictos, conciliación prejudicial y practica probatoria por el Tribunal, en lo que sin haber podido adentrarnos en la reforma, consideramos se traslada a la jurisdicción ordinaria.

La institución de las juntas de conciliación y arbitraje fueron tomadas en mi país como un medio efectivo para la resolución de conflictos, iniciándose la actividad por las Cámaras de Comercio en las controversias de tipo civil y comercial, y se ampliaron a las otras ramas del Derecho, por considerarse una justicia más rápida, debido al colapso sufrido por nuestra administración de justicia frente a la tutela; institución consagra-

² Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación del 5 de agosto de 1917. Última Reforma publicada el 9 de agosto de 2019.

³ Convenio sobre los trabajadores con responsabilidades familiares, 1981.

⁴ Trabajo decente para las trabajadoras y los trabajadores domésticos, 2011.

da en la Constitución Política de 1991 que, no contando con jueces especializados, convirtió a la totalidad de los jueces en falladores de tutelas, con el represamiento de las acciones ordinarias propias de cada área.

El modelo mexicano fue para nosotros un instrumento efectivo, y hoy frente a este cambio tenemos que estudiar de manera muy detallada este paso que, frente al ejemplo de progresividad y grandes avances propuestos en la normatividad mexicana, nos llevan necesariamente a un análisis profundo del tema para debatirlo en los escenarios académicos de nuestro país, siendo definitivamente México, y sus legislaciones de avanzada, un hito en Latinoamérica, lo que consecuentemente nos lleva a la obligación de estudiar sus reformas con toda la profundidad del caso.

3. DERECHO DEL TRABAJO, SUS AVANCES EN DIFERENTES LATITUDES

Con fundamento en lo anterior, resulta pertinente compartir la experiencia colombiana respecto a la conciliación en el procedimiento laboral, de la cual conoce la jurisdicción laboral desde la entrada en vigencia del Código Procesal del Trabajo, Decreto 2158 de 1948,⁵ primero en América Latina en señalar, en su artículo 19 del capítulo IV, la conciliación como un mecanismo para intentar una resolución amigable de los conflictos laborales antes y después de la presentación de la demanda, que sin duda es una herramienta valiosa que contribuye a la materialización del principio de celeridad y económica procesal de la administración de justicia laboral colombiana.

Para mayor precisión, resulta pertinente citar la forma como se ha venido desarrollando este mecanismo en la normatividad laboral colombiana; el artículo 20 del citado Código establecía la conciliación antes del proceso, pero fue derogado por el artículo 53 de la Ley 712, de 2001.

En el Derecho colombiano la conciliación ha sido un mecanismo importante, la Ley 446 de 1998 la estableció en su artículo 64 como “un mecanismo de resolución de conflictos a través del cual, dos o más personas gestionan por sí mismas la solución de sus diferencias, con la ayuda de un tercero neutral y calificado, denominado conciliador”.

⁵ Código Procesal del Trabajo, Decreto 2158 de 1948.

Y la Ley 640 de 2001, que es la norma que regula la conciliación y que está vigente, en su artículo 3º, establece las clases de conciliación judicial y extrajudicial, siendo la conciliación extrajudicial o prejudicial de la que conocen las autoridades administrativas (para el caso laboral los inspectores de trabajo), pero sin que esta sea un requisito de procedibilidad para acudir a la jurisdicción laboral, sino como un mecanismo alternativo de resolución de conflictos laborales, puesto que el requisito de procedibilidad de las acciones judiciales solo está consagrado en asuntos contenciosos administrativos, civiles y de familia, quedando por fuera los presentados en materia laboral, donde los niveles de conflictividad son muy altos.

Entonces, el artículo 10 de la citada ley dio origen a los centros de conciliación; pero, en virtud de la sentencia C-893 de 2001, la Corte Constitucional declaró inexecutable la posibilidad de acudir a estos centros en materia laboral, por cuanto consideró que se viola el principio de gratuidad, decisión que criticamos y no compartimos, por cuanto quitó la posibilidad de descongestión de los juzgados laborales y una mayor celeridad en la decisión de controversias, especialmente cuando se trata de simples operaciones aritméticas y que no se refiera a declaratoria de derechos.

En la reforma consagrada en la ley 1149 de 2007, que modificó sustancialmente el proceso laboral en cuanto al número de audiencias, reduciéndolas a dos, la primera es la de conciliación, establecida en el artículo 77, con carácter obligatorio de realización con asistencia de las partes; omitir esta etapa puede ser causa de nulidad procesal, la no asistencia de los apoderados y las partes acarrea sanciones a los primeros de carácter pecuniario y a las partes de dar por ciertos los hechos susceptibles de confesión, esto, buscando terminar de manera anticipada los conflictos laborales y descongestionar la justicia.

En cuanto a mecanismos de descongestión judicial, la reforma introducida por la ley 1395 de 2010 abrió paso a nivel de los juzgados laborales de circuito, designando jueces de descongestión, lo que se extiende a los tribunales superiores y posteriormente a la Corte Suprema de Justicia. Sobre esta figura tenemos seria objeción con respecto a uno de los poderes del Juez enfatizados en la ley 1149 de 2010, que como director del proceso debe intermediar en la práctica de todas las pruebas solicitadas en la demanda y su contestación, puesto que el Juez de descongestión no estará en esa intermediación, con lo cual esa finalidad no se cumplirá,

toda vez que el conocimiento del proceso lo tendrá a través de medios tecnológicos, transcripciones y relato de las audiencias, pero no podrá, por ejemplo, conocer las reacciones del testigo que miente durante su testimonio. Siendo lo anterior, una rápida relación a mecanismos de descongestión de nuestra justicia.

Sin embargo, no quiero terminar estas breves palabras sin referirme a lo expresado por la señora Secretaria del Trabajo y Previsión Social, Dra. Luisa María Alcalde, a quien escuché hablar, en una entrevista televisiva, del programa Jóvenes Construyendo Futuro y la formación de aprendices, precisamente para combatir el desempleo de los jóvenes que ha sido motivo de gran preocupación por la falta de oportunidades para ellos, teniendo relación con lo esbozado al comienzo de esta intervención sobre la carencia de formación técnica y profesional de cuidadores, frente al fenómeno demográfico del envejecimiento poblacional; esta puede ser otra oportunidad de trabajo digno y decente, y además eliminar la discriminación que se comete al señalar a la mujer como única cuidadora de las personas adultas en la familia, sin formación, sin salario y sin protección social y además de negarle las posibilidades de una realización personal.

Esto es una insinuación muy respetuosa a la señora secretaria para que se incluyan en esos planes de formación una profesión para la cual no estamos preparando suficientemente frente a una necesidad latente, siendo diferente a la que se imparte para el cuidado de personas con capacidades diferentes, los niños o enfermos.

En el Congreso de Seguridad Informática, al cual tuvimos oportunidad de asistir en Bogotá, se afirmó que serán necesarios 30 millones de programadores para atender la demanda que la revolución 4.0 generará; y con gran agrado, y dando precisamente prueba de que México es un país de gran avanzada en financiar nuevos negocios, en el Times Milenio, del domingo 15 de septiembre de 2019, aquí en Toluca leí un titular que precisamente enfoca el problema denunciado, cuando la *School of Code*, una *startup* del Reino Unido, ofrece 16 semanas de capacitación gratuita en su campo de entrenamiento, el titular del periódico señala: “Muestran cómo ‘cualquiera puede ser un programador’”.

Esto, para revelar como este país, grande entre los grandes, que ha sido faro normativo para el resto de países latinoamericanos, está vigilante frente al reto del futuro del trabajo y el trabajo futuro, siendo

precisamente estos jóvenes que nos acompañan, en quienes recaerá la responsabilidad de construir un nuevo Derecho del Trabajo y de la seguridad social, que garantice los derechos de los trabajadores como seres humanos, creativos e innovativos mediante la efectividad de los derechos humanos.

4. BIBLIOHEMEROGRAFÍA

Documentos publicados en Internet

18.a Reunión Regional Americana, 13-16 de octubre de 2014, <https://www.ilo.org/global/meetings-and-events/regional-meetings/americas/amrm-18/lang--es/index.htm>

Legislación

Código Procesal del Trabajo, Decreto 2158 de 1948.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación del 5 de agosto de 1917. Última Reforma publicada el 9 de agosto de 2019.

Tratados y convenios internacionales

Convenio sobre los trabajadores con responsabilidades familiares, 1981.

Trabajo decente para las trabajadoras y los trabajadores domésticos, 2011.

NUEVA JUSTICIA LABORAL Y DEMOCRACIA SINDICAL

New Labor Justice and Trade Union Democracy

Recepción: 08/08/2019

Aceptado para su publicación: 18/09/2019

ÁLVARO J. ALTAMIRANO*

AXEL MOTA RENTERÍA**

RESUMEN: Como resultado de un proceso de cambios legislativos en materia de Derecho Laboral, el pasado 1° de mayo de 2019 se concretaron en La Ley Federal del Trabajo las reformas secundarias aprobadas por el Congreso de la Unión, mismas que tienen por objeto dar cumplimiento al artículo 123 constitucional, y con ello fijar las bases de lo que será el nuevo esquema de justicia laboral en México. En dichas modificaciones se establece el funcionamiento del Centro Federal de Conciliación y Registro Laboral, de los Centros de Conciliación Locales, así como de los Tribunales Laborales del Poder Judicial de la Federación y los Tribunales Laborales Locales para resolver los conflictos laborales del país, así como las nuevas normas en materia de democracia sindical y Derecho Colectivo. Este texto legal fue objeto de sustanciales modificaciones, por lo que este análisis tiene el objetivo de otorgar al lector una perspectiva de los cambios más importantes en la materia, los cuales afectarán en forma muy importante la impartición de justicia laboral en nuestro país, así como nuestra cultura de la democracia sindical, mediante el fortalecimiento de una efectiva representación colectiva.

PALABRAS CLAVE: Juntas de conciliación y arbitraje, Tribunales laborales, contrato colectivo de trabajo, conciliación, representación sindical.

ABSTRACT: As a result of a process of legislative changes in the field of labor law, on May 1, 2019 the secondary reforms approved by the Congress were cemented in the Federal Labor Law, which is intended to enforce what was established in Article 123 of the Constitution, and thereby institute the bases of what will be the new labor justice system in Mexico. These modifications sanction the functioning of the Federal Center for Conciliation and the Labor Registry, the Centers of Local Conciliation, and the Federal and Local Labor Courts, in order to resolve labor conflicts in the country and establish the new rules in the fields of labor union democracy and collective law. This legal text was subject to multiple modifications, so this analysis has the

* Abogado por la Escuela Libre de Derecho y Maestro por la Universidad de San Diego.

** Abogado por la Escuela Libre de Derecho y Maestro por la Universidad de Salamanca.

objective of providing the reader with a perspective of the most important changes in the subject, which will transform the teaching of labor justice in our country in an important way and our culture of union democracy, by strengthening an effective collective representation.

KEYWORDS: Conciliation and arbitration boards, Labor courts, collective labor contract, conciliation, union representation.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. ASPECTOS FUNDAMENTALES DE LA REFORMA LABORAL DEL 1° DE MAYO DE 2019. 3. CONCLUSIONES. 4. BIBLIOHEMEROGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

A diferencia de muchas disciplinas científicas, el Derecho y las diversas ramas que lo conforman se encuentran en constante cambio y evolución, pues deben adaptarse a las nuevas necesidades sociales, políticas y económicas que un país en crecimiento demanda, siendo las normas laborales uno de los principales ejes que contribuyen al desarrollo económico y social de una nación. En el caso de México, resulta claro que, desde la apertura comercial de los años noventa y el constante crecimiento industrial a partir del siglo XXI, nuestro Derecho del Trabajo ha ido mutando de forma sustancial en diversos aspectos de vital importancia, tal como lo son las formas de contratación, las obligaciones de los empleadores, los mecanismos en que deben establecerse los salarios caídos en un proceso legal y la forma en que debe regirse la representación sindical. Dichas cuestiones fueron motivo de cambios sustanciales en la Ley Federal del Trabajo con la reforma laboral del año 2012; pero, a pesar de haberse logrado mejoras considerables, en los foros judicial, académico y político, ello trajo consigo apenas el comienzo de una reforma de fondo en el Derecho Laboral y quedó claro que todavía faltaba mucho camino por recorrer en dicha materia.

Siendo así que, dentro del paquete de reformas estructurales que se implementaron en el sexenio 2012-2018, se dio un paso firme y sustancial para conformar un cambio notorio a la justicia laboral. Dicho proceso de reforma comenzó con los “Diálogos por la Justicia Cotidiana”¹ y foros

¹ Diálogos por la justicia cotidiana, https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/79028/Di_logos_Justicia_Cotidiana.pdf

que incluyeron en todo el país al sector empresarial, sindical, académico y gubernamental, para finalmente llevarse al nivel legislativo la iniciativa de reforma laboral constitucional que se publicaría mediante decreto el pasado 24 de febrero de 2017 en el Diario Oficial de la Federación. Pero ello, apenas abrió la puerta para las nuevas adecuaciones normativas, pues posteriormente, el 20 de septiembre de 2018, el Senado de la República ratificó el Convenio 98 de la Organización Internacional del Trabajo en materia de derecho de sindicación y negociación colectiva,² cuyo texto fortalece y robustece los derechos sindicales, generando con ello una nueva visión de cómo debe entenderse la representación sindical.

Además de tales antecedentes, en el marco de la renegociación del acuerdo de libre comercio entre Estados Unidos de América, Canadá y México, las normas laborales ocuparon un lugar esencial en las negociaciones trilaterales para que dicho pacto pudiera llevarse a la realidad; pues, tal como lo establecen las reglas de la economía de libre mercado, debe haber reglas justas que permitan un beneficio comercial mutuo para los participantes. Es por ello que, al haberse signado el Acuerdo de Estados Unidos-México-Canadá (USMCA, por sus siglas en inglés),³ conocido en nuestro país como T-MEC, México adquirió compromisos importantes por lo que respecta a las normas del trabajo (incluidos en el Anexo 23-A), siendo así que se terminó por configurar un complejo conjunto de cambios que deberían materializarse en el ordenamiento laboral mexicano, a raíz de los pactos internacionales contraídos por nuestro país.

Derivado de los procesos previamente descritos, finalmente, el pasado 1º de mayo de 2019, se publicó el nuevo marco legal que regirá el Derecho del Trabajo de ahora en adelante, mismo que reglamenta las disposiciones constitucionales, cuyo texto ha trasladado la justicia laboral al Poder Judicial de la Federación y a los Poderes Judiciales Locales, terminando así con la rectoría del Poder Ejecutivo, que hasta antes de la reforma conducía la justicia laboral mediante el tripartismo y las Juntas de Conciliación y Arbitraje, por lo que en este artículo abordaremos y analizaremos los aspectos más importantes que terminaron por aprobarse el pasado 1º de mayo y que marcarán el rumbo del nuevo Derecho Laboral mexicano.

² Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949.

³ Tratado de Libre Comercio de América del Norte, 2019.

2. ASPECTOS FUNDAMENTALES DE LA REFORMA LABORAL DEL 1º DE MAYO DE 2019

Los cambios legislativos que fueron publicados el pasado 1º de mayo, tienen por objeto reglamentar el texto consignado en el artículo 123 constitucional, apartado A, mismo que se regula en la Ley Federal del Trabajo.⁴ Es importante mencionar que el legislador realizó modificaciones de forma integral, es decir, en prácticamente todo el cuerpo legal, por lo que realizaremos un análisis normativo comenzando con los aspectos sustantivos, para finalmente revisar las disposiciones de carácter adjetivo.

a) *Simulación*. Se integran expresamente nuevas disposiciones tendientes a la protección de los derechos del trabajador, al considerarse que cualquier estipulación donde se simule una relación laboral para evitar el cumplimiento de obligaciones laborales o sociales, o bien se registre a un trabajador con un salario menor al que realmente percibe, no producirá efecto legal alguno.

b) *Beneficiarios*. Se establece la obligación de que el trabajador designe en el contrato individual de trabajo el nombre de sus beneficiarios para el pago de prestaciones en caso de fallecimiento, con lo que se busca agilizar el trámite de dicho procedimiento especial.

c) *Convenios para terminar la relación laboral*. Deberán realizarse por escrito y ratificarse ante el Centro Federal de Conciliación y ante los Centros de Conciliación Locales cuando todavía no exista un conflicto judicial; pues, de existir este, se ratificarán ante el tribunal laboral federal o local correspondiente. Las nuevas disposiciones señalan que, en caso de realizarse un convenio sin intervención de las autoridades, tendrá validez plena, salvo que existieran cláusulas que contengan renuncia de derechos del trabajador, pudiendo estas ser susceptibles de reclamarse en cuanto a su nulidad ante el Tribunal.

d) *Eliminación de las Juntas de Conciliación y Arbitraje y creación de Tribunales Laborales*. A partir de la reforma constitucional de 2017, se ordena la eliminación de las Juntas de Conciliación y Arbitraje, tanto en

⁴ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación del 5 de febrero de 1917. Última Reforma publicada el 9 de agosto de 2019.

el ámbito federal y local. Siendo así que, los conflictos de naturaleza laboral pasan a ser competencia del Poder Judicial Federal y de los Poderes Judiciales Locales, por lo que se crearán Tribunales Laborales Federales y Locales para tal fin. Es importante aclarar a este respecto que, la distribución de la competencia federal y local en los asuntos laborales previstos en el artículo 123, apartado A, de nuestra Constitución, y en el artículo 527 de la Ley Federal del Trabajo, no se modifica por cuanto toca a los juicios individuales.

e) *Recibos de pago*. Se mantiene la norma general consistente en la entrega de los recibos al trabajador de forma impresa, mismos que deben contener la firma autógrafa del trabajador para su validez; pero, además se establece que los recibos de pago contenidos en comprobantes fiscales digitales por Internet (CFDI) pueden sustituir a los recibos impresos, cuyo contenido hará prueba plena en juicio en caso de controversia, si se verifica en el portal de Internet del Servicio de Administración Tributaria, lo cual representa un importante avance por el reconocimiento de nuevas tecnologías como pruebas electrónicas y simplificación.

f) *Descuento de cuota sindical*. Se establece la posibilidad de que el trabajador manifieste por escrito su voluntad de que no se le aplique y descuenta la cuota sindical, en cuyo caso el empleador no podrá descontarla.

g) *Trabajadores del hogar*. Dentro de las obligaciones que deben cumplir los empleadores, se establecen expresamente las de guardar consideración al trabajador del hogar, absteniéndose de todo maltrato de palabra o de obra, cooperar para la instrucción general del trabajador del hogar e inscribirlo ante el Instituto Mexicano del Seguro Social y pagar las cuotas correspondientes conforme a las normas aplicables en la materia.

h) *Licencia para padres con hijos con cáncer*. Esta modificación especial a la Ley Federal del Trabajo se publicó el 4 de junio de 2019 en el Diario Oficial de la Federación, y permite al padre o la madre acompañar a su hijo menor de 16 años con diagnóstico de cáncer a sus tratamientos, de 1 a 28 días y durante un período máximo de 3 años.

i) *Aviso de rescisión*. La reforma integra modificaciones a los efectos que trae consigo el aviso de rescisión, pues la falta de este ya no determina automáticamente la separación injustificada del empleo, sino que ahora se trata de una presunción que puede revertirse si existe prueba en contrario que acredite que el despido fue justificado.

j) *Ofrecimiento de trabajo*. Se consigna una modificación trascendental para los casos en que el empleador tiene la carga de la prueba; siendo así que se estableció que, en caso de negar el despido y realizar el ofrecimiento del empleo al trabajador, ello no eximirá al empleador de probar su dicho, por lo que técnicamente estamos en presencia de una obligación que establece la carga de probar un hecho negativo. Para entender los objetivos buscados por el legislador en esta disposición, a continuación, citamos un extracto de la exposición de motivos respecto de dicho punto:

Una modificación relevante es la que establece que el ofrecimiento del trabajo, una vez iniciado el proceso laboral, en ningún caso revierte la carga de la prueba, lo cual se considera de vital importancia para evitar la práctica generalizada de ofrecer el trabajo cuando el patrón omite entregar el aviso de despido al trabajador o comunicarlo directamente a la Junta. Esa práctica solo se realiza como estrategia legal para revertirle la carga de la prueba al trabajador, dado que el despido salvo raras excepciones ocurre en privado, dejando al trabajador sin posibilidad de acreditar que fue separado de su trabajo. En contraparte, se dispone que la omisión del aviso de despido al trabajador hace presumir que éste fue injustificado, superando la presunción legal de que por sí solo determinará el carácter injustificado del despido, como se encuentra en la ley vigente; ello a fin de evitar que las micro, pequeñas y medianas empresas queden en estado de indefensión al no poder acreditar la separación del trabajador, toda vez que la inmensa mayoría de dichas empresas omiten, por desconocimiento, dar el aviso de despido al trabajador o comunicarlo directamente a la autoridad laboral, dadas sus limitaciones en cuanto a gestión de recursos humanos y asesoría jurídica eficaz.⁵

En este punto particular, consideramos que, por tratarse de una disposición de carácter sustantivo, la misma se encuentra vigente desde su publicación en el Diario Oficial de la Federación, y por ende deberá replantearse la idoneidad del ofrecimiento del trabajo como mecanismo de defensa en juicio, ello sin perjuicio de que se discuta la constitucionalidad de tal precepto en los Tribunales Constitucionales.

⁵ Grupo Parlamentario de Morena, *Iniciativa que reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones de la Ley Federal del Trabajo*, México, Gaceta Parlamentaria, año XXII, núm. 5188-II, enero de 2019.

k) *Democracia sindical*. Se establece que los procedimientos de elección de las directivas sindicales deberán salvaguardar el pleno ejercicio del voto personal, libre, directo y secreto de los miembros, así como ajustarse a reglas democráticas y de igualdad de género. Así también, se hace mención de que el periodo de duración de las directivas no podrá ser indefinido o de una temporalidad tal que obstaculice la participación democrática de los afiliados, mismo que tampoco podrá ser lesivo al derecho de votar y ser votado. Ahora, si bien es cierto la Ley Federal del Trabajo clasifica a los sindicatos en gremiales, de empresa, industriales, nacionales de industria y de oficios varios, la reforma le da el carácter enunciativo a dicha clasificación, por lo que no será obstáculo para que los trabajadores se organicen en la forma que ellos decidan.

l) *Registro de sindicatos*. Los sindicatos deben registrarse en el Centro Federal de Conciliación y Registro Laboral y dicho centro hará pública, para consulta de cualquier persona, la información, debidamente actualizada, de los registros de los sindicatos. Dicho registro podrá ser cancelado por vía judicial cuando sus dirigentes, apoderados o representantes legales incurran en actos de extorsión en contra de los patrones, exigiéndoles un pago en dinero o en especie para desistir de un emplazamiento a huelga o abstenerse de iniciar o continuar un reclamo de titularidad de contrato colectivo de trabajo.

m) *Constancia de representatividad*. La demostración del apoyo de los trabajadores mediante el voto personal, libre y secreto constituye un requisito para la validez de los contratos colectivos de trabajo, por lo que todo sindicato que solicite la celebración de un contrato colectivo deberá contar previamente con la Constancia de Representatividad expedida por el Centro Federal de Conciliación y Registro Laboral, con el voto de 30% de los trabajadores, misma que tendrá una vigencia de seis meses a partir de la fecha en que esta sea expedida.

n) *Revisión del contrato colectivo de trabajo*. Cada dos años, en la revisión contractual que corresponda, el convenio de revisión del contrato colectivo deberá someterse a la aprobación de la mayoría de los trabajadores regidos por el mismo, a través del voto personal, libre y secreto, conforme al procedimiento de consulta fijado en la Ley.

o) *Entrega del contrato colectivo de trabajo*. Se deberá entregar a los trabajadores, de forma gratuita, un ejemplar impreso del contrato colectivo,

dentro de los 15 días siguientes a que este documento sea depositado ante el Centro Federal de Conciliación y Registro Laboral. Lo anterior solo se podrá acreditar con la firma de recibido del trabajador.

p) *Centro Federal De Conciliación y Registro Laboral*. Será un organismo público descentralizado del Gobierno Federal, con domicilio en la Ciudad de México y contará con oficinas regionales. Tendrá personalidad jurídica y patrimonio propios, plena autonomía técnica, operativa, presupuestaria, de decisión y de gestión. Será competente para substanciar el procedimiento de la conciliación que deberán agotar los trabajadores y empleadores, antes de acudir a los Tribunales, y además será competente para operar el registro de todos los contratos colectivos de trabajo, reglamentos interiores de trabajo y las organizaciones sindicales, así como todos los procesos administrativos relacionados. Dicho organismo tendrá como titular un director general.

q) *Centros de conciliación de las entidades federativas y de la Ciudad de México*. Estarán encargados de la conciliación previa a la demanda jurisdiccional en el orden local, se constituirán como organismos públicos descentralizados de la respectiva entidad federativa de que se trate, los cuales tendrán el número de delegaciones que se considere necesario constituir y contarán con personalidad jurídica y patrimonio propio, así como plena autonomía técnica, operativa, presupuestaria, de decisión y de gestión.

Serán competentes para substanciar el procedimiento de la conciliación a la que deberán acudir los trabajadores y empleadores, antes de presentar demanda ante los Tribunales locales, y su integración y funcionamiento se determinará en su estatuto orgánico y su respectiva reglamentación, emitidos por el Poder Legislativo de la respectiva entidad federativa o de la Ciudad de México, según corresponda.

r) *Procedimiento de conciliación*. Antes de acudir a los Tribunales, los trabajadores y empleadores deberán asistir al Centro de Conciliación correspondiente para solicitar el inicio del procedimiento de conciliación, con excepción de aquellos supuestos que están eximidos de agotarla, conforme a lo previsto en la Ley Federal del Trabajo. Se fija un límite temporal al procedimiento conciliatorio, pues no podrá exceder de 45 días naturales.

El procedimiento conciliatorio da comienzo con la solicitud que se presenta ante el centro correspondiente y, una vez recibida, dicha autoridad señalará fecha de audiencia conciliatoria dentro de los 15 días siguientes. El citatorio debe notificarse al patrón con al menos 5 días previos a la audiencia, apercibido de recibir una multa por no comparecer y de tenérsele como inconforme de cualquier arreglo conciliatorio.

También establece que, si la solicitud de conciliación es presentada por ambas partes, deberá fijarse fecha de audiencia dentro de los 5 días inmediatos siguientes, sin menoscabo de que pueda celebrarse en ese mismo momento.

El trabajador deberá acudir personalmente a la audiencia sin que sea necesario que asista acompañado de un abogado por tratarse de un procedimiento prejudicial. El empleador puede acudir personalmente o por conducto de su apoderado con facultades para obligarse.

Si las partes deciden convenir por haber llegado a un arreglo, deberán celebrar convenio que se ratificará en ese mismo acto. El convenio celebrado tendrá el carácter de cosa juzgada, teniendo la calidad de un título para iniciar acciones ejecutivas sin necesidad de ratificación. De no llegar a un acuerdo, la autoridad emitirá una constancia de haber agotado la etapa de conciliación prejudicial obligatoria. No obstante, las partes de común acuerdo podrán solicitar que se fije nueva fecha de audiencia dentro de los 5 días siguientes.

s) *Prescripción*. La prescripción de 2 meses para que el trabajador pueda demandar la reinstalación en su trabajo o la indemnización en caso de un despido, se suspende durante el procedimiento de conciliación.

t) *Procedimiento judicial*. La etapa judicial será rigida por los tribunales laborales, mismos que también serán de competencia federal y local, según corresponda, por lo que tendrán la facultad de conocer y resolver los conflictos de trabajo que se susciten entre trabajadores y empleadores, solo entre aquellos o solo entre estos, derivado de las relaciones de trabajo o de hechos relacionados con ellas. Los tribunales estarán a cargo cada uno, de un Juez y contarán con secretarios, funcionarios y empleados determinados y designados de conformidad con la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación o de la Ley Orgánica del Poder Judicial local, según corresponda. Se establece que el Juez laboral deberá estar presente en el desarrollo de las audiencias y solo podrá auxiliarse de un secretario instructor

para dictar los acuerdos relativos a la etapa escrita del procedimiento, hasta antes de la audiencia preliminar.

Las audiencias serán públicas y serán presididas íntegramente por el Juez; de incumplirse esta condición, las actuaciones respectivas serán nulas de pleno derecho. Las partes y los terceros que intervengan en el desarrollo de las audiencias deberán rendir previamente protesta de que se conducirán con verdad. Todas las intervenciones de quienes participen en ellas serán en forma oral.

El Juez recibirá por sí mismo las declaraciones y presidirá todos los actos de prueba; ordenará la práctica de las pruebas, dirigirá el debate, exigirá el cumplimiento de las formalidades que correspondan, moderará la discusión, determinará el inicio y la conclusión de cada una de las etapas de la audiencia. El Juez podrá interrogar libremente a las partes y a todos aquellos que intervengan en el juicio sobre los hechos y circunstancias que sean conducentes para averiguar la verdad.

Tratándose de la prueba confesional, las preguntas y/o posiciones se formularán de forma oral en el momento de la audiencia mediante interrogatorio abierto, sin presentación de pliegos por escrito.

En la prueba testimonial también se hicieron modificaciones, pues se reduce el número de testigos que pueden ser presentados a juicio, de cinco a un máximo de tres testigos por cada hecho controvertido que se pretenda probar.

Por lo que respecta a la prueba pericial, desaparece el perito tercero en discordia, toda vez que las partes ya no podrán presentar a su perito, siendo el Tribunal quien deberá designar a un *perito oficial*, sin perjuicio de que las partes puedan auxiliarse de un asesor para el desahogo de dicha prueba.

Las resoluciones que pongan fin al procedimiento judicial ya no serán laudos, sino sentencias, mismas que no admitirán recurso alguno. Se establece que las únicas resoluciones que pueden ser revocadas por los tribunales son aquellas que admiten el “recurso de reconsideración”, que procede contra los actos u omisiones del secretario instructor, mismo que deberá promoverse de forma oral en la audiencia preliminar.

A continuación, nos permitimos presentar un extracto general del procedimiento judicial:

Etapa escrita:

- La demanda se deberá presentar por escrito, integrando las pruebas que el actor pretende rendir en juicio y expresando los hechos que pretende demostrar con las mismas. También se debe anexar la constancia de que se agotó previamente el procedimiento de conciliación.
- Dentro de los 5 días siguientes a la admisión de la demanda, se emplazará al demandado, entregándole copia de la demanda y de las pruebas ofrecidas en esta para que dé contestación por escrito dentro de los 15 días siguientes, debiendo anexar los documentos necesarios para acreditar su personalidad. En la contestación de la demanda también deberán ofrecerse pruebas y objetarse las ofrecidas por la actora.
- El tribunal correrá traslado a la parte actora para que dentro de 8 días objete las pruebas de la demandada y formule su réplica. Si el empleador ofrece el trabajo, el trabajador deberá pronunciarse al respecto en su réplica.
- El tribunal correrá traslado a la parte demandada de la réplica y sus anexos, para que esta emita su contrarréplica por escrito dentro de los 5 días siguientes. En caso de que se adjunten pruebas a la contrarréplica, se darán 3 días para que la parte actora manifieste lo que a sus intereses convenga. Hecho lo anterior, el tribunal señalará fecha y hora para que tenga verificativo la audiencia preliminar dentro de los 10 días siguientes.

Etapa oral:

- La etapa oral del procedimiento judicial da comienzo con la “audiencia preliminar”, misma que tiene por objeto depurar el procedimiento, resolver excepciones dilatorias, establecer los hechos no controvertidos, admitir las pruebas y citar a la audiencia de juicio dentro de los 20 días siguientes a que se emita el acuerdo correspondiente y en su caso resolver el recurso de reconsideración contra el secretario instructor.
- Agotada la audiencia preliminar, el procedimiento continúa su curso mediante la “audiencia de juicio”, cuyo desahogo se dará con la comparecencia de las partes que estén presentes al comen-

zar y las que se apersonen hasta antes de que concluya. El Juez contará con las más amplias facultades para conducir y moderar el procedimiento. Se desahogarán las pruebas que se hayan preparado para dicha audiencia.

- Una vez concluido el desahogo de pruebas, el secretario del Tribunal hará la certificación respectiva y posteriormente el Juez dará el uso de la voz a las partes para que formulen sus alegatos de forma oral.
- Hecho lo anterior se declarará cerrada la etapa de juicio y el Juez emitirá su sentencia en la misma audiencia y en casos excepcionales el Juez la podrá emitir dentro de los 5 días siguientes a la audiencia.

Finalmente es importante mencionar que además del procedimiento individual previamente descrito, subsisten los procedimientos especiales de huelga, conflictos colectivos de naturaleza económica y de seguridad social.

u) *Entrada en vigor.* Los artículos transitorios del decreto del 1º de mayo de 2019, establecen lo siguiente:

- El Congreso tiene ciento ochenta días para expedir la Ley Orgánica del Centro Federal de Conciliación y Registro Laboral.
- El Centro Federal de Conciliación y Registro Laboral iniciará sus funciones de registro de asociaciones sindicales y contratos colectivos de trabajo en un plazo no mayor de dos años.
- Los centros de conciliación y los tribunales locales iniciarán actividades en un plazo máximo de tres años.
- En un plazo máximo de cuatro años el Centro Federal de Conciliación y Registro Laboral iniciará la tramitación de solicitudes de conciliación al mismo tiempo que los tribunales del Poder Judicial de la Federación inician su operación en el circuito correspondiente.
- Los procedimientos en trámite ante la Secretaría del Trabajo y Previsión Social y las Juntas de Conciliación y Arbitraje serán concluidos de conformidad con las disposiciones vigentes al momento de su inicio.
- Los actuales contratos colectivos de trabajo deberán revisarse al menos una vez durante los cuatro años posteriores a la entrada

en vigor del decreto. Las revisiones deberán depositarse ante el Centro Federal de Conciliación y Registro Laboral que verificará que los trabajadores conozcan el contrato colectivo de trabajo y que el mismo cuenta con el respaldo de la mayoría mediante voto personal, libre y secreto.

- Las obligaciones de seguridad social de los empleadores para con las personas trabajadoras del hogar iniciarán su vigencia una vez que se aprueben y entren en vigor las adecuaciones normativas necesarias para la incorporación formal de las personas trabajadoras del hogar en el régimen obligatorio de seguridad social.

v) *Protocolo para la legitimación de contratos colectivos de trabajo existentes*. En sintonía con lo que señalan los artículos transitorios de la reforma, el pasado 1° de agosto de 2019 se publicó en el Diario Oficial de la Federación, y con ello entró en vigor el Protocolo de Legitimación, cuyos aspectos más relevantes son los siguientes:

- Para la legitimación de los contratos colectivos de trabajo depositados ante las Juntas de Conciliación y Arbitraje, se deberán seguir reglas democráticas novedosas para ser validados dentro de los siguientes cuatro años, antes del 1° de mayo de 2023.
- Será indispensable que el contenido del contrato colectivo de trabajo sea aprobado por la mayoría de los trabajadores, a través del voto personal, libre, directo y secreto, de una forma pacífica, ágil y segura.
- Hasta en tanto el Centro Federal de Conciliación y Registro Laboral inicie sus funciones registrales (lo cual debe suceder dentro de los dos años siguientes), el sindicato titular del contrato colectivo de trabajo deberá dar aviso a la Secretaría del Trabajo y Previsión Social (STPS), de que llevará a cabo una consulta a los trabajadores para determinar si la mayoría respalda el contrato colectivo de trabajo que tienen celebrado.
- El aviso tendrá que realizarse por la vía electrónica a través del sitio web <https://legitimacioncontratoscolectivos.stps.gob.mx> y con al menos diez días hábiles de anticipación a la fecha en que se prevea realizar la consulta y deberá contener los datos generales del sindicato, del patrón, del contrato colectivo de trabajo, de la fecha,

hora y lugar de la consulta, y el listado de trabajadores sindicalizados con derecho a votar.

- El sindicato podrá optar que la consulta sea verificada por un fedatario público o por la autoridad laboral, debiéndose garantizar en todo momento los principios de seguridad, transparencia, confiabilidad y certeza.
- Una vez que el sindicato emita la convocatoria, lo hará del conocimiento del patrón, el cual deberá otorgar las facilidades necesarias para que se realice la consulta y entregar a sus trabajadores una copia impresa del contrato colectivo de trabajo.
- El sindicato deberá imprimir las boletas a través de la plataforma electrónica de la STPS debidamente selladas y foliadas y el día de la consulta los trabajadores se identificarán para votar en las urnas correspondientes, realizándose el escrutinio y cómputo de los votos.
- Al terminar la consulta, el sindicato deberá dar aviso a la STPS a través de la plataforma electrónica del resultado de la votación, en los tres días hábiles siguientes, con la correspondiente acta de votación y el listado de trabajadores votantes. Si el contrato colectivo de trabajo sujeto a consulta no cuenta con el apoyo mayoritario de los trabajadores, este se tendrá por terminado, conservándose para beneficio de los trabajadores las prestaciones previstas en el mismo.
- La STPS resguardará la información sobre el procedimiento y podrá verificar que el proceso de consulta cumplió con los requisitos legales del Protocolo y en caso de que no realice observaciones durante los veinte días hábiles siguientes a la fecha en que el sindicato remita el aviso de resultado, el contrato colectivo de trabajo sometido a consulta se tendrá por legitimado.
- Al final del procedimiento, el sindicato podrá solicitar a la STPS la constancia de legitimación correspondiente.

3. CONCLUSIONES

Actualmente nos encontramos en un proceso de conformación y adecuación de nuevos paradigmas que deberán regir la justicia laboral en México, donde la representación sindical ha venido a cobrar un papel funda-

mental en dichos cambios, mismos que deberán ser orientados para estar en consonancia con los nuevos esquemas económicos, la globalización, las nuevas instituciones y requerimientos de una sociedad en desarrollo, donde los factores de la producción juegan un papel de vital importancia para el desarrollo; por lo que resultaba imperante que nuestro sistema de justicia laboral abarque antiguos dogmas que ya no son acordes a las necesidades de nuestra realidad. Es por lo que, bajo nuestra óptica, el hecho de trasladar la competencia de resolver conflictos laborales al Poder Judicial Federal y a los Poderes Judiciales de los estados, significa un cambio sustancial y verdaderamente necesario. Ahora, lo importante será dotar de las herramientas necesarias y técnicas, tanto de capital humano como estructural, acompañado del adecuado presupuesto, para tener la justicia laboral eficiente, pronta, expedita y gratuita que todos deseamos.

Un principio fundamental que todo Estado democrático radica en la impartición de justicia, pues se trata de un mecanismo idóneo para que las personas puedan ejercer sus derechos y cumplir con sus obligaciones, donde el sector laboral ocupa un papel muy relevante, pues el hecho de que exista una verdadera justicia laboral, repercute directamente en la productividad de un país; toda vez que se genera certidumbre en el sector empresarial, seguridad jurídica en las inversiones nacionales y extranjeras y se evitan agravios que se traducen en pérdidas económicas para el sector empleador. Por otro lado, para los trabajadores, existen garantías de que sus derechos laborales se encuentran a salvo y deberán respetarse, so pena hacer efectivas las sanciones que establece la ley para quienes las incumplan, pues nunca deberá pasarse por alto que el derecho al trabajo es un derecho humano que debe garantizarse y hacerse efectivo en toda nación que busca el desarrollo.

La impartición de justicia laboral debe ejercerse por profesionistas en Derecho que cuenten con la capacitación adecuada, misma que debe garantizarse mediante la carrera judicial y métodos de prueba técnicos y objetivos, favoreciendo el mérito de quienes han demostrado ser aptos para dicho ejercicio. Es por ello que, la reforma constitucional de 2017, misma que se reglamentó el pasado 1° de mayo a través de los cambios legislativos en la Ley Federal del Trabajo, constituyen un cambio de fondo en la impartición de justicia, donde se privilegia la inmediatez y la oralidad ante la presencia de un juez laboral, para dar por terminada la comúnmente llamada “justicia del mecanógrafo”.

Otro aspecto fundamental que es importante retomar, a manera de conclusión, es que la naturaleza del Derecho Laboral, radica en la conciliación, por lo que resulta destacado que el legislador haya previsto una etapa conciliatoria de carácter obligatorio, previa a la de carácter judicial; pues ello permitirá que exista una verdadera avenencia entre las partes, donde en realidad se les exhorte a dirimir sus controversias y con ello buscar acuerdos beneficiosos, con lo que se pretende reducir de forma importante el número de juicios que se tramitan ante los tribunales y agilizar el sistema de justicia laboral mexicano, evitando consigo costos importantes al erario público que nos cuestan a todos los ciudadanos y logrando que los empleadores se dediquen realmente a emprender y ser más productivos.

Finalmente, resulta de gran relevancia hacer mención de que los cambios en materia sindical constituyen nuevos retos para las organizaciones sindicales, empleadores y trabajadores, pues comenzaremos una nueva cultura del Derecho Colectivo, donde se deberá poner fin a las simulaciones, como el caso de los “contratos colectivos de trabajo de protección”, y dar comienzo al verdadero ejercicio de la representación, donde el sector obrero debe involucrarse de forma activa en las decisiones que se toman por parte de sus representantes y donde los empleadores deben respetar completamente la actividad sindical.

Así también, los líderes sindicales adquieren nuevas obligaciones y prohibiciones que buscan terminar con viejas prácticas que han venido transgrediendo la naturaleza de los sindicatos, llegando al grado de que algunas de ellas se han convertido en delitos, y es por ello que la reforma establece causas y consecuencias serias para el caso de configurarse prácticas indebidas, como la corrupción, extorsión y simulación.

Si bien es cierto que, actualmente se ha cumplido con las expectativas legislativas en materia de justicia laboral, ello no quiere decir que todo el trabajo está hecho, sino que, por el contrario, las reformas aprobadas hasta el momento apenas son el comienzo de una nueva etapa en México, que requieren de la participación y compromiso de todos para cumplir con los retos que se avecinan y emprender un camino hacia un modelo de justicia que traiga beneficios para todos y que repercuta de forma positiva en la productividad, donde los abogados habremos de cumplir con un papel determinante para el buen funcionamiento del nuevo sistema de justicia laboral y con ello contribuir al desarrollo de nuestro querido México.

4. BIBLIOHEMEROGRAFÍA

Documentos publicados en Internet

Diálogos por la justicia cotidiana, https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/79028/Di_logos_Justicia_Cotidiana.pdf

Grupo Parlamentario de Morena, *Iniciativa que reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones de la Ley Federal del Trabajo*, México, Gaceta Parlamentaria, año XXII, núm. 5188-II, enero de 2019, <http://gaceta.diputados.gob.mx/PDF/64/2018/dic/20181222-I.pdf>

Legislación

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación del 5 de febrero de 1917. Última Reforma publicada el 9 de agosto de 2019.

Tratados y convenios internacionales

Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949.
Tratado de Libre Comercio de América del Norte, 2019.

REFLEXIONES SOBRE ALGUNOS DESAFÍOS QUE PUEDE PRESENTAR LA REFORMA LABORAL DE MAYO DE 2019

*Reflections on some Challenges that the May 2019
Labor Reform Might Produce*

Recepción: 02/08/2019

Aceptado para su publicación: 12/09/2019

ARTURO MARTÍNEZ Y GONZÁLEZ*

RESUMEN: La Ley Federal del Trabajo de 1970 ha sufrido reformas, adiciones y derogas en las siguientes fechas: 1º de mayo de 1980, 30 de noviembre del 2012 y 1º de mayo del 2019. Es decir que, la ley vigente es la de 1970 con parches y sobreparches, remiendos y sobreremiendos, lo que ha provocado muchas confusiones interpretativas; las que serán incrementadas en el próximo periodo ordinario de sesiones, que inició el día 1º de septiembre de 2019, ya que se anunció por la Comisión del Trabajo del Senado de la República, en un Parlamento Abierto que tuvo verificativo en el mes de julio pasado, a efecto de tratar asuntos pendientes, reservas parlamentarias que no fueron materia de comentario alguno, como por ejemplo: el outsourcing o régimen de subcontratación, cuotas sindicales, carga de la prueba, etcétera. No entendemos por qué el Poder Legislativo de nuestro país no ha promulgado, como en casi todos los países de Latinoamérica, un Código Sustantivo del Trabajo, que comprenda los principios generales de nuestra materia, los derechos y obligaciones de las partes, tanto de carácter individual como colectivas, así como las autoridades laborales y la parte adjetiva de nuestro Derecho del Trabajo en un Código Federal de Procedimientos Laborales. Por lo tanto, estamos convencidos de que la mejor medida es la abrogación de la Ley Federal del Trabajo Vigente.

PALABRAS CLAVE: outsourcing, sindicatos, Código Federal de Procedimiento Laboral.

ABSTRACT: The 1970 Federal Labor Law has undergone reforms, additions, and repeals on the following dates: May 1, 1980, November 30, 2012 and May 1, 2019. In other words,

* Licenciado, Maestro y Doctor en Derecho laboral, Profesor de Posgrado de Derecho Colectivo de Trabajo en la Universidad Autónoma de México, Escuela Libre de Derecho y Universidad Panamericana. Presidente Honorario de la Asociación Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Coordinador del Derecho del Trabajo de la Asociación Nacional de Doctores en Derecho, Colegio de Profesionistas.

the current law is that of 1970 but it has been patched up and amended repeatedly, all of which has caused multiple confusions in its interpretation, which in turn will be increased by the upcoming ordinary session that started on September 1, 2019, as it was announced by the Labor Commission of the Senate, in an Open Session that occurred on last July, which aims at resolving pending matters or parliamentary reservations which were not commented whatsoever, such as: outsourcing or subcontracting, union fees, burden of proof, etcetera. We do not understand why the Legislative Branch of our country has not promulgated, as in almost all other Latin American countries, a Substantive labor code, which should include the general principles of our discussion, the rights and obligations of individual and collective parties, as well as the labor authority and our Procedural Labor Law within the Federal Labor Code. Therefore, we are convinced that the best measure is to repeal the current Federal Labor Law.

KEYWORDS: outsourcing, unions, Federal Code of Labor Procedure.

SUMARIO: 1. EJES PRINCIPALES DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL DEL 24 DE ENERO DE 2017. 2. ALGUNOS DE LOS DESAFÍOS O RETOS DE LA REFORMA LABORAL. 3. CAMBIO DE ACTITUD. 4. EL AVISO DE RESCISIÓN DE TRABAJO POR CAUSAS IMPUTABLES AL TRABAJADOR Y SIN RESPONSABILIDAD PATRONAL, ¿RESULTA EFICAZ? 5. CONVENIO DE LA TERMINACIÓN DE LA RELACIÓN DE TRABAJO. 6. DESCUENTOS SINDICALES. 7. TRABAJO DE LAS TRIPULACIONES AERONÁUTICAS. 8. CARGA PROBATORIA EN EL PROCESO LABORAL. 9. ALGUNOS DESAFÍOS EN MATERIA COLECTIVA EN RELACIÓN CON LA REFORMA LABORAL DE MAYO 2019. 10. LA LIBERTAD SINDICAL. 11. TRANSPARENCIA SINDICAL. 12. DEMOCRACIA SINDICAL. 13. HUELGA. 14. A MODO DE CONCLUSIÓN. 15. BIBLIOHEMEROGRAFÍA.

1. EJES PRINCIPALES DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL DEL 24 DE ENERO DE 2017

Justicia: traslado de las Juntas de Conciliación y Arbitraje a Tribunales Laborales del Poder Judicial de la Federación o de las entidades federativas.

Conciliación: se quiere privilegiar este medio alternativo de solución a los conflictos laborales, mediante la creación de centros de conciliación en las diferentes entidades federativas, así como un Centro Federal de Conciliación y Registro Laboral, que tendrá a su cargo, además, todos los registros sindicales, de contratos colectivos y reglamentos interiores de trabajo, independientemente de que se establece un pre-juicio de carácter conciliatorio, a efecto de atender esta instancia.

Negociación colectiva: por primera vez se establece dicho término en nuestra normativa jurídica, estableciendo los siguientes principios para

asegurar la negociación colectiva y los legítimos intereses de trabajadores y patrones:

- La representatividad de las organizaciones sindicales (30% del total de los trabajadores que afecte o pueda afectar el contrato colectivo de trabajo, cuando menos, para obtener la constancia de representatividad respectiva), y
- La certeza en la firma, registro y depósito de los contratos colectivos de trabajo.

Libertad, transparencia y democracia sindical: mediante el voto personal, libre directo y secreto.

2. ALGUNOS DE LOS DESAFÍOS O RETOS DE LA REFORMA LABORAL

Presupuesto: sin lugar a duda, uno de los principales retos para la implementación de la Reforma Laboral, publicada el 1º de mayo de 2019, por sus características y contenido, es el presupuestario, ya que la creación de los Centros de Capacitación, el Centro Federal de Conciliación y Registro Laboral y los Tribunales Laborales del Poder Judicial Federal y de las entidades federativas, representan un costo altísimo, y para ser francos, no vemos hasta ahora la tendencia gubernamental para afrontar este desafío tan grande para implementar dicha reforma.

Sobre el particular, el actual presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el ministro Arturo Zaldívar, manifestó:

Este cambio de paradigma en la impartición de justicia supone para el Poder Judicial de la Federación un reto mayúsculo. En materia de infraestructura, será necesario crear los órganos de justicia laboral, los cuales por ley requieren de recursos operativos especializados, tales como una plataforma digital para realizar notificaciones por vía electrónica, equipo de grabación para el desahogo de las audiencias, programas de cálculo de prestaciones laborales, aplicaciones digitales para tener conectividad con las autoridades laborales y, en general, todos los sistemas electrónicos para garantizar que los procedimientos sean ágiles y efectivos.¹

¹ Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo, *Los retos de la justicia laboral*, Periódico Milenio, México, 3 de septiembre de 2019.

Inclusive, en el Proyecto del Presupuesto de Egresos de la Federación 2020, dentro la política hacendaria, percibimos una partida especial para la implementación de la Reforma Laboral de \$500'000,000.00 (quinientos millones de pesos 00/100 M.N.); de esa partida \$375'000,000.00 serán para la creación de 20 tribunales de justicia de trabajo, y para la instalación del Centro Federal de Conciliación y Registro Laboral (CFCRL) \$105'000,000.00.² Estas cantidades parecen pocas para la envergadura del programa.

Capacitación: esta reforma legal de “gran calado” vino a revolucionar el mundo del trabajo en nuestro país. Tendrá un reto mayúsculo que se traduce en la capacitación del personal jurídico principalmente y administrativo, a todos los niveles: conciliadores, procuradores, secretarios de instrucción, jueces adscritos a los tribunales laborales, peritos, personal de apoyo informativo y tecnológico y, por qué no, hasta jueces de distrito y magistrados de circuito. Tenemos entendido que ya se empezó con esta tarea, siendo pioneros los integrantes del Poder Judicial del Estado de México. ¡Enhorabuena!

La capacitación laboral se define como el conjunto de actividades didácticas, orientadas a ampliar los conocimientos, habilidades y aptitudes del personal que labora en una empresa. La capacitación les permite a los trabajadores poder tener un mejor desempeño en sus actuales y futuros cargos, adaptándose a las exigencias cambiantes del entorno.³

Se ha denominado *capacitación*, en términos generales, al *acto y el resultado de capacitar: formar, instruir, entrenar o educar a alguien*. La capacitación busca que una persona adquiera capacidades o habilidades para el desarrollo de determinadas acciones.⁴

El propio ministro Zaldívar expresó que “la reforma laboral conlleva una nueva forma de entender la justicia laboral, lo cual implica capacitar al personal jurisdiccional y a los múltiples usuarios del sistema en forma coordinada con las entidades federativas, con las autoridades en materia laboral y con los centros de conciliación. Será necesario contar con defensores públicos para los trabajadores que no puedan pagar un abogado,

² Juárez, Blanca, *Implementación de reforma laboral contarían con 500 mdp*, Diario El Economista, México, 10 septiembre de 2019.

³ Concepto de capacitación, <https://conceptodefinicion.de/capacitacion/>

⁴ *Ibidem*.

así como tener disponibilidad de peritos para el examen de evidencias, de igual modo habrá que establecer los mecanismos administrativos y logísticos para recibir de las Juntas de Conciliación y Arbitraje los expedientes en trámite y darles pronta resolución.”⁵

3. CAMBIO DE ACTITUD

Para que la reforma laboral progrese y sea una positiva realidad, se debe tener un cambio de actitud; o sea, debe existir una apertura de los diversos actores de las relaciones individuales y colectivas de trabajo y del aparato de justicia, a efecto de que se logre el equilibrio entre los factores de la producción, armonizando los intereses del capital con los del trabajo, y con ello se obtenga en las empresas una mejor y mayor productividad, con aumento en las ganancias para los empleadores y consecuentemente para los trabajadores.

En la actualidad, debemos optar por el cambio de actitud y apertura, acoplándonos a los nuevos requerimientos que la técnica, la modernidad y los sistemas globalizadores reclaman, sin que para ello exista renuncia a los derechos de los trabajadores, ya que se violaría lo dispuesto en el artículo 33 de la Ley Federal del Trabajo.

Consideramos que la calidad y la productividad no pueden ser impuestas por decreto o por ley, como se quiso hacer en México en el año de 1992 con la firma del llamado “Acuerdo Nacional para Elevar la Productividad y la Calidad”, mismo que representó un total fracaso.

Como hemos dicho, la actitud laboral en general debe ser cambiada por todos aquellos que intervienen en el mundo laboral de nuestro país. Los trabajadores deben estar convencidos de que dar lo mejor de sí hace más próspera a su empresa, con los beneficios correspondientes.

Las condiciones del trabajo y de productividad deben ser determinadas, más que por sectores industriales, por cada fuente de trabajo y ser convenidas por quiénes tienen la responsabilidad y el compromiso de sacarlas adelante.

⁵ Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo, *op. cit.*

El sindicato deberá ser el primer aliado con esta tarea, ya que la base trabajadora espera mucho de su representación, misma que debe contar con la capacidad suficiente de pactar mejores condiciones de trabajo y que estas sean aceptadas por la voluntad mayoritaria de los trabajadores; y además para que dichas condiciones se distribuyan en beneficios para las partes, dándole seguimiento a que lo acordado se cumpla a cabalidad.

Los patrones deben ser los primeros convencidos de que la calidad y la productividad se logran en ambientes de mayor apertura y objetividad, donde se estimule la cooperación y la participación en una lógica de responsabilidad compartida, evitando a toda costa actos fraudulentos en contra de los trabajadores. Es por ello que, la Reforma laboral adicionó las fracciones XIV y XV, del artículo 5 de la Ley Federal del Trabajo, al establecer:

XIV. Encubrir una relación laboral con actos jurídicos simulados para evitar el cumplimiento de obligaciones laborales y/o de seguridad social; y

XV. Registrar a un trabajador con un salario menor al que realmente recibe.⁶

El gobierno debe incentivar la creación de fuentes de trabajo y sobre todo la generación de empleos, así como fortalecer la estabilidad en el empleo y prestaciones para el hombre que trabaja.

Por lo anterior, el espacio más idóneo para convenir los términos de la productividad, su medición y los repartos de sus beneficios, es el contrato colectivo de trabajo, dada su naturaleza bilateral. Ahí, en la negociación colectiva del mismo, pueden convenirse las necesidades productivas, considerando los intereses y la voluntad de las partes, tan necesaria para la generación de compromisos que llevarán a su verdadera consecución.⁷

Los abogados litigantes y pasantes de Derecho deben representar a sus clientes con todo esmero, cuidado y, sobre todo, honestidad. Para este efecto, deben cumplir el principio de buena fe. Este principio, que la mayoría de los tratadistas no lo incluyen, Plá lo considera fundamental,

⁶ H. Congreso de la Unión, *Nueva Ley Federal del Trabajo*, México, Gallardo Ediciones, 2019, pp. 5 y 6.

⁷ Martínez y González, Arturo, *La negociación Colectiva*, Ponencia presentada en el Diplomado de la Junta Local de Conciliación y Arbitraje de la Ciudad de México, septiembre 2009 pp. 12 y 13.

ya que el abogado debe cumplir su encomienda de buena fe; entre las exigencias de este principio se encuentra la de poner el empeño normal en el cumplimiento de la tarea encomendada.⁸

La relación de trabajo no es un negocio circunstancial, ni una fugaz transacción mercantil, sino que entraña vínculos sociológicos personales y permanentes. Aún originada por un hecho económico, no puede condensarse exclusivamente en derechos y deberes patrimoniales; existen con ellos vínculos de orden moral y espiritual que, en una moderna acepción del trabajo, no debemos desconocer.⁹

Este principio se extiende a la actitud o lealtad procesal de las partes, por lo que atenta contra el principio de buena fe el negarse a presentar un documento que sirva para averiguar los extremos controvertidos; al igual, el postulante puede violar este principio al actuar con mala fe en el curso del procedimiento laboral, así como el juzgador, como más adelante se precisará.

La buena fe y lealtad procesal impone a todos los sujetos partícipes del proceso la obligación de actuar con lealtad y buena fe procesal, ajustando su conducta a la justicia y al respeto entre sí, debiendo evitarse cualquier conducta fraudulenta o dilatoria del proceso.¹⁰

En efecto, la legislación laboral mexicana vigente después de las reformas de mayo de 2019, establece expresamente:

Artículo 48, quinto párrafo. - Los abogados, litigantes o representantes que promuevan acciones, excepciones, incidentes, diligencias, ofrecimiento de pruebas, recursos y, en general toda actuación en forma notoriamente improcedente, con la finalidad de prolongar, dilatar u obstaculizar la sustanciación o resolución de un juicio laboral, se le impondrá una multa de 100 a 1000 veces la Unidad de Medida y Actualización.

Artículo 48 Bis. - Para efectos del artículo 48 de esta Ley, de manera enunciativa se considerarán actuaciones notoriamente improcedentes las siguientes:

⁸ Plá Rodríguez Américo, *Los principios del derecho del trabajo*, 1975, pp. 389 y 390.

⁹ Pérez Botija Eugenio, *Curso de derecho del trabajo*, Madrid, Editorial Tecnos, 1948, p. 176.

¹⁰ Martínez y González, Arturo, "Revalorización de los principios del derecho del trabajo", *Revista Académica, Facultad de Derecho de la Universidad La Salle*, México, vol. XV, núm. 30, enero 2018, pp. 15 y 16, <http://repositorio.lasalle.mx/handle/lasalle/691>

I. Tratándose de las partes, abogados, litigantes, representantes o testigos:

- a) Ofrecer algún beneficio personal, dádiva o soborno a funcionarios del Centro Federal de Conciliación y Registro Laboral, Centros de Conciliación Locales o Tribunales; así como a terceros de un procedimiento laboral;
- b) Alterar un documento firmado por el trabajador con un fin distinto para incorporar la renuncia;
- c) Exigir la firma de papeles en blanco en la contratación o en cualquier momento de la relación laboral;
- d) Presentación de hechos notoriamente falsos en el juicio laboral, por cualquiera de las partes o sus representantes, sobre el salario, la jornada de trabajo o la antigüedad de la relación de trabajo;
- e) Negar el acceso a un establecimiento o centro de trabajo al actuario o notificador de la autoridad laboral, cuando éste solicite realizar una notificación o diligencia. Asimismo, negarse a recibir los documentos relativos a la notificación ordenada por la autoridad laboral cuando se trate del domicilio de la razón social o de la persona física o moral buscada. También se considera conducta infractora simular con cédulas fiscales o documentación oficial de otras razones sociales, aun cuando tengan el mismo domicilio, con objeto de evadir la citación al procedimiento de conciliación prejudicial, el emplazamiento a juicio o el desahogo de una prueba, y
- f) Demandar la titularidad de un contrato colectivo de trabajo sin tener trabajadores afiliados al sindicato que laboren en el centro de trabajo de cuyo contrato se reclame.

Los Servidores Públicos no quedan excluidos de ninguna manera de este principio, ya que, en su parte conducente, el artículo 48, párrafos sexto y séptimo; y 48 Bis, fracción II, establecen respectivamente:

Artículo 48.- Si la dilación es producto de omisiones o conductas irregulares de los servidores públicos, la sanción aplicable será la suspensión hasta por noventa días sin pago de salario y en caso de reincidencia la destitución del cargo, en los términos de las disposiciones aplicables. Además, en este último supuesto se dará vista al Ministerio Público para que investigue la posible comisión de delitos contra la administración de justicia.

A los servidores públicos del Centro Federal de Conciliación y Registro Laboral cuando retrasen, obstruyan o influyan en el procedimiento de registros sindicales y de contratos colectivos y de reglamentos interiores de

trabajo a favor o en contra de una de las partes, así como en el otorgamiento de la constancia de representatividad sin causa justificada se les impondrá una multa de 100 a 1000 veces la Unidad de Medida y Actualización. Por lo que se refiere a los servidores públicos de los Centros de Conciliación locales se le sancionará en los mismos términos, cuando en el desempeño de su función conciliatoria incurran en estas conductas.

Artículo 48 Bis Fracción II.- Tratándose de servidores públicos se considerarán actuaciones notoriamente improcedentes:

- a) Levantar razón de una notificación haciendo constar que se constituyó en el domicilio que se le ordenó realizar la notificación, sin haberse constituido en el mismo;
- b) Levantar razón de una notificación o cédula de emplazamiento sin que éstas se hayan realizado;
- c) Omitir efectuar una notificación dentro del plazo establecido por la Ley u ordenado por la autoridad laboral;
- d) Dilatar de manera deliberada la notificación de una audiencia de conciliación, el emplazamiento de un juicio laboral o cualquier notificación personal del procedimiento laboral, para beneficiar a alguna de las partes del procedimiento o para recibir un beneficio de alguna de las partes;
- e) Recibir una dádiva de alguna de las partes o tercero interesado;
- f) Retrasar deliberadamente la ejecución de sentencias y convenios que sean cosa juzgada;
- g) Admitir pruebas no relacionadas con la litis que dilaten el procedimiento;
- h) Retrasar un acuerdo o resolución más de ocho días de los plazos establecidos en la ley;
- i) Ocultar expedientes con el fin de retrasar el juicio o impedir la celebración de una audiencia o diligencia;
- j) Retrasar y obstruir la entrega de la constancia de representatividad sin causa justificada, y
- k) Negarse a recibir injustificadamente el trabajador de un organismo público o paraestatal una notificación de un Centro de Conciliación o un Tribunal, o bien obstaculizar su realización, en cuyo caso deberá darse vista al Órgano de Control Interno correspondiente, independientemente de las sanciones que se establecen en la presente Ley.

Se considera grave la conducta si la dilación es producto de omisiones o conductas irregulares de los servidores públicos; en estos casos, además de las sanciones que sean aplicables conforme a la Ley General de Responsabilidades Administrativas, se les impondrá a quienes resulten responsables una multa de 100 a 1000 veces la Unidad de Medida y Actualización, y se deberá dar vista al Ministerio Público por la posible comisión de delitos contra la administración de justicia.¹¹

Respecto al cambio de actitud, el ministro Arturo Zaldívar, en el artículo en comento, señala lo siguiente:

Pero el reto más importante es, sin duda, el de cumplir el papel decisivo que nos toca en recuperar la confianza de la sociedad en la justicia del trabajo. Tenemos por delante la tarea de contribuir a hacer efectivo el acceso a la justicia laboral, lo cual no solo es una demanda social inaplazable, sino pieza clave en el desarrollo del país.

Un régimen de relaciones laborales en el que se respeten los derechos de todos es fundamental para hacer realidad la justicia social que consagra nuestra Constitución, así como para brindar la seguridad jurídica y certeza en beneficio de trabajadores y empleadores.

Incluso, hay que recordar que el éxito en la implementación de la reforma es crucial para la entrada en vigor del T-MEC, el cual impone a las partes el deber de asegurar que los procedimientos ante los tribunales del trabajo sean justos, equitativos y transparentes; cumplan con el debido proceso legal; no impliquen costos o plazos irrazonables, y cualquier audiencia en estos procedimientos sea abierta al público, salvo cuando la administración de justicia requiera lo contrario.

Así, más allá de los retos de índole presupuestal, administrativo y organizacional, será fundamental instrumentar los procedimientos laborales a través de prácticas y criterios que permitan una tutela judicial efectiva de los derechos involucrados y que permitan avanzar en la dignificación del trabajo y en el desarrollo de los derechos sociales.

Una mejor justicia laboral —clara, transparente y predecible— que haga cumplir las leyes en beneficio de trabajadores y empresas es fundamental para la estabilidad económica y social. Existe una correlación entre los derechos humanos y la justicia social, que el Poder Judicial Federal está en posición de hacer cumplir para todos.¹²

¹¹ Nueva Ley Federal del Trabajo, *op. cit.*, pp. 44, 45 y 46.

¹² Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo, *op. cit.*

4. EL AVISO DE RESCISIÓN DE TRABAJO POR CAUSAS IMPUTABLES AL TRABAJADOR Y SIN RESPONSABILIDAD PATRONAL ¿RESULTA EFICAZ?

Un prestigiado maestro nos decía en clases: “Jóvenes, recuerden siempre que el exceso de protección nos puede llevar a una desprotección”.

Lo anterior resulta una verdad irrefutable en muchos casos de nuestro quehacer diario, y en cuanto a la reforma laboral, el legislativo quiso flexibilizar en favor de la patronal la obligación que esta tiene que hacer cuando despiden a un trabajador con causa justificada.

El artículo 47 in fine de la ley laboral antes de la reforma establecía textualmente: “La falta de aviso al trabajador personalmente o por conducto de la Junta, por sí sola determinará la separación no justificada y, en consecuencia, la nulidad del despido”.

Lo anterior significaba que, si al trabajador se le despedía de su trabajo, aún con causa justificada, misma que era probada en el juicio laboral, pero no podía acreditar que se le hubiere entregado el aviso de rescisión de su relación laboral, tanto al trabajador, como a la Junta, el despido era injustificado.

Con la reforma del 1º de mayo de 2019, se cambia totalmente el panorama, ya que dicha parte del artículo 47 fue reformada y determina: “La falta de aviso al trabajador personalmente o por conducto del Tribunal, por sí sola presumirá la separación no justificada salvo prueba en contrario que acredite que el despido fue justificado”.

Desde el punto de vista gramatical, presumir se traduce en juzgar o conjeturar una cosa por tener indicios o señales para ello.

Para nosotros, esta flexibilización de la parte in fine del artículo 47 de la Ley Laboral fue, a todas luces, negativa para el trabajador, ya que en la forma en que se redactó esta parte del artículo en comento hace nugatoria la entrega del aviso de despido. En efecto, la patronal puede despedir a un trabajador aduciendo alguna o algunas causas para ello, sin entregarle al trabajador el aviso de rescisión de su relación laboral, pero, si en juicio se demuestra fehacientemente que la separación del laborante fue justificada, habiendo ofrecido pruebas para acreditar lo anterior, no importará si el empleador hubiera o no entregado el aviso de despido correspondiente.

Por lo tanto, en la actualidad, el aviso de rescisión de la relación individual de trabajo, por causas imputables al trabajador y sin responsabilidad para el patrón, carece, desde nuestra óptica jurídica, de toda eficacia.

5. CONVENIO DE LA TERMINACIÓN DE LA RELACIÓN DE TRABAJO

El artículo 33 de la LFT señala:

Todo convenio o liquidación, para ser válido, deberá hacerse por escrito y contener una relación circunstanciada de los hechos que lo motiven y de los derechos comprendidos en él. Será ratificado ante los Centros de Conciliación o al Tribunal según corresponda, que lo aprobará siempre que no contenga renuncia de los derechos de los trabajadores. Cuando el convenio sea celebrado sin la intervención de las autoridades, será susceptible de ser reclamada la nulidad ante el Tribunal, solamente de aquello que contenga renuncia de los derechos de los trabajadores, conservando su validez el resto de las cláusulas convenidas.

Esta adición obedece al Criterio establecido por la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Contradicción de Tesis No. 94/2014. Tesis de jurisprudencia 167/2016 (10a.). Aprobada por la Segunda Sala de este Alto Tribunal, en sesión privada del 26 de octubre de 2016 y publicada el 20 de enero de 2017.

Convenio laboral sancionado por la Junta de Conciliación y Arbitraje. Es improcedente el planteamiento de nulidad formulado en su contra cuando el trabajador aduce renuncia de derechos (abandono de las jurisprudencias 2a./J. 105/2003, 2a./J. 162/2006, 2a./J. 195/2008 Y 2a./J. 1/2010).

El artículo 123, apartado A, fracción XXVII, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como el 5o. y 33 de la Ley Federal del Trabajo, establecen limitantes al contenido de los convenios en materia laboral, cuya vulneración entraña renuncia de derechos en perjuicio de los trabajadores. Asimismo, el segundo párrafo del último precepto citado prevé como requisitos de los convenios, liquidaciones y finiquitos, que: a) consten por escrito; b) contengan una relación circunstanciada de los hechos que los motiven y de los derechos que sean su objeto; c) se ratifiquen ante la Junta de Conciliación y Arbitraje respecti-

va; y, d) esta los apruebe cuando no contengan renuncia de los derechos de los trabajadores.

Por tanto, con la aprobación de la Junta, los hechos narrados en el convenio, los montos en él liquidados y su clausulado deben surtir efectos y, por ende, son vinculantes para las partes, por lo que no procede que con posterioridad el trabajador haga valer su nulidad aduciendo una renuncia de derechos, en relación con hechos y prestaciones que ya fueron materia de pronunciamiento por el tribunal laboral; de ahí que resulta improcedente la acción de nulidad de los convenios sancionados por la Junta, así como la revisión posterior de hechos o prestaciones materia de dicho pronunciamiento; lo que lleva a esta Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación a abandonar las tesis de jurisprudencia aludidas, en la medida en que consideran procedente la acción de nulidad de un convenio aprobado por la Junta de Conciliación y Arbitraje.

Ahora bien, la improcedencia de la acción de nulidad respecto de convenios aprobados por la Junta no excluye que pueda plantearse la invalidez de los que no han sido aprobados por la autoridad judicial, ni excluye que esta, o los tribunales de amparo, deban aplicar las normas generales de protección a favor de los trabajadores, cuando las cláusulas dispongan condiciones inferiores a aquellas y, por tanto, deban tenerse por no puestas para regir la relación de trabajo o las prestaciones derivadas o relacionados con esta.

Por otra parte, en días pasados leímos un artículo que afirmaba que el Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI) dio a conocer un informe que sostenía que, en el año 2018, a nivel local, se reportaron 575,786 convenios de trabajo fuera de juicio, es decir, actuaciones con las que se evitaron litigios (8% más respecto de las demandas documentadas en el año 2017).

Lo anterior nos da una visión clara de que las partes prefieren conciliar sus diferencias que enfrentarse en un juicio ante los Tribunales; es por ello que estos deberán dar todo tipo de facilidades para que los convenios se lleven a cabo y sean ratificados. Sin embargo, en el caso de la JLCA de la Ciudad de México, parece todo lo contrario, ya que se debe hacer cita por la vía telefónica o por Internet, y por falta de personal fijan la cita en dos semanas aproximadamente, tiempo suficiente para que las partes depongan su actitud conciliadora.

Por otra parte, en la Reforma Laboral de mayo de 2019 se vuelve a omitir la renuncia como causa de terminación de la relación de trabajo, misma que debió haberse incluido en el artículo 53 de la Ley de la materia.

Como podrá observarse, a pesar de estar muy parchada y remendada nuestra ley de 1970, sigue sin establecer “la renuncia” de un trabajador como una causa de terminación de la relación individual de trabajo, pues tratan de equiparar esta figura con el mutuo consentimiento de las partes.

Nada más alejando de la realidad, pues es de explorado derecho, en el sentido de que una renuncia para ser válida no requiere de la aceptación por parte del patrón, ni de la ratificación ante la autoridad laboral, ya que se trata de un acto unilateral de voluntad del trabajador de dar por terminada la relación laboral que le unía con su empleador.

6. DESCUENTOS SINDICALES

El artículo 110 de la Ley Federal del Trabajo, conservó íntegramente su redacción, solamente se adicionó un párrafo a la fracción VI, en cuanto a los descuentos por concepto de pago de cuotas sindicales ordinarias previstas en los estatutos de los sindicatos. Dicha adición establece lo siguiente: “El trabajador podrá manifestar por escrito su voluntad de que no se le aplique la cuota sindical, en cuyo caso el patrón no podrá descontarla”.

La anterior disposición ha sido materia de discusión en diferentes foros, pues la mayoría de los sindicatos se mantienen y realizan sus funciones, precisamente, mediante el pago de las cuotas sindicales.

Somos de la opinión que, en todo caso, puede darse esta adición al artículo 110 de la Ley Federal del Trabajo en aquellas empresas cuyo sindicato titular del contrato colectivo de trabajo o de las condiciones generales, según sea el caso, reciba o ejerza recursos públicos, de acuerdo con el artículo 6º Constitucional.

En la actualidad se han promovido cientos de amparos por parte de los sindicatos, ya que consideran que las cuotas sindicales, de acuerdo a sus estatutos, son obligatorias para los socios o miembros de los mismos, independientemente de que ni el Gobierno, ni el patrón, pueden tener in-

jerencia en la vida interna sindical, y en el caso que nos ocupa consideran que se viola el artículo 371, fracciones XI y XII, de la LFT, que establece:

Los estatutos de los sindicatos contendrán:

XI. Normas para la administración, adquisición y disposición de los bienes, patrimonio del sindicato.

XII. Forma de pago y monto de las cuotas sindicales.

7. TRABAJO DE LAS TRIPULACIONES AERONÁUTICAS

En la Reforma Laboral de mayo de 2019, en forma para nosotros inexplicable, se adicionó un artículo que habla de la pluralidad de sindicatos en una fuente de trabajo; en este caso, en una compañía de aviación. Y decimos “inexplicable”, ya que, en nuestra LFT, existe el artículo 388 que se refiere exactamente a lo mismo, a la concurrencia de sindicatos gremiales, independientemente del sindicato de empresa o de industria.

8. CARGA PROBATORIA EN EL PROCESO LABORAL

Hace unos momentos estuvimos hablando del aviso de rescisión de la relación laboral sin responsabilidad para el patrón y por causas imputables al trabajador; sin embargo, en cuanto a la carga probatoria no mencionamos, y creo que tenemos tiempo para ello, aunque sea brevemente, a la reforma y las adiciones que se hicieron a Ley Federal del Trabajo de 2019, en su artículo 784, fracc. VI:

- a) Le corresponde al patrón probar que entregó por escrito al trabajador o al Tribunal la fecha y la causa del despido.
- b) Se dispone que la negativa lisa y llana del despido no revierte la carga de la prueba, y.
- c) Asimismo, la negativa del despido y el ofrecimiento del empleo hecho al trabajador no exime al patrón de probar su dicho.

Lo anterior ha convulsionado al sector patronal, ya que, en el último de los supuestos señalados, la gran mayoría de las contestaciones se hacían y se siguen haciendo a ese tenor; por lo que se ha hecho un uso abu-

sivo de este tipo de contestación a efecto de revertir la carga probatoria; es decir en la mayoría de los casos no existía ni existe la intención de que la relación laboral entre actor y patrón continúe.

Volvemos a señalar la máxima de que “el exceso de protección nos puede llevar a una desprotección”, en el caso que nos ocupa; muchos de los abogados de empresas, ante la imposibilidad de probar un hecho negativo, han llegado a la determinación de no ofrecer el trabajo, y para tal efecto señalan algunos extremos alejados de la realidad, como pueden ser: el desubicar a la persona a la que se imputa el despido; seguirle pagando al trabajador, sin darlo de baja en el IMSS, argumentando en el juicio que el despido no existió, ya que el trabajador siguió prestando sus servicios, etcétera. Nos preguntamos ¿Dónde quedó el principio de buena fe en el litigio?

9. ALGUNOS DESAFÍOS EN MATERIA COLECTIVA EN RELACIÓN CON LA REFORMA LABORAL DE MAYO 2019

El maestro Néstor de Buen Lozano, en cuanto al tema que nos ocupa, manifestó en su obra *Organización y funcionamiento de los sindicatos* que: “A mayor libertad sindical, menor reglamentación. A menor libertad sindical mayor reglamentación”.¹³

En cuanto al registro sindical, se hace notar que el artículo 357 de la Ley Federal del Trabajo, antes de la reforma de mayo de 2019, establecía textualmente: “Los trabajadores y los patrones tienen el derecho de constituir sindicatos, sin necesidad de autorización previa.”

Baltasar Cavazos Flores manifiesta que dicho artículo es demagógico, pues en la práctica sí se requiere de autorización previa para su funcionamiento, en virtud de que para que cuente con personal jurídico requiere forzosamente el registro de la autoridad laboral.¹⁴

En efecto, por lo que respecta al artículo 2 del Convenio 87 de la Organización Internacional del Trabajo, que establece que “los trabajadores y

¹³ De Buen Lozano, Néstor, *Derecho del trabajo*, t. II, México, Porrúa, 2001, p. 147.

¹⁴ Cavazos Flores, Baltasar, *El nuevo derecho del trabajo mexicano*, México, Editorial Trillas, 1997, p. 427.

los empleadores, sin ninguna distinción y sin autorización previa, tienen el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como el de afiliarse a estas organizaciones, con la sola condición de observar los estatutos de las mismas”, este resulta ser letra muerta; pues, si bien el artículo 87 de la Ley Federal del Trabajo con anterioridad y con posterioridad a las reformas del 1º de mayo de 2019, establece: que los trabajadores y los patrones tienen derecho de constituir la organizaciones que estimen convenientes sin ninguna distinción y actos que impliquen injerencia patronal y/o gubernamental.

Sin embargo, de acuerdo al Capítulo Primero del Título Séptimo de la Ley Laboral vigente se requiere, para que los sindicatos cuenten con personalidad jurídica, de su registro ante la Secretaría del Trabajo y Previsión Social y/o ante las Juntas Locales de Conciliación y Arbitraje, y cuando entre en funcionamiento el Centro Federal de Conciliación y Registro Laboral ante el mismo, el que por disposición legal del Artículo Tercero Transitorio de la Ley Laboral reformada establece que el plazo de inicio será máximo de dos años a partir de la entrada en vigor de la reforma legal de mayo de 2019.

Lo anterior se corrobora en forma fehaciente en el artículo 357 de la Ley de la materia, mismo que por su importancia nos permitimos transcribir:

Artículo 357.- Los trabajadores y los patrones, sin ninguna distinción y sin autorización previa, tienen el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como el de afiliarse a éstas, con la sola condición de observar los estatutos de las mismas.

Las organizaciones de trabajadores y de patrones deberán gozar de adecuada protección contra todo acto de injerencia de unas respecto de las otras, ya se realice directamente o por medio de sus representantes en su constitución, funcionamiento o administración.

Se consideran actos de injerencia las acciones o medidas tendientes a fomentar la constitución de organizaciones de trabajadores dominadas por un patrón o una organización de patrones, o a apoyar de cualquier forma a organizaciones de trabajadores con objeto de colocarlas bajo su control. Las prestaciones pactadas en la contratación colectiva no serán consideradas como actos de injerencia.

Cualquier injerencia indebida será sancionada en los términos que disponga la Ley.

Se han presentado múltiples demandas de amparo en contra de las reformas, y en particular en contra del Artículo Transitorio Décimo Primero, que se refiere a la legitimación de los contratos colectivos de trabajo; así como del Vigésimo Tercero, que se refiere a la adecuación de los estatutos sindicales, ya que considera lo anterior como actos de injerencia, lo cual resulta cuestionable.

10. LA LIBERTAD SINDICAL

Se dice que el concepto de libertad sindical no puede ser uno solo, sino que envuelve muchos factores, tanto individuales como colectivos; sin embargo, en nuestro país se entiende como el derecho que tienen los trabajadores, frente al Estado, frente a los patrones y frente a los sindicatos.¹⁵

De la Cueva expresa que “la conquista de la libertad sindical fue reconocida de un derecho social y no una concesión del Estado”.¹⁶ Si bien es cierto que la libertad sindical reafirmó el derecho de los hombres a asociarse, también lo es que impuso un triple deber:

Un deber del Estado de dos facetas, no estorbar la libre sindicación y no obstruir la lucha del trabajo como el capital; un deber positivo al capital, consignado magníficamente en el artículo 387 de la Ley: “el patrono que emplee a trabajadores miembros de un sindicato tendrá la obligación de celebrar con éste, cuando lo solicite, un contrato colectivo; y un deber positivo del Estado: obligar a los empresarios a la celebración de dicho contrato.”¹⁷

También señala que existen diferencias entre la libertad general de asociación referida a todos los fines humanos, políticos, culturales, deportivos, etcétera, y la libertad sindical que se ocupa de una libertad concreta, el estudio, defensa y mejoramiento de las condiciones de trabajo. La libertad general de asociación es un derecho que se concede contra el

¹⁵ cfr. De la Cueva, Mario, *Derecho Mexicano del Trabajo*, t. II, México, Editorial Porrúa, 1967, p. 201.

¹⁶ *Ibidem*, p. 257

¹⁷ *Ibidem*, pp. 241 y 242.

poder público; en cambio, la libertad sindical es un derecho de una clase social frente a otra.

Néstor de Buen opina que es “un derecho clasista, colectivo, destinado solamente a una categoría de sujetos, de relevancia social.”¹⁸

Euquerio Guerrero considera que esta se traduce en dos cuestiones: “dejar al trabajador en la posibilidad de formar parte de un sindicato o no y respetar el derecho que tiene para separarse de él cuando así le convenga.”¹⁹

Santos Azuela la considera como “el pivote y piedra angular (*omissis*) la garantía clave de los sindicatos para su actividad y cumplir su cometido”.²⁰

Sin embargo, el exceso de reglamentación ha menguado la vida de los sindicatos en detrimento de “la efectiva y perdurable *libertad sindical* interna y externa”.²¹

Para Charis Gómez, la idea de *libertad sindical* permanece como la “aspiración de los trabajadores y de los sindicatos nacionales e internacionales”²².

Nuestra legislación del trabajo adoptó el Convenio Internacional número 87, sobre la *libertad sindical*, el cual entró en vigor el 4 de julio de 1950, y su espíritu, en teoría, ha persistido en el texto legal de la Ley Federal del Trabajo, en los artículos 358 y 359, que se fundamentan en la fracción XVI del apartado A del artículo 123, la cual establece: “Tanto los obreros como los empresarios tendrán derecho para coaligarse en defensa de sus respectivos intereses, formando sindicatos, asociaciones profesionales, etcétera.”²³

¹⁸ De Buen, Néstor, *op. cit.*, p. 537.

¹⁹ Guerrero, Euquerio, *Manual de derecho del trabajo*, México, Porrúa, 20ª Edición, 1994, p. 282.

²⁰ Santos Azuela, Héctor, *Derecho colectivo del trabajo*, México, Porrúa, 2ª Edición, 1997, p. 97.

²¹ *Ibidem*, p. 102.

²² Charis, Roberto, *Derecho internacional del trabajo*, México, Porrúa, 1994, p. 135.

²³ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Publicada en el DOF del 5 de febrero de 1917. Última reforma del 9 de agosto de 2019.

Al respecto, el Artículo 395 de la Ley Federal del Trabajo vigente, después de las reformas de mayo de 2019, establece:

Artículo 395.- En el contrato colectivo, podrá establecerse que el patrón admitirá exclusivamente como trabajadores a quienes sean miembros del sindicato contratante. Esta cláusula y cualesquiera otras que establezcan privilegios en su favor, no podrán aplicarse en perjuicio de los trabajadores que no formen parte del sindicato y que ya presten sus servicios en la empresa o establecimiento con anterioridad a la fecha en que el sindicato solicite la celebración o revisión del contrato colectivo y la inclusión en él de la cláusula de exclusión. La sanción sindical impuesta al trabajador no podrá afectar su permanencia en el empleo o sus condiciones de trabajo.

Esta medida es contraria al espíritu del constituyente, y, sobre todo, da al traste con el principio de la libertad sindical, habida cuenta que atenta gravemente en contra de la garantía social del derecho de asociación profesional; ya que, un trabajador, deberá firmar su afiliación a un sindicato determinado, requisito indispensable para poder ingresar a la fuente de trabajo, lo cual es incorrecto a todas luces.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, en un problema de trabajadores del Ingenio el Potrero, resolvió en una tesis que las cláusulas de exclusión a que se refieren los artículos 395 y 413 de la Ley Federal del Trabajo, violan flagrantemente el derecho de asociación profesional consagrado como una garantía social en nuestra Constitución.

A pesar de lo anterior, la cláusula de exclusión por ingreso, (mal llamada así por la doctrina), resulta ser una cláusula de fuerza sindical, y es por ello que, a pesar de ir en contra de la Constitución, los sindicatos han defendido su permanencia en la Ley Federal del Trabajo.

11. TRANSPARENCIA SINDICAL

Para nosotros, la transparencia sindical es la conducta que realizan los sindicatos a través de la claridad en la realización de sus actos, ya sean ante sus agremiados o ante la sociedad y autoridades, generando confianza entre ellos.²⁴

²⁴ Martínez, Arturo, *Transparencia Sindical*, Ponencia presentada en el Instituto de Posgrado en Derecho, julio 2019, p. 1.

Para el Lic. Arturo Alcalde Justiniani, la transparencia sindical es un paso para la democratización en el mundo sindical.²⁵

Es importante señalar que pueden existir fracturas de carácter jurídico entre la transparencia sindical y la protección de datos personales de los trabajadores. Esta protección es el amparo debido a los trabajadores contra la posible utilización por terceros (sindicatos, autoridades y empleadores) en forma no autorizada, de sus datos personales susceptibles de tratamiento, para de esta forma confeccionar una información con la que se afecte o pueda afectar su entorno personal social o profesional en los límites de su intimidad.

La obligación impuesta a los sindicatos de publicar el padrón de socios podría considerarse como un atentado a los datos personales de los trabajadores, como es el nombre, domicilio, salario, CURP, entre otros, por lo que será responsabilidad de las autoridades realizar ejercicios de ponderación adecuados para coexistir ambos derechos o determinar cuál deba prevalecer sobre el otro.²⁶

Diferente trato es, de acuerdo con el artículo 6º de nuestra Constitución, la información en posesión de sindicatos que reciban y ejerzan recursos públicos, ya que la misma información se considera pública.

12. DEMOCRACIA SINDICAL

Por primera ocasión en la historia del sindicalismo mexicano, se toma en cuenta la opinión de los trabajadores a los que afecta un contrato colectivo de trabajo para que determinen todas las actuaciones de carácter colectivo, a través de asambleas en la que opinen los trabajadores mediante el voto, libre, personal, secreto y directo de los mismos, en asambleas en las que no exista injerencia patronal o gubernamental.

Se establece la constancia de representatividad como elemento necesario para ejercer acciones de carácter colectivo por parte de los sindicatos, las que serán expedidas por el Centro Federal de Conciliación y Registro Laboral, mismas que tendrán una duración de seis meses, espe-

²⁵ Alcalde Justiniani, Arturo, *Democracia Sindical*, Diario La Jornada, 2012.

²⁶ Martínez, Arturo, *Transparencia Sindical*, op. cit., p. 4.

rando que no sea motivo de mercadeo y corrupción, ya que, siendo un documento indispensable para la vida sindical, puede suceder desafortunadamente.

13. HUELGA

Para la firma de un contrato colectivo se requerirá se anexe la constancia de representatividad, y se establece por primera vez en materia de arbitraje obligatorio que el patrón pueda solicitar la imputabilidad de la huelga si esta se extiende por más de sesenta días. En materia burocrática, la huelga sigue siendo una quimera y un sueño de los trabajadores que en materia colectiva son considerados como trabajadores de segunda o tercera.

14. A MODO DE CONCLUSIÓN

Definitivamente la Reforma Laboral de mayo de 2019 representa un gran desafío y reto para su implementación. Felicitación a quienes, con base en su esfuerzo y dedicación, lograron la misma; la cual es perfectible, ya que presenta en ocasiones mala redacción, así como varias imperfecciones. Formulamos votos porque ya no existan más parches y remiendos a la Ley Federal del Trabajo de 1970, pues de ser así, entraremos en un problema serio de interpretación, no quedando más alternativa que la abrogación de la misma

Ojalá que a los trabajadores al servicio del Estado se les haga justicia en cuanto a sus derechos colectivos y se les otorgue el derecho de huelga, pero que esta sea viable, no un sueño.

15. BIBLIOHEMEROGRAFÍA

Bibliografía

Cavazos Flores, Baltasar, *El nuevo Derecho del Trabajo Mexicano*, México, Editorial Trillas, 1997.

Charis, Roberto, *Derecho Internacional del Trabajo*, México, Porrúa, 1994.

De Buen Lozano, Néstor, *Derecho del Trabajo*, t. II, México, Porrúa, 2001, p. 147.

De la cueva, Mario, *Derecho Mexicano del Trabajo*, t. II, México, Editorial Porrúa, 1967.

Guerrero, Euquerio, *Manual de derecho del trabajo*, México, Porrúa, 20ª Edición, 1994.

Pérez Botija Eugenio, *Curso de Derecho del Trabajo*, Madrid, Editorial Tecnos, 1948.

Plá Rodríguez, Américo, “Los Principios del Derecho del Trabajo”, 1975.

Santos Azuela, Héctor, *Derecho colectivo del trabajo*, México, Porrúa, 2ª Edición, 1997.

Hemerografía

Martínez y González, Arturo, “Revalorización de los principios del derecho del trabajo”, *Revista Académica, Facultad de Derecho de la Universidad La Salle*, México, vol. XV, núm. 30, enero 2018, pp. 15 y 16, <http://repositorio.lasalle.mx/handle/lasalle/691>

Documentos publicados en Internet

Concepto de capacitación, <https://conceptodefinicion.de/capacitacion/>

Legislación

Congreso de la Unión, *Nueva Ley Federal del Trabajo*, México, Gallardo Ediciones, 2019.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Publicada en el DOF del 5 de febrero de 1917. Última reforma del 9 de agosto de 2019.

Otros documentos

Alcalde Justiniani, Arturo, *Democracia Sindical*, Diario La Jornada, 2012.

Martínez y González, Arturo, *La negociación Colectiva*, Ponencia presentada en el Diplomado de la Junta Local de Conciliación y Arbitraje de la Ciudad de México, septiembre 2009.

Martínez y González, Arturo, *Transparencia Sindical*, Ponencia presentada en el Instituto de Posgrado en Derecho, julio 2019.

Juárez, Blanca, *Implementación de reforma laboral contaría con 500 mdp*, Diario El Economista, México, 10 septiembre de 2019.

Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo, *Los retos de la justicia laboral*, Periódico Milenio, México, 3 de septiembre de 2019.

TENDENCIAS DE LAS REFORMAS LABORALES EN CHILE 2016

Trends in Labor Reform in Chile, 2016

Recepción: 05/08/2019

Aceptado para su publicación: 19/09/2019

NELSON LOBOS ZAMORANO*

RESUMEN: El presente trabajo contiene una exposición que describe las reformas llevadas a cabo en Derecho Colectivo del Trabajo en Chile el año 2016, particularmente en materia de negociación colectiva, la situación existente a la época y una mirada a los efectos esperados y producidos con su aplicación. Dentro del análisis, se establecen las bases de la libertad sindical, así como la conceptualización y requisitos que algunos juristas han propuesto. Después, se estudia el contexto social y jurídico de Chile en torno al derecho de los trabajadores de asociarse, contrastando la realidad de los trámites y la aplicación del Derecho con la expectativa que se tiene respecto de la libertad sindical. Por último, se exponen las conclusiones respecto de la libertad sindical.

PALABRAS CLAVE: Negociación colectiva, reforma laboral, huelga, Derecho del Trabajo.

ABSTRACT: The present work describes the reforms enacted in the Collective Labor Law in Chile in 2016 (particularly in the area of collective negotiations), the current situation and the expectations and the effects derived from their application. This analysis establishes the bases for the freedom of union enrollment, as well as the conceptualization and requirements that some jurists have proposed. Subsequently, the Chilean social and legal contexts regarding the workers' right of association is studied by outlining a contrast between the reality of the procedures and the

* Egresado del Liceo Luis Cruz Martínez de Curicó, Abogado y Licenciado en Ciencias Jurídicas, Magister en Derecho laboral, Magister en Derecho público, Diplomado en Derecho del trabajo y seguridad social por varias universidades chilenas. Miembro de: Colegio de Abogados de Chile, Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, Instituto Latinoamericano de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, Asociación Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social "Guillermo Cabanellas" y Miembro Honorario de la Asociación de Abogados Laboralistas de Paraguay. Expositor en Congresos y Seminarios internacionales de Derecho laboral. Articulista en temas de Derecho laboral.- Ha ejercido docencia en temas de Derecho laboral y administrativo.

application of the Law, with an emphasis on the expectations in regard to the freedom of association. Finally, the conclusions related to the freedom of association are presented.

KEYWORDS: Collective negotiations, labor reform, strike, labor law.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. ALGO SOBRE LA LIBERTAD SINDICAL Y SU INSERCIÓN EN EL ORDENAMIENTO. 3. LA LIBERTAD SINDICAL EN CHILE. 4. TRAMITACIÓN Y EXPECTATIVAS. 5. LAS MODIFICACIONES QUE NOS CORRESPONDE REVISAR. 6. CONCLUSIONES. 7. BIBLIOHEMEROGRAFÍA.

ALGUNAS PALABRAS PREVIAS PARA EL MAESTRO ÓSCAR ERMIDA URIARTE

Quiero comenzar este escrito, dedicando algunas palabras al maestro uruguayo Dr. Oscar Ermida Uriarte, que en realidad era un ciudadano del mundo, con su brillante desempeño académico, en la Universidad de la República, desde donde irradiaba su saber, junto a maestros de la categoría de los Dres. Américo Plá y Héctor Hugo Barbagelata, por nombrar solo algunos de los integrantes de una generación de oro del Derecho Laboral en la hermana República del Uruguay. Allí nació y continúa el conocido Grupo de Los Miércoles, que él también integraba para profundizar el Derecho Laboral, a la luz de la realidad económica y social, siendo dueño de una mente preclara y un corazón generoso que lo condujo a compartir su pasión y su saber, a través de la OIT, y en sus visitas académicas que lo llevaron también a impartir clases en Chile, donde tuve el privilegio de conocerlo, mientras yo cursaba el primer Magíster de Derecho Laboral que se dictaba desde mucho tiempo.

Sin embargo, la vida quiso que demasiado temprano se marchase y nos dejase su legado imperecedero, el 07 de junio de 2011, dejando una huella y un ejemplo que he querido destacar ahora, cuando se prepara un homenaje con motivo del cumplirse, el próximo 24 de noviembre, el septuagésimo aniversario de su natalicio, por numerosos ius laboristas del orbe, encabezados por su hijo Martín, académico de la misma universidad y que se ha abocado a la tarea de actualizar varios de sus conocidos libros.

Gracias Maestro por su ejemplo
de vocación humanista.

1. INTRODUCCIÓN

Nos ha correspondido abordar el tema denominado “Tendencias de las reformas laborales en: México 2019, Brasil 2017 y Chile 2016. Similitudes y diferencias relacionadas con la negociación colectiva. Elementos comunes.”

Es por ello que hemos resuelto centrar nuestro trabajo en la negociación colectiva y solo en los aspectos de ella que nos parece más relevante mencionar, de cara al sentido del Congreso y panel en que nos corresponderá compartir la temática con colegas de Brasil y México, los anfitriones, donde todos aportaremos nuestras respectivas experiencias, propósito al cual conspiraría un análisis de detalle.

2. ALGO SOBRE LA LIBERTAD SINDICAL Y SU INSERCIÓN EN EL ORDENAMIENTO

La negociación colectiva forma parte del ejercicio, es la puesta en movimiento de la libertad sindical y no debe entenderse como un derecho separado, sino como una diversa dimensión de ella; consideración importante para determinar su naturaleza jurídica, lo que hace necesario abordar su sentido y alcance, aunque sea someramente.

Para el profesor Oscar Ermida:

Está universalmente admitido que no es posible el desarrollo de la libertad sindical sin la preexistencia efectiva de los demás derechos humanos y que tampoco es posible el completo ejercicio de éstos, sin la vigencia de aquélla. En otras palabras, la libertad sindical no es posible sin el ejercicio de otros derechos humanos, y viceversa. El derecho a la libertad sindical depende de los demás derechos fundamentales, porque es prácticamente imposible constituir un sindicato libre y desarrollar una actividad sindical auténtica, si no se pueden ejercer derechos tales como, por ejemplo: el de reunión, el de libre expresión del pensamiento, etc. El Comité de Libertad Sindical se ha pronunciado claramente e in extenso al respecto, en muy numerosas decisiones, sosteniendo que “un movimiento sindical realmente libre e independiente sólo puede desarrollarse dentro de un régimen que garantice los derechos fundamentales”, que “el derecho de los sindicatos a celebrar reuniones en sus locales, sin autorización previa y sin control de las autoridades, constituye un elemento fundamental de la libertad

sindical”, que “el derecho de expresar opiniones por medio de la prensa o en otra forma es uno de los elementos esenciales de los derechos sindicales”, que “la organización de manifestaciones públicas es un elemento importante de las actividades de las organizaciones de trabajadores.”¹

Resulta claro, pues, que la libertad sindical “no es autosuficiente”, en el sentido de que necesita, para existir, de otras libertades civiles y políticas. Las libertades civiles son la base necesaria de la libertad sindical, por lo cual ésta no se puede realizar sin el respeto de la generalidad de los derechos humanos. Pero si es cierto que la libertad sindical depende de los derechos individuales, no es menos cierto que, al mismo tiempo, los condiciona. Los derechos individuales dependen de la libertad sindical, a tal punto que el Director General de la OIT ha podido decir que “no hay libertad sin sindicatos libres”, porque “sin libertad sindical, la libertad del individuo está a merced de fuerzas tan poderosas que éste difícilmente puede influirlas y, menos aún, doblegarlas”. En efecto, por lo menos para los trabajadores, el poder nuclearse en y actuar a través de organizaciones representativas es indispensable para poder acceder al goce de derechos que, de otro modo, les serían, si no inaccesibles, por lo menos difícilmente alcanzables. “Bajo las actuales condiciones, vigentes los actuales sistemas de organización social y económica, resulta indispensable el reconocimiento y la adecuada protección del derecho a la libertad sindical, para que el individuo pueda aspirar a vivir conforme a su condición humana.”²

El Profesor Sergio Gamonal, por su parte, ha señalado que: “desde una perspectiva jurídica la libertad sindical más que una libertad es un derecho. Este derecho comprende la facultad de constituir sindicatos, así como la promoción de la “actividad sindical”, a fin de hacer una efectiva defensa de los intereses representados por la organización.”³

Los profesores Caamaño y Ugarte sostienen que *La libertad sindical se puede definir como*: “el derecho que asiste a los trabajadores para constituir organizaciones, afiliarse o desafiliarse a ellas, a darse su propia normativa sin intervención de terceros y, especialmente, el derecho al ejercicio de la libertad sindical por medio de aquellas acciones tendientes a

¹ Ermida U., Oscar, *Sindicatos en libertad sindical*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2ª Edición, 1999, p. 24.

² *Ibidem*, p. 26

³ Gamonal C., Sergio, *Derecho Colectivo del Trabajo*, Chile, 2007, p. 56.

la defensa y promoción de los intereses que le son propios, en particular, la negociación colectiva y el derecho a huelga.”⁴

3. LA LIBERTAD SINDICAL EN CHILE

La libertad sindical se encuentra garantizada por los números 16 y 19 del artículo 19 de la Constitución Política, disposiciones que aseguran el derecho a negociar colectivamente y a sindicalizarse, respectivamente, como se verá.

Consecuente con los tratados suscritos por Chile y la tradición normativa, los incisos cuarto y quinto del número 16 del artículo 19 de su Constitución Política, otorgan rango constitucional al derecho a negociar colectivamente y establecen las bases sobre las que deben discurrir las leyes que la reglamentan, expresándolo de la siguiente forma:

La negociación colectiva con la empresa en que laboren es un derecho de los trabajadores, salvo los casos en que la ley expresamente no permita negociar. La ley establecerá las modalidades de la negociación colectiva y los procedimientos adecuados para lograr en ella una solución justa y pacífica. La ley señalará los casos en que la negociación colectiva deba someterse a arbitraje obligatorio, el que corresponderá a tribunales especiales de expertos cuya organización y atribuciones se establecerán en ella.

No podrán declararse en huelga los funcionarios del Estado ni de las municipalidades. Tampoco podrán hacerlo las personas que trabajen en corporaciones o empresas, cualquiera que sea su naturaleza, finalidad o función, que atiendan servicios de utilidad pública o cuya paralización cause grave daño a la salud, a la economía del país, al abastecimiento de la población o a la seguridad nacional. La ley establecerá los procedimientos para determinar las corporaciones o empresas cuyos trabajadores estarán sometidos a la prohibición que establece este inciso.⁵

Y el inciso segundo del artículo 5º de la Constitución Política ratifica lo dicho respecto de los tratados internacionales, por cuanto establece que “El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a

⁴ Caamañó R., Eduardo y Ugarte C., José L., *Negociación Colectiva y Libertad Sindical. Un Enfoque Crítico*, Editorial Legal Publishing, 2008, p. 14-15.

⁵ Artículo 19, núm. 16 de la Constitución Política de la República de Chile.

los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.”

De ahí emana, también, para Chile la fuerza de los Convenios 87 y 98 de la OIT, que aportan fundamentales directrices en esta materia.

Es dentro de ese marco que se ha establecido el procedimiento de negociación colectiva y que discurren las reformas que nos corresponderá referir.

Allí están sentadas las bases sobre las cuales descansa el andamiaje procedimental reglado, expresión concreta de la libertad sindical en Chile.

4. TRAMITACIÓN Y EXPECTATIVAS

a) Mensaje presidencial al proyecto de ley (en extracto). ⁶

– Diagnóstico que lo fundamenta.

El 29 de diciembre de 2014, la entonces presidenta de Chile, Michelle Bachelet Jeria, envió al Congreso Nacional el proyecto de ley que “Moderniza el sistema de relaciones laborales, introduciendo reformas al Código del Trabajo”, en cuyo mensaje se indican las razones que lo motivan y los objetivos que se proponía.

Así, señaló tres antecedentes que le parecen fundamentales:

– La existencia de una baja cobertura de negociación colectiva, la cual en el año 2013 habría alcanzado solo al 8.1% de los asalariados del sector privado bajo la modalidad reglada, y un 2% bajo la modalidad no reglada.

– Las observaciones de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

Las observaciones más recientes dicen, en relación con las formuladas por la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomen-

⁶ Para la debida pormenorización de los antecedentes relacionados con el Mensaje Presidencial y la Historia de la ley en general puede visitarse el sitio <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/5389/>

daciones (CEACR), relativas a los Convenios Núms. 87 y 98, que pueden sintetizarse en las siguientes:

- Legislación que limita el derecho a la negociación colectiva.

Se refiere, entre otras, a los artículos 305 y 82 del Código del Trabajo, en cuanto excluyen de la negociación colectiva a los trabajadores afectos a contrato de aprendizaje o contratados para una obra o faena transitoria o de temporada; al artículo 1º del Código del Trabajo que, por vía de exclusión en la aplicación de sus normas, impide el ejercicio de los derechos de negociación colectiva.

- Legislación que limita el ejercicio de los derechos de libertad sindical en lo relativo a los sindicatos y a la negociación colectiva.

- Legislación que limita el ejercicio del derecho de huelga.

Se refiere a los artículos 372 y 373 del Código del Trabajo, que disponen que la huelga debe acordarse por la mayoría absoluta de los trabajadores de la respectiva empresa involucrados en la negociación; al artículo 374 del mismo Código, que dispone que si no se hace efectiva dentro del tercer día la votación de huelga, se entiende aceptada la última oferta del empleador; al artículo 379 de ese cuerpo legal, que dispone la votación de censura de la comisión negociadora de los trabajadores; al artículo 381, que contempla la posibilidad de reemplazo de trabajadores bajo ciertas condiciones que debe contener la última oferta del empleador; y al artículo 384 del Código, que prohíbe la huelga en las actividades e instituciones que indica.⁷

- Contenido del Proyecto⁸

- Ampliación de la cobertura de la negociación colectiva a trabajadores que hoy están excluidos de ejercer este derecho.

La iniciativa propone eliminar parte de las prohibiciones y exclusiones que han sido objetadas por parte de los órganos de control de la OIT. Particularmente las del artículo 305 del Código del Trabajo.

- a) Trabajadores sujetos a contrato de aprendizaje.

⁷ *Idem.*

⁸ También optamos por desarrollarlo en extracto.

b) Organizaciones que afilien a trabajadores contratados exclusivamente para trabajar en una obra o faena transitoria.

c) Trabajadores que tienen prohibición de negociar colectivamente y que se encuentran contemplados en los números 2), 3) y 4) del artículo 305 del Código del Trabajo.

Se mantendrá una exclusión general respecto del personal de confianza, que solo afectará a aquellos trabajadores que tengan facultades expresas de representación y administración de la empresa.

– Titularidad sindical

a) Normas generales:

Se reconocerá al sindicato como sujeto principal de la negociación colectiva, en representación de sus afiliados.

La negociación colectiva del sindicato se sujetará a las normas de la negociación colectiva reglada. También podrá, en cualquier momento, ser parte de procesos de negociación directa con el empleador; esto es, titularidad sindical para la negociación colectiva no reglada.

Dando plenas garantías al principio de libertad sindical, cada sindicato negociará colectivamente en representación de sus afiliados.

La organización sindical que negoció el instrumento colectivo no podrá impedir o restringir arbitrariamente la afiliación de trabajadores a otro sindicato.

Las partes dispondrán de la facultad de extender los beneficios de un instrumento negociado a trabajadores sin afiliación sindical, en la medida que cuente con el acuerdo del trabajador al que se le extiende. En este caso, la extensión se regirá por los términos del acuerdo.

En caso de no lograrse este acuerdo, se sancionará como práctica antisindical otorgar beneficios iguales a las pactadas en instrumentos colectivos a trabajadores no afiliados a la organización que ocupen cargos o desempeñan funciones similares.

b) Titularidad sindical de organizaciones sindicales distintas al sindicato de empresa:

En general, se mantendrá el reconocimiento de modalidades de negociación de carácter voluntaria a todo tipo de organizaciones sindicales.

Nos referimos a la negociación no reglada, a través de la cual, en cualquier momento y sin restricciones de ninguna naturaleza, podrán iniciarse negociaciones directas y sin sujeción a normas de procedimiento entre uno o más empleadores y una o más organizaciones sindicales, destinadas a convenir condiciones comunes de trabajo y remuneraciones.

Asimismo, se regula un procedimiento reglado especial de negociación colectiva vinculante para el empleador, para las organizaciones que afilien a trabajadores eventuales y los contratados para desempeñar exclusivamente una determinada obra o faena transitoria.

c) Titularidad sindical del sindicato inter empresa:

Con miras a conciliar el derecho a titularidad sindical del sindicato inter empresa con el hecho de que el ámbito de negociación reconocido constitucionalmente en nuestro ordenamiento es la empresa, se le reconoce a dicho sindicato el derecho a negociar regladamente en el ámbito de la empresa, siempre y cuando cumplan con los quórum para negociar que se exigen al sindicato de empresa.

Las negociaciones se ajustarán a las mismas regulaciones del sindicato de empresa, salvo en lo concerniente a la comisión negociadora, que deberá ser integrada por los delegados sindicales que el sindicato tenga en la respectiva empresa.

– Ampliación del derecho a información de los sindicatos, con la finalidad de mejorar la calidad de las negociaciones y de la relación empresa – sindicatos.

El empleador deberá entregar información oportuna, completa y actualizada sobre el estado de la empresa para la preparación de la negociación.

Se considera también información sobre igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres, la que, en todo caso, deberá proporcionarse con carácter general y de manera innominada.

Finalmente, el incumplimiento de la obligación de proveer información por parte del empleador, como el del deber de reserva por parte del sindicato respecto de la información entregada por el empleador que tenga el carácter de reservada, constituirán prácticas antisindicales.

– Simplificación del procedimiento de negociación colectiva reglada.

Se fortalecen los instrumentos y opciones de mediación, estableciendo el derecho de las partes a solicitar, de común acuerdo, la mediación voluntaria de la Dirección del Trabajo, en cualquier momento de la negociación; el derecho de cualquiera de las partes a solicitar mediación obligatoria una vez votada la huelga (actualmente denominada “buenos oficios”); y mediación forzada, en los casos de incumplimiento del principio de buena fe, tales como, falta de entrega de la información, no respuesta a solicitud del equipo de emergencia, no asistencia a reuniones convenidas, entre otras.

– Equilibrio de las partes en el proceso negociador: derecho a huelga.

La huelga es el último recurso de que disponen las organizaciones de trabajadores para hacer valer sus reivindicaciones.

Sin embargo, nuestra legislación contempla una figura que hace ineficaz este instrumento, al otorgar la facultad al empleador de reemplazar a los trabajadores durante el ejercicio de la huelga. De igual modo, se otorga la posibilidad de que una vez hecha efectiva la huelga, los trabajadores involucrados en ella puedan irse reintegrando individualmente a sus funciones a través de la figura del “descuelgue”, limitando así el ejercicio real y efectivo de la voluntad colectiva.

Se establece también un procedimiento eficaz de arbitraje obligatorio, gratuito para los trabajadores de las empresas que no pueden ejercer el derecho a huelga y las empresas de menor tamaño, a cargo de un cuerpo arbitral que se caracterizará por la diversidad, experiencia, prestigio e independencia de sus miembros.

Se consagra el deber de la organización sindical de proveer el personal necesario para cumplir los *servicios mínimos*.

En general, se privilegia que la calificación de los servicios mínimos pueda ser concordada por las partes, en forma previa a la negociación. A falta de acuerdo, resuelve la Inspección del Trabajo previa fiscalización y con informes técnicos de organismos públicos y privados. La resolución será reclamable ante un Tribunal del Trabajo a través del procedimiento monitorio.

– Piso de la negociación.

Se establece que la respuesta del empleador no pueda contener estipulaciones menores en materia de remuneraciones y beneficios permanentes a las vigentes al momento de la negociación.

En el caso de no existir instrumento colectivo vigente, el piso de la negociación lo constituye la respuesta del empleador. Con todo, la propuesta del empleador no podrá contener beneficios con remuneraciones inferiores a los que de manera regular y periódica haya otorgado a los trabajadores que represente el sindicato.

Se entienden excluidas de las estipulaciones que conforman el piso de la negociación la reajustabilidad pactada, el incremento real pactado en el contrato vigente, los pactos sobre condiciones especiales de trabajo y lo que generalmente se conoce como el bono de término de negociación.

– Ampliación de materias de la negociación colectiva.

Sin restricciones de ninguna especie, las negociaciones podrán considerar también acuerdos de conciliación de trabajo y vida familiar, planes de igualdad de oportunidades, constitución y mantención de servicios de bienestar, acuerdos para la capacitación y reconversión productiva, mecanismos de resolución de controversias, entre otros.

– Horas de trabajo sindical.

Nuestra legislación reconoce este instrumento, pero lo denomina “permisos”, en circunstancias que no se trata de una concesión sino de un derecho que debe ser reconocido para su finalidad intrínseca, esto es, para el trabajo sindical; de ahí que se proponga modificar la nomenclatura vigente, sustituyéndola por horas de trabajo sindical.

Finalmente, se modifica la norma que se relaciona con las horas para formación sindical, ampliándolas de una semana a tres semanas, en el año calendario.

– Modificaciones sustantivas al sistema de mediación y arbitraje.

El proyecto fortalece los mecanismos de mediación en la negociación colectiva reglada; establece y regula un inédito procedimiento de mediación laboral de conflictos colectivos e incorpora un moderno sistema de justicia arbitral que será gratuito para los trabajadores y las empresas de menor tamaño.

– Igualdad de oportunidades.

Se garantiza la integración de una trabajadora asociada a la organización u organizaciones que negocian en la comisión negociadora laboral, en el caso de que, conforme las reglas generales, esta no esté integrada

por ninguna mujer. Para tales efectos, se deberá elegir una representación femenina para integrarse a la comisión, de conformidad a los respectivos estatutos.

b) Algunas miradas iniciales de la ley:

La tramitación de la reforma no estuvo exenta de asperezas que hicieron más compleja la consecución de un resultado legislativo adecuado a las necesidades y expectativas de los actores laborales y la sociedad toda.

Así lo señalan los parlamentarios Allamand y Monckeberg, entonces integrantes de las comisiones de trabajo del Senado y la Cámara de Diputados, respectivamente y, el segundo de los nombrados, hoy Ministro del Trabajo. “Los autores debemos ser francos: nos parece que el resultado legislativo, que derivó en la ley N° 20.940, en general, no será beneficioso para trabajadores y empleadores en los próximos años, ni permitirá, como lo señaló el gobierno en el debate final en la sala, mejorar la redistribución del ingreso a través de la negociación colectiva.”

En efecto, las modificaciones a los capítulos sobre organizaciones sindicales y especialmente a la negociación colectiva, instalan un contexto en el que los trabajadores y la empresa enfrentarán problemas adicionales con regulaciones rígidas y poco claras en sus definiciones, pues incorporan un conjunto de normas que, finalmente, pueden redundar en menores beneficios y en un desmejoramiento de las relaciones laborales al interior de la empresa, ello, además en un contexto de vacíos normativos que sólo dificultan la aplicación práctica de la norma y obligan a los actores laborales a interpretar el sentido de disposiciones que debieran ser claras en su alcance, siendo una prueba evidente de aquello las actuaciones de la misma Dirección del Trabajo que, previamente a la entrada en vigencia de la reforma, ha debido pronunciarse mediante múltiples dictámenes, sobre materias que debieron quedar resueltas en la discusión legislativa.⁹

Por su parte, la profesora Irene Rojas Miño, señala que:

El grueso de las reformas apuntaba directamente a consolidar el Plan Laboral a través del fortalecimiento de la negociación colectiva en la empresa, estableciendo como fundamento que “la experiencia de los países donde los niveles de sindicalización son mayores y la negociación colecti-

⁹ Allamand Z., Andrés y Monckeberg D., Nicolás, *Anotaciones Parlamentarias de la Reforma Laboral*, Chile, Editorial Legal Publishing, 2017, p. 39.

va está más desarrollada indica que, bajo estas condiciones (*omissis*) al interior de la empresa se privilegian los espacios de diálogo y colaboración.

Al respecto, quisiéramos saber cuál es ese sistema de negociación colectiva de alta cobertura que plantea una negociación colectiva prioritaria en el nivel de empresa, de veras que lo desconocemos.

Además, y en forma coherente con dicha profundización del Plan Laboral y también con la propuesta de uno de los sectores del Informe de la Comisión de Trabajo y Equidad, se incorporaron los pactos de adaptabilidad como forma de flexibilización a través de acuerdos colectivos. Pero no sucedió lo mismo con la propuesta del otro sector del informe, la que estaba referida a la negociación colectiva supraempresarial, en cuanto, si bien se acoge la titularidad del sindicato ante la empresa, dicha negociación debe realizarse en el ámbito de la empresa.¹⁰

El profesor Ugarte Cataldo, señala que:

Con la dictación de la ley N 20.940 (8.09.2016) se modifica el régimen legal de los servicios esenciales en la huelga. A continuación, analizaremos de qué manera han sido modificadas las restricciones recién señaladas y si tales modificaciones, esta vez, se ajustan o no a los estándares internacionales.

La nueva normativa de la ley N° 20.940 sigue con la prohibición que data desde la Ley de Defensa Permanente de la Democracia de 1948, adoptando con ello la decisión más drástica y agresiva para efectos de conciliar o armonizar una eventual colisión entre el ejercicio del derecho de huelga y derechos de terceros.

En otras palabras, la derrota total del derecho constitucional de huelga.¹¹

Uno de los puntos más controvertidos es la nueva consagración de la huelga, y los límites que se oponen a su ejercicio sobre todo en relación a la posibilidad para el empleador de realizar un reemplazo interno y las famosas “adecuaciones necesarias”, lenguaje poco técnico y ambiguo. En definitiva, se le critica por una disminución a la libertad sindical, incumpliendo normas de la OIT ratificadas por nuestro país.¹²

¹⁰ Rojas M., Irene, *El Derecho del Trabajo en Chile. Su Formación Histórica y el Control de la Autonomía Colectiva*, Chile, Editorial Legal Publishing, 2017, p. 304.

¹¹ Ugarte C., José L., *Huelga y Derecho*, Editorial Legal Publishing, 1ª Edición, Chile, 2016, p. 212.

¹² Arellano O., P., Liendo R., R. y Walker E., F., *Reforma Laboral Ley N° 20.940. Moderniza Relaciones Laborales*, Editorial Librotecnia, 2016, p. 9.

5. LAS MODIFICACIONES QUE NOS CORRESPONDE REVISAR

Como consecuencia de toda esta actividad legislativa que se ha venido relatando, mediante la Ley 20.940, de fecha 29 de agosto de 2016, vieron la luz numerosas modificaciones al Derecho Colectivo del Trabajo, tanto en materia sindical como de negociación colectiva; siendo esta última la de más aparente profundidad y detalle, en términos tales que se substituyó íntegramente el Título IV del Código del Trabajo, implantando un texto que buscó simplificar su comprensión. Destacando la técnica de intitular cada artículo con el sentido de que trata cada disposición, a manera de guía del lector e ir asentando desde allí el sentido y alcance que se pretendía con su texto, lo que facilita la lectura de los trabajadores y los propios operadores del Derecho, a pesar de que hemos visto algunas críticas al respecto, las que no comentaremos para no desviar el sentido de nuestro trabajo.

Pero hubo, también, cambios menores en materia de derecho individual de algún detalle.

a) La titularidad sindical

El proyecto, tal como se dice en el mensaje, orientado al fortalecimiento sindical, apostó por reconocer a los sindicatos la calidad de exclusivos sujetos negociadores, en perjuicio del derecho de los grupos de trabajadores no sindicalizados que desearan constituirse para el solo propósito de negociar colectivamente; pluralidad que había operado hasta la fecha.

Sin embargo, habiéndose aprobado el Proyecto en tales condiciones, el bloque opositor de la época, hoy en el gobierno, recurrió al Tribunal Constitucional, mediante un requerimiento de constitucionalidad, lo que dio lugar a la correspondiente revisión jurisdiccional.

Así fue como el citado Tribunal, acogiendo el requerimiento, dejó sin efecto todas las disposiciones que pretendían consagrar la exclusividad de los sindicatos para negociar colectivamente, razonando que el derecho a negociar colectivamente se encuentra garantizado por la Constitución Política a los trabajadores, más bien a cada trabajador, y no a los sindicatos, quienes cuando actúan en dicho proceso lo hacen en representación de estos.

Además, estableciendo la misma Carta Fundamental la voluntariedad del derecho de asociación y el derecho a negociar colectivamente, y un

condicionamiento de pertenencia a un sindicato para negociar colectivamente importaría la vulneración de uno o ambos derechos, resultando imperioso eliminar la exclusividad sindical como sujeto negociador.

Es así como, por esos y otros fundamentos, el Tribunal Constitucional eliminó, por razón de inconstitucionalidad, los artículos e incisos relativos a la negociación colectiva que habían sido objetados por las razones dichas, resultando muy lesionado el artículo 303, que definía la institución.

El profesor Andrés Aylwin califica lo ocurrido como “una verdadera paradoja lo que termina pasando con los grupos negociadores: gozan de reconocimiento constitucional, pero no cuentan con regulación legal que permita su desenvolvimiento en la negociación colectiva.”¹³

Por ello, recurriremos a la doctrina, trayendo los conceptos proporcionados por distinguidos académicos de la especialidad.

Así, el profesor Luis Lizama Portal define a la negociación colectiva como “un procedimiento mediante el cual los trabajadores ejercen su derecho a negociar colectivamente con uno o más empleadores, a través de organizaciones sindicales o grupos de trabajadores que se unen para este efecto, con el objeto de establecer condiciones comunes de trabajo y de remuneraciones, por un tiempo determinado, de acuerdo con la ley.”¹⁴

Para los profesores Ugarte y Camaño, la negociación colectiva es un derecho humano fundamental de contenido laboral, reconocido como tal en los convenios, recomendaciones, declaraciones y otros pronunciamientos de la OIT, así como en los principales tratados internacionales de derechos humanos, ya sea en el marco general del reconocimiento al derecho de asociación y de acción sindical, como través de disposiciones específicas que aluden de manera directa al derecho de negociación colectiva.¹⁵

La profesora Gabriela Lanata la conceptualiza como “una secuencia de actividades de comunicación, presión y persuasión desarrolladas por

¹³ Aylwin Ch., Andrés. *Libro Colectivo “Negociación Colectiva. Estudios en Homenaje al Profesor Emilio Morgado Valenzuela”*, Editorial On Demand, 1ª Edición, 2017, p. 33.

¹⁴ Lizama P., Luis, *La Reforma Laboral Explicada y Comentada*, Ediciones On Demand, 2016, p. 60.

¹⁵ *Ibidem*, p. 32.

determinados sujetos, con propósitos de regulación de ciertas relaciones sociales.”¹⁶

b) El reemplazo de trabajadores durante la huelga

El Código del Trabajo confería al empleador el derecho a reemplazar a los trabajadores en huelga, bajo determinadas condiciones que no vale la pena describir, toda vez que la Ley 20.940 derogó las normas que lo establecían. Es más, lo prohibió expresamente y lo calificó de práctica desleal. Así lo dice el artículo 345 del Código del Trabajo.

“Se prohíbe el reemplazo de los trabajadores en huelga” (Art. 345, inc. 2º).

La huelga no afectará la libertad de trabajo de los trabajadores no involucrados en ella, ni la ejecución de las funciones convenidas en sus contratos de trabajo.

La infracción de la prohibición señalada en el inciso segundo constituye una práctica desleal grave, la que habilitará a la Inspección del Trabajo para requerir el retiro inmediato de los trabajadores reemplazantes.

En el caso de negativa del empleador para retirar a los reemplazantes, la Inspección del Trabajo deberá denunciar al empleador al Juzgado de Letras del Trabajo, conforme a las normas establecidas en los artículos 485 y siguientes, con excepción de lo dispuesto en el inciso sexto del artículo 486. El sindicato podrá iniciar esta acción o hacerse parte de la denuncia presentada por la Inspección del Trabajo. El Tribunal, revisados los antecedentes de la denuncia, ordenará al empleador el retiro inmediato de los reemplazantes en la primera resolución, bajo el apercibimiento señalado en el artículo 492.¹⁷

c) Servicios mínimos

El legislador reconoce la necesidad de limitar el ejercicio del derecho de huelga; de hecho, así se intitula el Capítulo VII del Libro V del Código del Trabajo, y esta restricción consiste en la obligación que se impone a la comisión negociadora sindical, de proveer, el personal destinado a atender los servicios mínimos estrictamente necesarios para proteger los

¹⁶ Lanata F., Gabriela, *Sindicatos y Negociación Colectiva*, Editorial Thomson Reuters, 2012, p. 160.

¹⁷ Artículo 345 del Código del Trabajo.

bienes corporales e instalaciones de la empresa y prevenir accidentes, así como garantizar la prestación de servicios de utilidad pública, la atención de necesidades básicas de la población, incluidas las relacionadas con la vida, la seguridad o la salud, y para garantizar la prevención de daños ambientales o sanitarios.

Para la determinación deberá tenerse presente el tamaño y requerimientos de la empresa, establecimiento o faena, de acuerdo al artículo 359 del Código del Trabajo.

El personal referido deberá ser integrante del grupo negociador y será remunerado de manera normal.

Vale la pena destacar que corresponderá al empleador proponer por escrito a todos los sindicatos existentes en la empresa, con a lo menos 180 días de anticipación al vencimiento del instrumento colectivo vigente, cuando lo haya, su propuesta de calificación de servicios mínimos y equipos de emergencia.

Si no hubiere sindicato en la empresa, la propuesta deberá formularse dentro de los 15 días siguientes a la fecha en que el sindicato que se constituya comunique ese hecho. Y, en cualquiera de los casos, habiendo hecho el requerimiento el empleador, se suspenderá o no se iniciará, según sea el caso, la negociación colectiva mientras no se haya calificado los servicios mínimos y los equipos de emergencia.

Los sindicatos dispondrán de 15 días corridos para responder el requerimiento y las partes; en su conjunto, tendrán un plazo total de 30 días para llegar a un acuerdo, caso en el cual deberán consignar lo acordado en un acta, copia de la cual deberá remitirse a la Inspección del Trabajo correspondiente.

Pero, si transcurrido ese plazo no llegan a algún acuerdo, dentro del plazo de 5 días deberán pedir la intervención de la Dirección Regional del Trabajo del domicilio del requirente, quien oír a las partes y pedirá informe al organismo regulador o fiscalizador que corresponda, sin perjuicio de los informes técnicos que acompañen las partes.

Con esto, la Dirección Regional deberá emitir su resolución dentro del plazo de 45 días, contados desde que fuera requerida y será notificada a las partes dentro de los cinco días siguientes a su emisión, y solo será reclamable ante el Director Nacional del Trabajo.

Cabe agregar que, en el mes de abril de cada año, la Dirección del Trabajo publica los estándares técnicos de carácter general que han servido de base para la calificación de los servicios mínimos y de emergencia.

Como ya dijimos, los equipos de emergencia serán proporcionados por el sindicato y remunerados por el empleador, pero será el empleador quien proponga al sindicato las personas que los van a integrar, lo que deberá hacer en su respuesta al proyecto de contrato colectivo de trabajo y el sindicato dispondrá de 48 horas para pronunciarse, bajo apercibimiento de tenerse por aceptada la propuesta efectuada por el empleador.

No obstante, para el caso de que el sindicato rechazare la propuesta, el empleador dispondrá de 5 días para recurrir ante la Inspección, quien se pronunciará dentro de 10 días, y de lo que resuelva solo procederá la reposición.

Pero bien pudiera ocurrir que el sindicato no cumpliera con aportar el equipo de emergencia convenido. En este caso, la empresa podrá hacer uso de sus facultades de administración y ejecutar directamente o a través de un tercero las labores que se han dejado de prestar con motivo de la huelga y que debieron haber sido cubiertas por el equipo de emergencia.

No está demás tener presente que, en la práctica, este procedimiento implica anticipar el inicio de la negociación colectiva en 135 días, toda vez que, como los trabajadores deben presentar su petitorio entre los 45 y los 60 días anteriores al vencimiento del contrato colectivo vigente, con la reforma, el empleador debe anticiparse a 180 días para tener derecho a invocar y exigir servicios mínimos.

Se ha criticado ese aspecto, por cuanto si una negociación normalmente produce algún grado de tensión y asperezas entre las partes, la petición de servicios mínimos anticipa ese clima no deseado y se inician las negociaciones con cierto desgaste recíproco.

También, otros detractores motejan a la figura del establecimiento de los servicios mínimos como una continuación encubierta de los reemplazos, porque quisieran una paralización total de la empresa y la experiencia ha demostrado que no falta el ingenio de uno y otro para entabrar el ejercicio de los derechos durante el desarrollo de la huelga. En cualquier caso, si el empleador no pide en tiempo y forma los servicios mínimos y equipos de emergencia, y encomienda a algunos trabajadores que no in-

tegren el grupo negociador para que desarrollen alguna labor que corresponde a alguien que se encuentra en huelga, será considerado reemplazo y se le aplicará todo el rigor de la ley.

Obviamente que el empleador buscará aminorar los efectos de la huelga y los trabajadores tratarán que la huelga “duela”, como se acostumbra a decir, y debilite el poder negociador de la parte contraria.

Sin perjuicio de lo anterior, constituye también otra limitación al ejercicio del derecho a huelga la determinación que deben hacer las autoridades, cada dos años, sobre las empresas en que no se podrá ejercer el derecho a huelga, en razón de atender servicios de utilidad pública o cuya paralización cause grave daño a la salud, a la economía del país, al abastecimiento de la población o a la seguridad nacional. Esa calificación les corresponde a los Ministros del Trabajo y Previsión Social, Defensa Nacional y Economía, Fomento y Turismo, actuando en forma conjunta.

d) Adecuaciones necesarias¹⁸

El empleador, en el ejercicio de sus facultades legales, podrá modificar los turnos u horarios de trabajo, y efectuar las adecuaciones necesarias con el objeto de asegurar que los trabajadores no involucrados en la huelga puedan ejecutar las funciones convenidas en sus contratos de trabajo, sin que constituya práctica desleal ni importe una infracción a la prohibición de reemplazo.

e) Reanudación de faenas¹⁹

El Tribunal de Letras del Trabajo respectivo podrá ordenar, en procedimiento monitorio, la reanudación de faenas, a petición de parte, cuando la huelga en desarrollo produjere grave daño a la salud, el medio ambiente, abastecimiento de bienes o servicios, la economía del país o la seguridad nacional.

f) De los pactos sobre condiciones especiales de trabajo²⁰

Es de aquellos acuerdos que puede celebrar el empleador con el o los sindicatos de la empresa, en la que exista una sindicalización igual

¹⁸ Artículo 403 del Código del Trabajo.

¹⁹ Artículo 363 del Código del Trabajo.

²⁰ Artículo 374 del Código del Trabajo.

o superior al 30% de todos los trabajadores de la misma, en virtud de los cuales puede acordarse condiciones especiales de trabajo. Se aplica a los trabajadores miembros del sindicato y a aquellos que no lo integran pero prestan su consentimiento para ser representados por él para este efecto, pudiendo acordar una distribución de jornada de trabajo semanal especial y respecto de trabajadores con responsabilidades familiares, que estos puedan acceder a sistemas de jornada que combinen tiempos de trabajo presencial en la empresa y fuera de ella, de acuerdo a los requisitos, procedimiento y ámbito de aplicación que establece el Código del Trabajo.

- Tipos de pactos que pueden celebrarse por esta vía ²¹
- Pactos sobre distribución de jornada de trabajo semanal.

Aquí las partes podrán acordar que la jornada ordinaria semanal de trabajo se distribuya en cuatro días, sin que esta exceda de doce horas diarias de trabajo efectivo, incluidas la jornada ordinaria, extraordinaria y los descansos. Sin embargo, si la jornada de trabajo supera las diez horas, deberá acordarse una hora de descanso imputable a ella.

- Pactos para trabajadores con responsabilidades familiares.

Las partes pueden acordar con el empleador pactos destinados a permitir que los trabajadores con responsabilidades familiares accedan a sistemas de jornada que combinen tiempos de trabajo presencial en la empresa y fuera de ella.

Para acogerse a este pacto, el trabajador deberá solicitarlo por escrito al empleador quien deberá responder de igual forma en el plazo de treinta días.

Aceptada la solicitud, deberá suscribirse un anexo al contrato individual de trabajo que contendrá las siguientes menciones:

- El lugar o lugares alternativos a la empresa en que el trabajador prestará los servicios, pudiendo ser el hogar del trabajador u otro lugar convenido con el empleador.
- Las adecuaciones a la jornada de trabajo, si fuere necesario.

²¹ Artículos 375 y 376 del Código del Trabajo.

- Los sistemas de control y gestión que utilizará el empleador respecto de los servicios convenidos con el trabajador.
- El tiempo de duración del acuerdo.

El trabajador podrá unilateralmente volver a las condiciones originalmente pactadas en su contrato de trabajo, previo aviso por escrito al empleador con una anticipación mínima de treinta días.

Estos pactos también podrán ser convenidos para aplicarse a trabajadores jóvenes que cursen estudios regulares, mujeres, personas con discapacidad u otras categorías de trabajadores que definan de común acuerdo el empleador y la organización sindical.

g) Extensión de beneficios²²

El empleador tenía derecho de extender, en todo o parte, los beneficios obtenidos por un sindicato en un proceso de negociación colectiva, lo que podía hacer unilateralmente y sin importar la opinión del sindicato respectivo, aquel que los había obtenido como corolario de un proceso de negociación colectiva, lo que era resistido por los sindicatos, quienes buscaban establecer prohibiciones en los propios instrumentos.

Por eso, resulta llamativo que esta materia sea tratada expresamente en un sentido inverso, toda vez que ahora solo puede extender beneficios obtenidos en una negociación colectiva a quienes no negociaron, siempre que cuente con la aquiescencia expresa de las organizaciones sindicales.

h) Derecho a la información²³

Anualmente, las grandes empresas (200 o más trabajadores contratados) deben entregar a los sindicatos de empresa que hayan sido constituidos en ellas, los siguientes documentos: 1) balance general, 2) estado de resultados y 3) los estados financieros auditados, dentro de 30 días, contados desde que se encuentren disponibles, así como también toda la información de carácter público que sea de aquellas que se encuentre obligado a poner a disposición de la Superintendencia de Valores y Seguros, dentro de 30 días de que puso a disposición al citado organismo.

²² Artículo 322 del Código del Trabajo.

²³ Artículos 315 a 319 del Código del Trabajo.

Sin embargo, tratándose de los nuevos sindicatos de empresa, deberá entregarse dentro de 30 días contados desde la que se comunicó su constitución o desde el envío de correo certificado, si fuese el caso de sindicatos inter empresa. Así puede leerse del artículo 315 del Código del Trabajo.

Pero también tienen derecho los sindicatos a requerir información específica para la negociación, petición que deben formular al empleador dentro de los 90 días anteriores al vencimiento del instrumento colectivo, para preparar sus negociaciones. Para precaver controversias al respecto, el propio Código del Trabajo señala expresamente la información que el empleador está obligado a entregar.

i) Piso de la negociación²⁴

La ley señala que, “se entenderá por piso de la negociación idénticas estipulaciones a las establecidas en el instrumento colectivo vigente, con los valores que corresponda pagar a la fecha de término del contrato.”

Sin embargo, no forman parte del piso “la reajustabilidad pactada, los incrementos reales pactados, los pactos sobre condiciones especiales de trabajo y los beneficios que se otorgan sólo por motivo de la firma del instrumento colectivo. El acuerdo de extensión de beneficios que forme parte de un instrumento colectivo tampoco constituye piso de la negociación.”

Si no hubiese contrato vigente del cual extraer el piso, este lo constituirá la respuesta del empleador y no podrá contener beneficios inferiores a los que de manera regular y periódica haya otorgado a los trabajadores que represente el sindicato.”

j) Del consejo superior laboral

Organismo creado por la misma Ley 20.940, que aprobó la reforma que estamos analizando, compuesto por nueve consejeros **no** remunerados, designados; tres de ellos, por los trabajadores, tres por el Gobierno y tres por los empleadores.

A él le corresponde estudiar y efectuar propuestas de política pública, participar en la elaboración de recursos del Fondo de Formación Sindical

²⁴ Artículo 336 del Código del Trabajo.

y Relaciones Laborales y promover el diálogo social, entre muchas otras. Se le encomendó hacer el seguimiento a la aplicación de la Ley de Reforma Laboral y emitir informes estadísticos y de evaluación, finalizando con sus conclusiones, que, en atención a la imparcialidad de su representación plural, transcribiré las conclusiones del Informe emitido y asumiré su contenido.

– Conclusiones generales del consejo superior laboral:²⁵

El Consejo Superior Laboral, tras 9 meses de funcionamiento, emite el primer Informe de seguimiento y evaluación sobre la implementación y aplicación de la Reforma Laboral, ordenado conforme al artículo 3 número 6 de su Reglamento 16, correspondiente al Decreto N°6, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, publicado el 3 de marzo de 2017.

Los Consejeros dejan constancia de las complejidades que han existido para poder desarrollar este Informe, en atención al difícil acceso a la información requerida en razón de las modalidades de levantamiento, registro y la falta de cruce con otras fuentes de información. Por lo anterior, el Consejo levanta la necesidad de trabajar en este tema, en miras a poder disponer de información estadística completa y fidedigna, a disposición del público, con el objeto de promover la investigación de otras entidades privadas y su aporte a las políticas públicas en materia de empleo y relaciones laborales.

El Consejo, en sus primeros meses de funcionamiento, se dedicó principalmente a hacer seguimiento a la implementación y aplicación de la reforma que prometía modernizar las relaciones colectivas de trabajo. Para ello, sesionó en 17 oportunidades, invitando a expertos del mundo público y privado a exponer sobre las primeras evidencias de esta implementación. Asimismo, analizó durante varias sesiones los indicadores trabajados por el Departamento de Estudios del Ministerio del Trabajo, junto con los Departamentos de Estudios y de Relaciones Laborales de la Dirección del Trabajo, para hacer seguimiento a las múltiples facetas de las negociaciones colectivas regladas que registran sus actuaciones ante la Dirección del Trabajo.

Durante el mes de enero de 2018, comenzó a trabajarse una estructura de Informe, para en la sesión ordinaria y la primera extraordinaria de marzo de 2018, comenzar las primeras deliberaciones sobre los tres primeros

²⁵ Cfr. Dialogo Social, “Informe del Consejo Superior Laboral sobre Reforma Laboral”, <https://n9.cl/u2op>

puntos del mismo. Con el ingreso de los nuevos Consejeros representantes del Ejecutivo, se retomaron las deliberaciones de esos primeros tres puntos, y continuaron respecto a los restantes.

Acerca de la implementación de la reforma laboral, el Consejo valora primeramente el trabajo realizado tanto por el Ministerio del Trabajo como por la Dirección del Trabajo para operativizar correctamente la misma, lo que ha requerido importantes esfuerzos de difusión e incluso de adecuación institucional.

En general el análisis sobre la reforma resulta positivo, por cuanto busca fortalecer la libertad sindical en sus tres dimensiones (la constitución de sindicatos y su funcionamiento, la negociación colectiva y la huelga). Sin perjuicio de ello, en su aplicación es posible identificar ciertos problemas que han derivado en dificultades para los actores sociales. Tales son: la ausencia de procedimiento legal para que negocien los grupos de trabajadores; el uso de los servicios mínimos como una pre-negociación colectiva; la calificación de los servicios mínimos; los problemas en la extensión de beneficios; el concepto de adecuaciones necesarias; el poco uso y aparente desconocimiento o poca funcionalidad de los pactos de adaptabilidad; la ausencia de datos para medir si la incorporación de las mujeres a las mesas negociadoras incide en las materias negociadas; como temas principales.

Sin perjuicio de ello, el Consejo considera de gran importancia este espacio de diálogo social, en el que representantes del mundo sindical, empresarial y estatal, pueden compartir sus distintos puntos de vista sobre diversas materias relativas a las relaciones de trabajo y el mercado laboral. Asimismo, destaca que a partir de este año y de acuerdo al mandato normativo (artículo 3 del Reglamento), el Consejo ampliará sus materias de trabajo, conjuntamente a sus funciones de seguimiento de la Ley N°20.940, al menos por los próximos dos años).

Santiago, 30 de abril de 2018. ²⁶

6. CONCLUSIÓN

Este trabajo no ha tenido otra pretensión que compartir, de un modo sencillo y esquemático, los aspectos que nos parecen más relevantes de la Reforma Laboral llevada a cabo en mi país en el año 2016, involucrando

²⁶ *Idem.*

las aspiraciones y los temores, no solo del mundo del trabajo, sino que de la sociedad toda, porque en su génesis se marcaron miradas políticas e ideológicas, que alentaron asperezas y tensiones; las que terminaron cediendo, con generosidad, como la patria lo demanda, para reafirmar la validez de los principios democráticos.

Nos ha parecido necesario reiterar que compartimos las conclusiones del Consejo Superior Laboral, de vocación e integración plural, bien inspirado y transversal, que acabamos de transcribir, actitud que representa el espíritu abierto y llano con el que hemos venido a este Encuentro Latinoamericano, con ojos, oídos y el corazón abierto, para conocer y aprender de la sabiduría de los distinguidos expositores que comparten sus realidades y aspiraciones siempre dinámicas, forjadas con el cincel de su idiosincrasia y la pujanza de su historia, para regresar a casa con ideas frescas, renovadas y optimistas, y el compromiso de seguir promoviendo, equitativamente, la paz y la justicia social.

7 BIBLIOHEMEROGRAFÍA

Bibliografía

- Allamand Zavala, Andrés y Monckeberg Díaz, Nicolás, *Anotaciones Parlamentarias de la Reforma Laboral*, Chile, Editorial Legal Publishing, 2017.
- Arellano Ortiz, P., Liendo Roa, Ricardo y Walker Errázuriz, Francisco, *Reforma Laboral Ley N° 20.940. Moderniza Relaciones Laborales*, Editorial Librotecnia, 2016.
- Aylwin Chiorrini, Andrés, *Libro Colectivo "Negociación Colectiva. Estudios en Homenaje al Profesor Emilio Morgado Valenzuela*, Editorial On Demand, 1ª Edición, 2017.
- Caamaño Rojo, Eduardo y Ugarte Cataldo., José Luis, *Negociación Colectiva y Libertad Sindical. Un Enfoque Crítico*, Editorial Legal Publishing, 2008.
- Ermida Uriarte, Oscar, *Sindicatos en Libertad Sindical*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2ª Edición, 1999.
- Gamonal Contreras, Sergio, *Derecho Colectivo del Trabajo*, Chile, 2007.
- Lanata Fuenzalida, Gabriela, *Sindicatos y negociación colectiva*. Editorial Thomson Reuters, 2012.
- Lizama Portal, Luis, *La Reforma Laboral Explicada y Comentada*, Ediciones On Demand, 2016.

Rojas Miño, Irene, *El Derecho del Trabajo en Chile. Su Formación Histórica y el Control de la Autonomía Colectiva*, Chile, Editorial Legal Publishing, 2017.

Ugarte Cataldo, José Luis, *Huelga y Derecho*, Chile, Editorial Legal Publishing, 1ª Edición, 2016.

Documentos publicados en Internet

Consejo Superior Laboral. “Primer Informe de Seguimiento y Evaluación sobre la Implementación y Aplicación de la Reforma Laboral”, Conclusiones Generales, <https://n9.cl/u2op>

Mensaje de la Presidenta Michelle Bachelet sobre Proyecto de ley que Moderniza el Sistema de Relaciones Laborales, <https://www.bcn.cl/historia-delaley/nc/historia-de-la-ley/5389/>

Legislación

Constitución Política de la República de Chile.

Código del Trabajo.

FUNCIÓN DEL CONTROL DIFUSO EN LAS REFORMAS AL SISTEMA DE JUSTICIA LABORAL

Role of Diffuse Control in the reforms of the Labor Justice System

Recepción: 12/08/2019

Aceptado para su publicación: 12/09/2019

JOSÉ ANTONIO ABEL AGUILAR SÁNCHEZ*

RESUMEN: La Reforma Constitucional de 2017 y la Reforma Legal de 2019 en México, en materia de trabajo, que contienen los ejes temáticos de justicia laboral, conciliación en etapa prejudicial, nuevo Derecho Procesal Laboral, democracia sindical y libertad de la negociación colectiva, exigen del nuevo juzgador laboral un papel activo, que no se limite a ser la boca de la ley, sino un auténtico garante de los derechos humanos en materia de trabajo, de índole individual, colectivo y de seguridad social. Para cumplir con este objetivo, se deberá ejercer el control difuso *ex officio* al resolver la conflictiva laboral, que consiste en un control de constitucionalidad y convencionalidad que puede llevar a la inaplicación de alguna norma, como medida extrema, pasando por la interpretación conforme en sentido amplio y en sentido estricto, y a la aplicación del principio *pro persona* y de los métodos de proporcionalidad, escrutinio estricto y ponderación.

PALABRAS CLAVE: Conciliación prejudicial, interpretación conforme, principio de proporcionalidad, escrutinio estricto, ponderación de derechos.

ABSTRACT: The 2017 constitutional reform and the 2019 legal reform in Mexico, in the field of labor, contain the thematic axis of labor justice, conciliation in the

* Magistrado del 2º Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo del 2º Circuito. Doctor en Derecho por Investigación de la Universidad Panamericana. Maestro en Derecho Fiscal por el Colegio Superior de Ciencias Jurídicas. Licenciado en Derecho por la Universidad Autónoma del Estado de México. Dentro del Poder Judicial de la Federación se ha desempeñado como Magistrado del 14º Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo del Primer Circuito; como Magistrado de la Sala Regional Guadalajara del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (seleccionado por la SCJN y designado por el Senado de la República); como Secretario de Estudio y Cuenta de la Segunda Sala de la SCJN; como Director General Adjunto a la Presidencia del Consejo de la Judicatura Federal; y como secretario proyectista de Tribunales Colegiados en Materia Administrativa del Segundo Circuito.

preliminary ruling stage, the new procedural labor law, union democracy and freedom of collective negotiation, all of which requires that the new labor judge play an active role, that is not limited to merely being the spokesman of the law, but a true guarantor of labor rights in individual, collective and social security affairs. To meet this objective, the judge must exert an ex-officio diffuse control when resolving a labor dispute, which consists of control of the constitutionality and conventionality that can lead to the inapplication of some norms (as an extreme measure, as they move through the interpretation of the law in the broad and strict senses), and to the use of pro-homine principles and the methods of proportionality, strict scrutiny and pondering.

KEY WORDS: Preliminary ruling, conforming interpretation, principle of proportionality, strict scrutiny, pondering on labor rights.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LIBERTAD SINDICAL Y DERECHO DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA. 3. REFORMA CONSTITUCIONAL Y LEGAL EN MÉXICO. ARTÍCULO 123 A FRACCIONES XVIII Y XXII. LINEAMIENTOS GENERALES. 4. FUNCIÓN DE LA JUSTICIA LABORAL EN EL CONTEXTO DEL NUEVO PARADIGMA DE JUZGAR CON PERSPECTIVA DE DERECHOS HUMANOS. 5. FUNCIÓN DEL CONTROL DIFUSO. 6. BIBLIOHEMEROGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene por objeto determinar que, en el marco del nuevo paradigma de justicia laboral, la función del juzgador al resolver los conflictos obrero patronales no se limita a subsumir los hechos en las normas aplicables; es decir, el Juez no debe ser solo la boca de la ley, sino que, por el contrario, la función del juzgador frente a la nueva justicia laboral consiste en constituirse en auténtico garante de los derechos humanos en materia de trabajo, tanto de índole individual, colectivo y de seguridad social.

La Reforma Constitucional y Legal de México de 2017 y 2019, respectivamente, en particular por cuanto hace al artículo 123, apartado A, fracciones XVIII y XXII Bis, establece reglas sobre libertad sindical y negociación colectiva, con un impacto directo en el denominado sindicalismo de control o de extorsión.

En ese orden, se debe observar el aspecto internacional, el cual nutrió la reforma señalada, pues se han gestionado dos convenios, el 87 y 98 de la Organización Internacional del Trabajo, los que sirven como antecedente en la celebración de los contratos colectivos, así como el anexo

23 del denominado T-MEC, siendo este último el instrumento base de la reforma en mención.

Explicado lo anterior, se analizará la función del control difuso, cómo debe aplicarse, los límites impuestos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, así como los métodos de interpretación conforme, principio *pro persona*, proporcionalidad, escrutinio estricto y ponderación.

2. LA LIBERTAD SINDICAL Y EL DERECHO A LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

La libertad sindical, como derecho humano, se reconoce en el artículo 23 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el cual establece:

Artículo 23:

1. Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo.
2. Toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual.
3. Toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social.
4. Toda persona tiene derecho a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses.

Con lo anterior, se sustenta la afirmación de que la libertad sindical es un derecho humano, que merece ser protegido, el cual encuentra una doble vertiente. Por un lado, la potestad que tiene todo sujeto a pertenecer a un sindicato para el estudio, defensa y mejoramiento de sus intereses; y, por otro, la facultad de no involucrarse por considerar que no lo representa.

En ese orden, concomitante a los anteriores, se encuentra la libertad que tienen los trabajadores de elegir, entre varios, el sindicato que, de acuerdo con su perspectiva, mejor los represente, ya en una negociación colectiva o bien en la defensa de sus derechos; pues, es este quien por

mandato de los operarios y a su nombre gestiona derechos con el patrón a través del instrumento denominado contrato colectivo de trabajo.

En virtud de lo anterior, aparece la noción de negociación colectiva, que es aquella realizada por la representación sindical en favor de los trabajadores, a efecto de obtener, a través de un contrato colectivo de trabajo, mejoras en las condiciones laborales o en sus prestaciones.

2.1. Convenios 87 y 98 de la OIT

En ese aspecto, existen diversos instrumentos internacionales que contemplan la libertad sindical, tales como los convenios de la Organización Internacional del Trabajo; por lo que, el convenio 87 es uno de aquellos que México ha celebrado y que sirve como instrumento para soportar al Derecho en estudio, pues en su artículo 11 precisa.¹

Artículo 11

Todo Miembro de la Organización Internacional del Trabajo para el cual esté en vigor el presente Convenio se obliga a adoptar todas las medidas necesarias y apropiadas para garantizar a los trabajadores y a los empleadores el libre ejercicio del derecho de sindicación.

También, el convenio 98 de la Organización Internacional del Trabajo es otro medio que México ha observado en la evolución de la libertad sindical, que fue ratificado hasta 2018 y estará en vigor el 23 de noviembre de 2019, y en su artículo 1 señala:²

Artículo 1

1. Los trabajadores deberán gozar de adecuada protección contra todo acto de discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical en relación con su empleo.
2. Dicha protección deberá ejercerse especialmente contra todo acto que tenga por objeto:

¹ Convenio sobre la Libertad Sindical y la Protección del Derecho de Sindicación, 1948, https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C087

² Convenio sobre el Derecho de Sindicación y de Negociación Colectiva, 1949, https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312243:NO

(a) sujetar el empleo de un trabajador a la condición de que no se afilie a un sindicato o a la de dejar de ser miembro de un sindicato;

(b) despedir a un trabajador o perjudicarlo en cualquier otra forma a causa de su afiliación sindical o de su participación en actividades sindicales fuera de las horas de trabajo o, con el consentimiento del empleador, durante las horas de trabajo.

El doctrinario Mario de la Cueva, en referencia al convenio en cita, precisa:³

La OIT sabe, que igual que todos los juristas, que las declaraciones puramente teóricas, si pueden ser valiosas desde un punto de vista doctrinal, carecen de eficacia. Por lo tanto, siempre de acuerdo con su prudencia, el Convenio 98 impuso el deber de crear los organismos adecuados para asegurar la efectividad de los derechos.

Entonces, el artículo primero por sí mismo, en los términos citados, no es suficiente, por lo que el correspondiente numeral tercero del mismo convenio señaló:

Artículo 3

Deberán crearse organismos adecuados a las condiciones nacionales, cuando ello sea necesario, para garantizar el respeto al derecho de sindicación definido en los artículos precedentes.

Entonces, de la interpretación de ambos convenios se advierte que los trabajadores deberán gozar de una adecuada protección contra todo acto tendiente a menoscabar la libertad sindical; asimismo, el Estado deberá crear organismos adecuados para garantizar el respeto al derecho de sindicación, es decir, existe una doble obligación: la de respeto a la libertad sindical y la de implementar instituciones que generen la garantía de esta.

2.2. Anexo 23 del T-MEC

Ahora bien, en el contexto del comercio internacional, México ha celebrado un tratado al que se le ha denominado T-MEC, por sus siglas, las

³ De la Cueva Mario, *El Nuevo Derecho del Trabajo*, México, Editorial Porrúa, 1989, p. 438.

que significan “Tratado entre México, Estados Unidos y Canadá”, que fue ratificado en el presente año.

En dicho tratado, se adquiere el compromiso internacional de dar vigencia al derecho de libertad sindical y negociación colectiva, pues en el anexo número 23, artículo 23.3, se indica:

Artículo 23.3: Derechos Laborales

1. Cada Parte adoptará y mantendrá en sus leyes y regulaciones, y en las prácticas que deriven de éstas, los siguientes derechos tal y como se establecen en la Declaración de la OIT sobre los Derechos en el Trabajo:

(a) libertad de asociación y el reconocimiento efectivo del derecho a la negociación colectiva.

3. REFORMA CONSTITUCIONAL Y LEGAL EN MÉXICO. ARTÍCULO 123 A FRACCIONES XVIII Y XXII. LINEAMIENTOS GENERALES

La reforma constitucional en materia laboral fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el 24 de febrero de 2017, la que, entre otros temas, modificó las fracciones XVIII y XXII Bis, del artículo 123, apartado A, para quedar como sigue:

Artículo 123. Toda persona tiene derecho al trabajo digno y socialmente útil; al efecto, se promoverán la creación de empleos y la organización social de trabajo, conforme a la ley.

El Congreso de la Unión, sin contravenir a las bases siguientes deberá expedir leyes sobre el trabajo, las cuales regirán:

A. Entre los obreros, jornaleros, empleados domésticos, artesanos y de una manera general, todo contrato de trabajo:

(omissis)

XVIII. Las huelgas serán lícitas cuando tengan por objeto conseguir el equilibrio entre los diversos factores de la producción, armonizando los derechos del trabajo con los del capital. En los servicios públicos será obligatorio para los trabajadores dar aviso, con diez días de anticipación, a los tribunales laborales, de la fecha señalada para la suspensión del trabajo. Las huelgas serán consideradas como ilícitas únicamente cuando la mayoría de los huelguistas ejerciera actos violentos contra las personas o las propiedades, o en caso de guerra, cuando aquéllos pertenezcan a los

establecimientos y servicios que dependan del Gobierno. *Cuando se trate de obtener la celebración de un contrato colectivo de trabajo se deberá acreditar que se cuenta con la representación de los trabajadores.*

(*omissis*)

XXII Bis. Los procedimientos y requisitos que establezca la ley para asegurar la libertad de negociación colectiva y los legítimos intereses de trabajadores y patrones, deberán garantizar, entre otros, los siguientes principios: a) Representatividad de las organizaciones sindicales, y b) Certeza en la firma, registro y depósito de los contratos colectivos de trabajo. Para la resolución de conflictos entre sindicatos, la solicitud de celebración de un contrato colectivo de trabajo y la elección de dirigentes, el voto de los trabajadores *será personal, libre y secreto*. La ley garantizará el cumplimiento de estos principios. Con base en lo anterior, para la elección de dirigentes, los estatutos sindicales podrán, de conformidad con lo dispuesto en la ley, fijar modalidades procedimentales aplicables a los respectivos procesos.

De las fracciones del artículo anterior se observan dos grandes cambios, a saber:

- a) Cuando se trate de obtener la celebración de un contrato colectivo de trabajo se deberá acreditar que se cuenta con la representación de los trabajadores, y;
- b) Para la resolución de conflictos entre sindicatos, la solicitud de celebración de un contrato colectivo de trabajo y para la elección de dirigentes, el voto de los trabajadores *será personal, libre y secreto*.

En ese orden, la reforma legal en materia de democratización sindical presentada por integrantes de la LXIV Legislatura de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión y aprobada por el Senado de la República, reformó el artículo 371, fracción IX, de la Ley Federal del Trabajo, lo que impacta directamente en el derecho a la libre sindicalización y negociación colectiva.

Al efecto, el artículo reformado precisa:

Artículo 371. Los estatutos de los sindicatos contendrán:

(*omissis*)

IX. Procedimiento para la elección de la directiva sindical y secciones sindicales, el cual se llevará a cabo mediante *el ejercicio del voto directo, personal, libre, directo y secreto*.

Para tal efecto, los estatutos deberán observar las normas siguientes:

- a) La convocatoria de elección se emitirá con firma autógrafa de las personas facultadas para ello, debiendo precisar fecha, hora, lugar del proceso y demás requisitos estatutariamente exigidos;
- b) La convocatoria deberá publicarse en el local sindical y en los lugares de mayor afluencia de los miembros en el centro de trabajo, con una anticipación mínima de diez días;
- c) El lugar que se determine para la celebración del proceso electoral, así como la documentación y materiales que se elaboren para la realización, deberán garantizar que la votación se desarrolle de forma segura, directa, personal, libre y secreta;
- d) Se integrará un padrón completo y actualizado de los miembros del sindicato con derecho a votar, que deberá publicarse y darse a conocer entre éstos con al menos tres días de antelación a la elección;
- e) Establecer un procedimiento que asegure la identificación de los afiliados que tengan derecho a votar, y
- f) La documentación, material y boletas para la elección de integración de los órganos internos de los sindicatos a que se refiere este inciso, contendrá cuando menos los siguientes datos y requisitos:
 1. Municipio y entidad federativa en que se realice la votación;
 2. Cargo para el que se postula al candidato o candidatos;
 3. Emblema y color de cada una de las planillas que participan con candidatos en la elección de que se trate;
 4. El nombre completo del candidato o candidatos a elegir, y
 5. Las boletas deberán validarse en el reverso con las firmas de por lo menos dos integrantes de la Comisión Electoral que para tales efectos acuerde el sindicato.

El procedimiento de elección que realicen los miembros de un sindicato respecto al Secretario General o su equivalente a nivel nacional, estatal, seccional, local o municipal, se realizará de manera independiente de la elección de delegados a los congresos o convenciones sindicales, cumpliendo con los requisitos a que se refiere este inciso.

En virtud de que estos requisitos son esenciales para expresar la libre voluntad de los afiliados al sindicato, de incumplirse éstos, el procedimiento de elección carecerá de validez, ya sea a nivel general o seccional, según sea el caso;

Con la modificación al artículo anterior, se atendió la reforma constitucional, regulándose la libertad sindical y la negociación colectiva, pues se instrumenta que a través de los estatutos del sindicato se prevea el modo de votación para la elección de la representación que deberá ser con un voto libre, personal y secreto de cada trabajador; a su vez, se establece que solo el sindicato que posea la mayoría de la representación podrá negociar un contrato colectivo de trabajo.

3.1. Justificación legislativa

Al referirnos a la justificación que tuvo el poder constituyente permanente a efecto de reformar la justicia laboral en México, se tiene que atender a lo establecido en la exposición de motivos, para con ello estar en aptitud de realizar una interpretación teleológica y comprender mejor el espíritu de la norma, por lo que de la publicación de la Gaceta Parlamentaria de la Cámara de Diputados se observan los siguientes motivos:⁴

La Reforma Constitucional promulgada el 24 de febrero de 2017 mediante 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, responde a la necesidad de modernización del sistema de justicia laboral hasta ahora vigente.

Esta reforma fue más allá de ese propósito, en tanto sentó las bases de una verdadera transformación del régimen sindical y de la negociación colectiva al introducir los principios de representatividad, transparencia y democracia en la vida de las organizaciones sindicales.

Junto con la reforma del sistema de justicia laboral, la implementación de estos principios llevará a la instauración de un nuevo modelo laboral, en el que se limitará la discrecionalidad estatal, se fortalecerá el Estado de Derecho y se

⁴ Gaceta Parlamentaria, *Iniciativas Que Reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones de la Ley Federal del Trabajo, a nombre del Grupo Parlamentario de Morena*, Cámara de Diputados LXIV Legislatura, <http://gaceta.diputados.gob.mx/PDF/64/2018/dic/20181222-I.pdf>

devolverán los derechos colectivos a los trabajadores, los que podrán ejercerlos libremente después de un siglo de haberse incluido en la Constitución y de décadas de haberles sido negados por sus dirigencias sindicales.

Una primera condición de un régimen democrático es la vigencia del Estado de Derecho, lo que supone que todos estén sometidos al orden jurídico y que las violaciones a la legalidad serán sancionadas oportunamente. Por ello un aspecto central del nuevo modelo laboral será hacer efectiva la independencia del sistema de justicia laboral respecto del Poder Ejecutivo, tal como lo exige la reforma constitucional del 24 de febrero de 2017. El país requiere que la justicia sea impartida por los órganos del Poder Judicial, otorgando mayor certeza al trabajador en su empleo y salario y evitando los abusos en el supuesto ejercicio de los derechos, como las demandas fraudulentas, que destruyen la pequeña y mediana empresa, o que desalientan la creación de más y mejores empleos.

(omissis)

1. Democracia sindical y libertad de negociación colectiva

A. Se establece la denominación del Centro Federal de Conciliación y Registro Laboral y se detallan funciones del organismo descentralizado autónomo creado por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos para el registro de sindicatos y contratos colectivos de trabajo, a nivel federal y local. Tendrá plena autonomía de decisión y de gestión y se regirá por los principios de certeza, independencia, legalidad, imparcialidad, confiabilidad, eficacia, objetividad, profesionalismo, transparencia y publicidad.

(omissis)

C. Este organismo debe hacer realidad los nuevos principios constitucionales, así como los compromisos contraídos con la comunidad internacional en los convenios 87 y 98 de la Organización Internacional del Trabajo. El nuevo organismo tiene también, como su nombre lo indica y lo señala la Constitución, facultades para conciliar los conflictos obrero-patronales. En el ámbito de las entidades federativas, esta función quedará a cargo de los Centros de Conciliación que deberán establecerse en cada una de ellas.

D. Se precisa el procedimiento de registro de los sindicatos, precisando sus requisitos, acortando los plazos para su trámite y estableciendo la obligación de la autoridad registral de hacer los requerimientos conducentes en caso de omisión por parte de los solicitantes. También se amplían los aspectos que deben contener los estatutos sindicales, entre ellos los que se refieren al procedimiento para la elección de las directivas sindicales,

el plazo de las convocatorias, lugares de votación e integración de un padrón confiable de los miembros del sindicato. También se establece como requisito la integración de las directivas tomando en cuenta la representación proporcional en razón de género. Otra disposición de trascendencia es que el período de duración de las directivas no puede ser indefinido. El propósito de dichos cambios y adiciones es dar cumplimiento eficaz al derecho a la Democracia Representativa previsto tanto en la Declaración Universal de Derechos Humanos, como en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y ahora en la propia Constitución Federal, al establecerse que la designación de los representantes obreros deberá realizarse a través de elecciones auténticas, por ser éste el procedimiento que garantiza la libertad y eficacia del voto, así como el respeto integral de los Derechos Humanos vinculados con la democracia.

E. Cancela las ataduras a las que se ha sometido a los sindicatos, desde su procedimiento de constitución hasta el reconocimiento de sus directivas, y define las garantías y libertades esenciales vigentes hoy en otros países desarrollados del mundo: autonomía, equidad, democracia, legalidad, transparencia, certeza, gratuidad, inmediatez, imparcialidad y respeto a las libertades sindicales y sus garantías; entre ellas, el derecho de los trabajadores a organizarse libremente y conforme a los intereses de sus integrantes, dejando claro que el radio de acción –como ha sido reconocido por la propia OIT– es parte de la libertad sindical. De la misma forma, se precisa el carácter enunciativo de la tipología sindical, garantizándose el derecho de los trabajadores a decidir libremente la forma de asociarse y organizarse para defender sus intereses, tomando en cuenta las transformaciones del entorno productivo.”

Con lo anterior, se puede concluir que el motivo principal que dio origen a la reforma son los compromisos contraídos con la comunidad internacional especialmente en los convenios 87 y 98 de la Organización Internacional del Trabajo, los que contienen el derecho a libre sindicalización y negociación colectiva; entonces, la reforma garantiza lo que se puede denominar democratización sindical.

3.2. Problemática de las relaciones colectivas. Sindicalismo de control y sindicalismo de extorsión. Agravios para el trabajador y para el patrón. Representación previa

Ahora bien, los sindicatos son el medio que tienen los trabajadores para adquirir fuerza colectiva en la negociación con los patrones, sin em-

bargo, en términos de Alberto Hurtado “La sindicación ha sido siempre legítima, aunque no siempre legal”⁵; afortunadamente, en nuestro país la sindicalización es una institución jurídicamente regulada.

Así, el sindicato es una asociación que puede ser de patrones o trabajadores, según sea el caso; al efecto, el artículo 356 de la Ley Federal del Trabajo refiere: “Artículo 356.- Sindicato es la asociación de trabajadores o patrones, constituida para el estudio, mejoramiento y defensa de sus respectivos intereses.”

Entonces, la finalidad del sindicato es estudiar, mejorar y defender los intereses de sus miembros, sobre todo en aquellos derechos de índole laboral, que tanto el patrón como el trabajador poseen.

En ese orden, la reforma laboral de México tiene como sujetos principales a los trabajadores y sus sindicatos, por lo que surgen dos figuras a regular: el sindicalismo de control y el sindicalismo de extorsión, a los que se les asigna dicho calificativo, según la forma en que actúen frente al patrón, pues será:

- a. Sindicalismo de control: es aquel sindicato que no es controlado por los trabajadores sino por el patrón, el que en una negociación colectiva impone sus condiciones.
- b. Sindicalismo de extorsión: es aquel sindicato que emplaza al patrón a la firma de un contrato colectivo de trabajo, sin ser el que tiene la representación de los trabajadores con el único objeto de obtener una ganancia ilícita del empleador.

Con base en lo anterior, tratándose de las negociaciones colectivas, debemos entender la multicitada reforma en dos órdenes. Por un lado, el regular que el propio sindicato sea el que representa a los trabajadores frente al patrón, pues este cuenta con legitimidad suficiente al haber sido elegido por votación de forma personal, libre y secreta por la mayoría de los trabajadores; y, por otra que, a efecto de emplazar a huelga por la firma de un contrato colectivo de trabajo, el sindicato deba acreditar la mayoría de su representación.

⁵ Hurtado, Alberto, *Sindicalismo: historia, teoría y práctica*, Editorial Universidad Alberto Hurtado, 2016, ProQuest Ebook Central, <http://ebookcentral.proquest.com/lib/consejodelajudicaturasp/detail.action?docID=5635615>

Entonces, se puede señalar que el legislador quiso atender las dos figuras antijurídicas. Por un lado, el sindicalismo de control, a través de la elección secreta del mismo por la mayoría de los trabajadores; y, por otra, el de extorsión, al requerir que se acredite la mayoría representativa de los trabajadores, a través de los instrumentos pertinentes (representación previa).

4. FUNCIÓN DE LA JUSTICIA LABORAL EN EL CONTEXTO DEL NUEVO PARADIGMA DE JUZGAR CON PERSPECTIVA DE DERECHOS HUMANOS

Una vez establecido lo anterior, es importante precisar la función de la justicia laboral en el contexto del nuevo paradigma de juzgar con perspectiva de derechos humanos. En ese orden, existen dos ideas principales, las cuales se deben atender; por un lado, que el juzgador no solo es “la boca de la ley” en términos de la escuela francesa de la exégesis de la ley, pero tampoco debe ser un juez que adquiera el carácter de legislador, abrogando o derogando el derecho con criterios interpretativos, por lo que es aquí donde se deben establecer límites que debe atender cada operador.

4.1. Entre el juez como boca de la ley (método de la subsunción) y el juez legislador

Luego, al señalar que el juez no debe ser la voz de la ley, nos referimos a que ante el problema jurídico no debe limitarse a utilizar el método de subsunción a efecto de resolver el caso en concreto; es decir, no solo debe aplicar la norma, sino interpretarla, siendo garante de los derechos humanos, con ellos se sabrá distinguir cuando una norma es contraria a tales principios.

En ese orden, el juez tampoco debe asumir en todo momento el rol de legislador, aunque es necesario establecer ante la teoría de pesos y contrapesos del poder, facultades limitadas para inaplicar una ley, bajo lineamientos que fueron aprobados por el legislador primario y con los límites objetivos que se consideraron, tal y como ocurre en el caso mexicano.

4.2. El juez garante de los derechos laborales (individuales, colectivos y de seguridad social)

Ahora, el juez no debe limitarse a las dos funciones anteriores, pues dado el nuevo contexto internacional y el sistema jurídico mexicano, aquel debe ser un verdadero garante de los derechos laborales, en lo individual, en lo colectivo y los derivados de la seguridad social.

4.3. El control difuso exoficio

Se ha sostenido que el Sistema Interamericano de Derechos Humanos legítima a los jueces nacionales y los obliga a inaplicar aquellas normas que vulneren los derechos humanos, teniendo como fundamento o base los tratados internacionales de derechos humanos que hayan sido suscritos por el Estado.

Entonces, a fin de generar claridad en el presente estudio, se debe explicar qué es, en términos generales, el control difuso exoficio. Al efecto, el Estado mexicano ha celebrado y ratificado el que se ha denominado Pacto de San José, lo que se traduce en que firmó y ratificó el Convenio Interamericano de Derechos Humanos.

El Pacto de San José, fue celebrado el 22 de noviembre de 1969, en San José de Costa Rica, por ello el nombre con el que se le conoce. Fue ratificado por México hasta el año de 1981, momento en el que se volvió vinculante. El convenio contempla lo siguiente:

Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos 1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. 2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.⁶

Por su parte la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su artículo 1º y 133, refiere:

⁶ Convención Americana de Derechos humanos, 1969.

Artículo 1o. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

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.

Artículo 133. 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.⁷

En ese orden, se podría definir el control difuso ex officio como aquella facultad que tienen todos los jueces, en el ámbito de sus atribuciones, de analizar de forma oficiosa si una norma es contraria a los derechos humanos reconocidos por el Estado mexicano y, de considerarlo así, no aplicarla.

4.4. Asunción de la jurisdicción de la CoIDH

La Convención Americana de Derechos Humanos (CoIDH), derivada del Pacto de San José, asumió jurisdicción (facultad para resolver con fuerza vinculativa para las partes una resolución judicial) sobre conflic-

⁷ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación del 5 de febrero de 1917. Última Reforma publicada el 9 de agosto de 2019.

tos en cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de la Convención que le sea sometido, siempre que previo a la solicitud ya se hayan agotado todos los procedimientos internos en un Estado.

Así, el artículo 33 y 62 de la Convención en cita establecen:

Artículo 33

Son competentes para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes en esta Convención: a) la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, llamada en adelante la Comisión, y b) la Corte Interamericana de Derechos Humanos, llamada en adelante la Corte.

Artículo 62

1. Todo Estado Parte puede, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión de esta Convención, o en cualquier momento posterior, declarar que reconoce como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial, la competencia de la Corte sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta Convención.

2. La declaración puede ser hecha incondicionalmente, o bajo condición de reciprocidad, por un plazo determinado o para casos específicos. Deberá ser presentada al Secretario General de la Organización, quien transmitirá copias de la misma a los otros Estados Miembros de la Organización y al Secretario de la Corte.

3. La Corte tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención que le sea sometido, siempre que los Estados Partes en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia, ora por declaración especial, como se indica en los incisos anteriores, ora por convención especial⁸

En ese orden, se observa que la CoIDH, es una instancia internacional en la solución de conflictos donde se vean vulnerados derechos humanos contenidos en la Convención, sin que sea objeto de este trabajo precisar la competencia de la Corte frente a las instancias nacionales o bien fijar o resolver un conflicto competencial.

⁸ Convención Americana de Derechos humanos, 1969.

4.5. Casos emblemáticos

Ahora bien, existen diversos casos analizados por la CoIDH que resultan relevantes para abordar y explicar el tema, de los cuales solo se hará una pequeña cita.

a) *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*⁹

Se inicia el uso del concepto de control de convencionalidad, y se establece que la Corte Interamericana de Derechos Humanos realiza un control de esta naturaleza sobre el Estado parte de la Convención.

b) *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*¹⁰

Se establece que el control de convencionalidad es un mecanismo judicial que se debe utilizar para verificar que, al resolver los casos jurídicos, las normas legales no sean contrarias a los derechos humanos previstos en la Convención Americana de los Derechos Humanos, y que está a cargo del Poder Judicial de los Estados parte de la Convención.

c) *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*¹¹

Se indica y se precisa por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que el control de convencionalidad lo deben ejercer todos los órganos del Poder Judicial de los Estados miembro.

d) *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*¹²

En este caso, la Corte Interamericana es enfática en establecer que el control de convencionalidad lo deben ejercer los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles de los Estados parte de la Convención.

⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, http://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=287

¹⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf

¹¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, http://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=192

¹² Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, http://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=343

e) *Gelman vs. Uruguay*¹³

Finalmente, la Corte Interamericana llega al extremo de señalar que el control de convencionalidad lo debe realizar cualquier autoridad pública y no solo el Poder Judicial de los Estados miembro. Criterio que no es compartido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación al establecer esta función de manera exclusiva de los tribunales y no de las autoridades administrativas.

5. FUNCIÓN DEL CONTROL DIFUSO

En término de Ochoa Huerta,¹⁴ en nuestro país el control de la constitucionalidad es generalmente asociado al amparo, el cual, por sus características especiales, se configura como un medio jurídico que simultáneamente limita o impide los abusos del poder y preserva el ordenamiento jurídico. Asimismo, sostiene:

En cuanto a las formas de control de la constitucionalidad en el ordenamiento mexicano, debemos considerar que existen otras formas de controlar la constitucionalidad de las normas de nuestro ordenamiento jurídico además del amparo, por otra parte desde hace tiempo se lleva a cabo entre los doctrinarios un debate profundo en cuanto a la necesidad de cambiar uno de los principios que actualmente rige el amparo, que se refiere al hecho de que la resolución de inconstitucionalidad debe surtir efecto entre las partes únicamente, para sustituirla por una fórmula de declaración con efectos generales.

Sin embargo, como ya se ha mencionado, la función primordial del control difuso implica que todos los jueces podrán interpretar y aplicar directamente las normas en la esfera de sus competencias, con la facultad de no aplicarla sin que se lo pidan las partes si la consideran contraria a la Constitución, por violar derechos humanos, con el objeto de lograr la efectividad de aquel que se protege.

¹³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Gelman vs. Uruguay*, http://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=345&lang=es

¹⁴ Huerta Ochoa, Carla, "El Control de la Constitucionalidad, Análisis del Artículo 105 Constitucional", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Núm. 93, <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/3559/4266>

5.1. Control de constitucionalidad y convencionalidad

Por otra parte, Huerta Ochoa sostiene que existen dos formas de control de la constitucionalidad, a saber.¹⁵

a) Abstracto, como recurso contra leyes, es una operación sin límites materiales, se trata de un control sin vinculación a la aplicación de la norma; la legitimación generalmente es objetiva. La impugnación directa no requiere ningún tipo de relación subjetiva entre los legitimados y la norma, ya que se atacan vicios formales. El objeto de este recurso de inconstitucionalidad es la ley entendida en términos genéricos; es decir, en relación con su rango normativo. Es por ello que la resolución del Tribunal que revise la constitucionalidad de la norma será de nulidad.

b) Concreto, que se refiere a una consulta que el juez o tribunal puede presentar, para determinar si se aplica o no la ley dependiendo de su constitucionalidad, es decir, no es necesario que la parte agraviada se inconforme, sino que basta con que la autoridad que debe aplicar la norma se percate de la inconstitucionalidad de la misma, para que inicie el procedimiento de declaración de constitucionalidad de la norma en cuestión. En este caso, se trata de un control concreto, relacionado con el aspecto material de la ley.

Por su parte, Eduardo Ferrer Mac-Gregor precisa que el control difuso de convencionalidad:¹⁶

Implica que todos los jueces y órganos mexicanos vinculados a la administración de justicia *en todos los niveles*, pertenecientes o no al Poder Judicial, con independencia de su jerarquía, grado, cuantía o materia de especialización, están obligados, de oficio a realizar un ejercicio de com-

¹⁵ *Idem.*

¹⁶ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Voto razonado del Juez Ad Hoc Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot en relación con la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 26 de noviembre de 2010, pp. 23 y 24. (Énfasis original), http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/votos/vsc_ferrer_220_esp.doc, consultado el 27 de agosto de 2012. Asimismo, vid: "Reflexiones sobre el control difuso de convencionalidad. A la luz del caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XLIV, núm. 131, mayo-agosto de 2011, pp. 952-954. Del mismo autor, "Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano", en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro, (coords.), *La reforma constitucional*, op. cit., pp. 339-429.

patibilidad entre los actos y normas nacionales con la Convención Americana de Derechos Humanos, sus protocolos adicionales (y algunos otros instrumentos internacionales), así como con la jurisprudencia de la Corte IDH, formándose un ‘bloque de convencionalidad (*omissis*)’

67. En este sentido, los jueces o tribunales que materialmente realicen actividades jurisdiccionales, sean de la competencia local o federal, necesariamente deben ejercer el ‘control difuso de convencionalidad’ para lograr interpretaciones conformes con el *corpus juris* interamericano. En caso de incompatibilidad absoluta de la norma nacional con el parámetro convencional, *debe inaplicarse* para que prevalezcan aquéllas y lograr de esta manera la efectividad del derecho o la libertad de que se trate. Lo anterior aplica también para los jueces locales, de conformidad con la propia Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su artículo 133 vigente (*omissis*)

68. Como puede advertirse de la última parte de esta norma constitucional, los jueces locales aplicarán la “Ley Suprema de toda la Unión” (donde se encuentran los tratados internacionales) cuando exista incompatibilidad con alguna otra norma que no integre dicha “Ley Suprema”; lo que implica que los jueces del fuero local deben, incluso, desaplicar la norma incompatible con ese “bloque de constitucionalidad”. En otras palabras, es el propio texto constitucional el que otorga facultades a los jueces del fuero común para ejercer el “control difuso de convencionalidad” y, por lo tanto, la Convención Americana sobre Derechos Humanos válidamente puede convertirse en un parámetro de control y no sólo de la Constitución. De esta forma, como lo ha sostenido la propia Corte IDH, los jueces y los órganos vinculados con la impartición de justicia “deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también ‘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.

Así, debe establecerse qué es el control de constitucionalidad y de convencionalidad *ex officio*; por lo que, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ya se pronunció al respecto, señalando que la expresión *ex officio* que se predica del control judicial significa que los juzgadores tienen la facultad de controlar las normas que van a aplicar de cara a la Constitución y a los tratados internacionales de los que México sea parte, por el simple hecho de ser jueces, pero no que “necesariamente” deban realizar dicho control en todos los casos, en cualquiera de sus tres pasos: 1) interpretación conforme en sentido amplio, 2) interpretación conforme en sentido estricto y, 3) inaplicación; sino en aquellos en los que inciden-

talmente sea solicitado por las partes o adviertan que la norma amerita dicho control, sin hacer a un lado los presupuestos formales y materiales de admisibilidad.

5.2. Límites impuestos por la SCJN

Entonces, nuestro supremo Tribunal Constitucional, por medio de varios criterios de interpretación (tesis o jurisprudencias) ha señalado límites y diferencias entre un control concentrado de constitucionalidad y de convencionalidad *ex officio* y un control difuso.¹⁷

Lo anterior, tomando en cuenta:

- el órgano que lo realiza (tribunales federales o locales);
- la forma de solicitarlo (por acción de las partes o de manera oficiosa);
- la vía utilizada (control concentrado: acciones de inconstitucionalidad, controversias constitucionales y amparo directo e indirecto; control difuso: en forma incidental durante el proceso);
- si forma parte de la *litis* o no en el juicio, y los efectos que puede tener (declaración general sobre la invalidez o su expulsión del orden jurídico; o la no aplicación al caso en concreto).¹⁸

Pero, además de ello, ha destacado coincidencias, de las cuales se puede señalar: el parámetro de normas que se debe considerar al momento de resolver;¹⁹ la normas que no deben ser objeto de control de difuso de constitucionalidad y de convencionalidad; el método que se debe utilizar para ello;²⁰

¹⁷ Sistema de Control Constitucional en el orden jurídico mexicano, Tesis P. LXX/2011, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Libro III t. I, Diciembre de 2011, p. 557. Tesis Aislada (Constitucional).

¹⁸ Control concentrado y difuso de constitucionalidad y convencionalidad. Sus diferencias, Tesis 1a. CCLXXXIX/2015, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 23 t. II, Octubre de 2015, p. 1647. Tesis Aislada (Común).

¹⁹ Interpretación conforme. naturaleza y alcances a la luz del principio *pro persona*, Tesis 1a. CCCXL/2013, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro I t. I, Diciembre de 2013, p. 530, Tesis Aislada (Constitucional).

²⁰ Interpretación de la ley. Si su texto es oscuro o incompleto y no basta el examen gramatical, el juzgador podrá utilizar el método que conforme a su criterio sea el más adecuado para resolver el caso concreto, Tesis 1a. LXXII/2004, Semanario Judicial

el apartado donde se debe realizar dicho análisis;²¹ y la presunción de constitucionalidad de una norma de la cual se debe partir al momento de realizar dicho control.²²

Ahora bien, debe señalarse que los juzgadores no deben analizar la constitucionalidad o convencionalidad de todas las normas, sino de aquellas que le son propias; es decir, tal como lo ha sostenido la SCJN, corresponde realizar la interpretación a las autoridades judiciales encargadas de su aplicación (autoridades administrativas, jueces, salas de instancia, etcétera). Así, se puede señalar que el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos obliga a toda autoridad, en el ámbito de su competencia, a promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.²³ Entonces, se debe concluir que los órganos deben ejercer un control difuso, en los términos que la propia Constitución les faculta y en el ámbito de su competencia.

5.3. Control difuso e inaplicación de normas contrarias a derechos laborales

Precisamente, los criterios de interpretación establecen *reglas mínimas*, que demuestran la complejidad de regular el cómo se va a ejercer dicho control por parte de los órganos jurisdiccionales del PJF y las *demás autoridades de los Estados*.

Entonces, la facultad de control difuso tiene relevancia frente a la reforma laboral, que se precisó en la primera parte de este estudio, ya que una vez que sea implementada, a través de la designación de jueces, estos

de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t XIX, Junio de 2004, p. 234, Tesis Aislada (Común).

²¹ Amparo directo. El estudio del tema propiamente constitucional debe realizarse antes que el de legalidad, Tesis: 2a. CXIX/2002, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Segunda Sala, Novena Época, t XVI, Octubre de 2002, p. 395.

²² Interpretación conforme. Naturaleza y alcances a la luz del principio *pro persona*, Tesis 1a. CCCXL/2013, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro I, t I, Diciembre de 2013, p. 530, Tesis Aislada (Constitucional).

²³ Control de regularidad constitucional *ex officio*. Los tribunales colegiados de circuito no están facultados para ejercerlo respecto de normas que rigen el juicio de origen, Tesis P. X/2015, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro XXI, t I, Agosto de 2015, p. 356, Tesis Aislada (Constitucional).

tendrán la obligación de interpretar las normas que aplican en la esfera de sus competencias, con lo que no se deben limitar a ser operadores de la ley sino verdaderos garantes de los derechos individuales, colectivos y de seguridad social.

5.4. Métodos de interpretación. Interpretación conforme con la Constitución. Principio *pro persona*. Proporcionalidad. Escrutinio estricto. Ponderación

Ahora bien, los juzgadores deben considerar que las normas en un sistema jurídico cuentan con una presunción de validez. Este es un concepto un tanto formal derivado de su origen democrático; por ello, cuando se advierta que una norma puede ser contraria a los derechos humanos, se debe hacer una interpretación siguiendo todos los métodos que se conozcan, a fin de realizar la que se ha denominado *conforme*.

De este modo, la Suprema Corte establece tres pasos partiendo de esta presunción que deben seguir los jueces al realizar este contraste previo a la inaplicación de la norma; lo que estos pasos pretenden asegurar es que sean inaplicadas solo las disposiciones que no admitan ninguna alternativa interpretativa en su aplicación para salvar su constitucionalidad. Los pasos considerados son los siguientes:

- a. *Interpretación conforme en sentido amplio*. Esto implica que la norma no es directamente inconstitucional o inaplicable, pero los términos del artículo 1o. llevan al juez a la interpretación más favorecedora posible en los términos del parámetro de control anterior.
- b. *Interpretación conforme en sentido estricto*. Esto implica que hay ciertas alternativas de interpretación de la norma que la hacen inconstitucional y otras no; en este caso, el juez debe preferir la alternativa que le permita la aplicación de la norma al caso concreto frente la opción que llevaría a su inaplicación.
- c. Solo cuando los dos pasos anteriores son agotados por el juez es cuando se llega al punto de *inaplicación*.

Ahora bien, debe señalarse que, los juzgadores, en el ámbito de sus competencias, se encuentran obligados a velar, no solo por los derechos humanos contenidos en los instrumentos internacionales firmados por

el Estado mexicano, sino también por los derechos humanos contenidos en la Constitución Federal, adoptando la interpretación más favorable al derecho humano de que se trate, lo que se entiende en la doctrina como el principio *pro persona*.

En ese orden, para verificar la existencia de limitaciones, restricciones o violaciones a un derecho fundamental, se tienen herramientas interpretativas y argumentativas a efecto de analizar una norma, tales como el test de proporcionalidad, el escrutinio estricto y la ponderación; métodos que constituyen vías de análisis, por lo que los jueces no están obligados a verificar uno en particular, pues no existe exigencia constitucional o jurisprudencial, sin embargo, son un apoyo para realizar la función encomendada.

El test de proporcionalidad es en una herramienta consistente en una serie de pasos que son: a) identificar el derecho o principio constitucional que se alegue violado; b) si la norma de que se trata constituye una limitación gradual en el ejercicio del derecho, o si es una verdadera restricción o impedimento en su disfrute; c) el tipo de intereses que se encuentran en juego; d) la intensidad de la violación alegada; y e) la naturaleza jurídica y regulatoria de la norma jurídica impugnada.

Por su parte, el escrutinio estricto es aquel utilizado cuando el caso que se tenga que resolver involucre categorías sospechosas detalladas en el artículo 1o., párrafo quinto, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; se afecten derechos humanos reconocidos por el propio texto constitucional y/o por los tratados internacionales, o se incida directamente sobre la configuración legislativa que la Constitución prevé de manera específica para la actuación de las autoridades de los distintos niveles de gobierno.

Finalmente, la ponderación consiste en una metodología de análisis para determinar el peso concreto de los principios o de los derechos humanos que se encuentran en colisión para la resolución de un caso concreto.

El reto del nuevo paradigma de la justicia laboral en las siguientes décadas es enorme y se logrará con el talento humano de los nuevos jueces que tengan las competencias profesionales adecuadas, entre ellas, el ejercicio del control difuso, que permitan la defensa y tutela de los derechos laborales y el equilibrio pertinente para el desarrollo económico de nuestro país.

6. BIBLIOHEMEROGRAFÍA

Bibliografía

Aguilar Sánchez, José Antonio Abel. *Principios y Reglas para la armonización de los Sistemas de Control Constitucional y Convencional, Concentrado y Difuso, en Materia Electoral*. Tesis Doctoral. CDMX. 2017.

De la Cueva Mario, *El Nuevo Derecho del Trabajo*, México, Editorial Porrúa, 1989.

Hemerografía

Huerta Ochoa, Carla, “El Control de la Constitucionalidad, Análisis del Artículo 105 Constitucional”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Núm. 93, <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/3559/4266>

Documentos publicados en Internet

Gaceta Parlamentaria, “Iniciativas Que Reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones de la Ley Federal del Trabajo, a nombre del Grupo Parlamentario de Morena”, Cámara de Diputados LXIV Legislatura, <http://gaceta.diputados.gob.mx/PDF/64/2018/dic/20181222-I.pdf>

Hurtado, Alberto, *Sindicalismo: historia, teoría y práctica*, Editorial Universidad Alberto Hurtado, 2016, ProQuest Ebook Central, <http://ebookcentral.proquest.com/lib/consejodelajudicaturas/detail.action?docID=5635615>

Legislación

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación del 5 de febrero de 1917. Última Reforma publicada el 9 de agosto de 2019.

Tratados y convenios internacionales

Convención Interamericana de Derechos Humanos, 1969.

Convenio sobre el Derecho de Sindicación y de Negociación Colectiva, 1949.

Convenio sobre la Libertad Sindical y la Protección del Derecho de Sindicación, 1948.

Jurisprudencia

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Almonacid Arellano y otros vs. Chile, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Cabrera García y Montiel Flores vs. México, http://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=343

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Gelman vs. Uruguay, http://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=345&lang=es

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Myrna Mack Chang vs. Guatemala, http://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=287

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú, http://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=192

Tesis 1a. CCCXL/2013, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro I t. I, Diciembre de 2013, p. 530, Tesis Aislada (Constitucional).

Tesis 1a. CCCXL/2013, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro I, t I, Diciembre de 2013, p. 530, Tesis Aislada (Constitucional).

Tesis 1a. CCLXXXIX/2015, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 23 t. II, Octubre de 2015, p. 1647. Tesis Aislada (Común).

Tesis 1a. LXXII/2004, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t XIX, Junio de 2004, p. 234, Tesis Aislada (Común).

Tesis P. LXX/2011, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Libro III t. I, Diciembre de 2011, p. 557. Tesis Aislada (Constitucional).

Tesis P. X/2015, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro XXI, t I, Agosto de 2015, p. 356, Tesis Aislada (Constitucional).

Tesis: 2a. CXIX/2002, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Segunda Sala, Novena Época, t XVI, Octubre de 2002, p. 395.

MASC: FORTALECIMIENTO DE LA CONCILIACIÓN COMO DESCONGESTIONAMIENTO DE LA JUSTICIA LABORAL

MASC: Strengthening of Conciliation to Unburden Labor Justice

Recepción: 17/08/2019

Aceptado para su publicación: 27/09/2019

MARGARITA DARLENE ROJAS OLVERA*

RESUMEN: El acceso a la justicia es un derecho humano de toda persona, mediante el cual solicita la intervención del Estado para resolver dificultades cotidianas, tales como los conflictos suscitados entre patrones y trabajadores. Constitucionalmente, este acceso y administración de justicia debe cumplir con un fin último: la solución del conflicto, incluso sobre los formalismos existentes mientras se respete la igualdad y debido proceso. Para esta consecución, además de los tradicionales procedimientos jurisdiccionales, el Estado prevé mecanismos alternativos de solución de controversias. Sin duda, los conflictos que pueden presentarse entre trabajadores y patrones, de facto, ya representan un problema; por lo que resulta paradójico que el tratar de resolverlo actualice otro problema, toda vez que en este escenario tienen que lidiar y acertar en la forma y vía de resolución del conflicto. La respuesta tradicional para buscar resolver las diversas clases de problemas ha sido iniciar una acción ante tribunales judiciales. No obstante, en las últimas décadas se advierte un interés creciente en promover y desarrollar mecanismos de solución de conflictos alternos o complementarios al modelo judicial. A partir de la Reforma Constitucional de 24 de febrero de 2017 en materia de justicia laboral, la conciliación como etapa obligatoria prejudicial funge como descongestionador de la justicia laboral al aminorar la carga procesal de los tribunales, reducir el costo y la demora de la solución de conflictos, facilitando así el acceso a la justicia.

PALABRAS CLAVE: Justicia laboral, mecanismos alternativos, acceso a la justicia.

* Licenciada en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México campus Aragón, con mención honorífica. Actualmente se encuentra en proceso de titulación de la Maestría en Derecho laboral en la Escuela Libre de Derecho. Desde el 7 de marzo de 2013 es la Presidenta Titular de la Junta Local de Conciliación y Arbitraje de la Ciudad de México.

ABSTRACT: The access to justice is a human right of every person, by which he/she requests the intervention of the State to resolve daily difficulties, such as the conflicts that arise between employers and workers. Constitutionally, the access to and the administration of justice must fulfill an ultimate goal: the solution of a conflict, even if it is about current formalities, as long as they observe a respect of equality and the due processes. To achieve this, in addition to the traditional jurisdictional procedures, the State envisages alternative dispute-resolution mechanisms. Undoubtedly, the conflicts that may arise between workers and employers already represent a de facto problem, and by trying to solve it, paradoxically another problem surges, since in this scenario they must deal with and find the right way to resolve the conflict. The traditional response to seek to solve these various kinds of problems has been to initiate legal proceedings in judicial courts. However, in recent decades there has been a growing interest in promoting and developing conflict resolution mechanisms that can be an alternative or a complement to the judicial model. As of the constitutional reform of February 24, 2017 in the field of labor justice, conciliation, as a mandatory preliminary ruling stage, serves as a relieving factor of labor justice by diminishing the procedural burden of the courts, and reducing the costs and delay of the resolution of disputes, thus facilitating access to justice.

KEY WORDS: Labor justice, alternative mechanisms, access to justice.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. SOLUCIÓN DE CONFLICTOS. 3. CONCILIACIÓN. 4. CONCLUSIÓN. 5. BIBLIOHEMEROGRAFÍA.

El Derecho es concebido por muchos como un oficio que consiste en que los abogados deben saber en qué libros se debe buscar para encontrar las respuestas a los problemas que les plantean sus clientes, y cuáles libros citarles a los jueces que están decidiendo el destino de sus clientes. Debe corregirse ese error al situar el Derecho en el contexto correcto, es decir, no sólo en el contexto de las ciencias sociales, sino en el de las humanidades en general, reconociendo que la interpretación jurídica es por mucho un arte, valiéndose de todas las tradiciones de las humanidades, tal como sucede con la interpretación literaria, la histórica o la teológica.

Dworkin

1 INTRODUCCIÓN

El acceso a la justicia es un derecho humano que garantiza a una persona el medio por el cual puede solucionar sus dificultades cotidianas en las que se requiere el orden y participación del Estado. De conformidad al

artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos,¹ toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes con el objetivo de ampararse contra los actos que violan sus derechos fundamentales

Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que, para la satisfacción de dicha prerrogativa, no basta con la existencia formal de un recurso, sino que este debe ser efectivo; es decir, capaz de producir resultados o respuestas y tener plena eficacia reparatoria ante la violación de derechos alegada. En otras palabras, la obligación a cargo del Estado no se agota con la existencia de un recurso, pues este debe ser idóneo para impugnar la violación y brindar la posibilidad real de interponer un recurso sencillo y rápido que permita alcanzar, en su caso, la protección judicial requerida.

Asimismo, del artículo 17 Constitucional,² párrafos 3ero y 5to, se advierte que el acceso y administración de justicia tiene como objetivo primordial que las autoridades privilegien la solución del conflicto sobre los formalismos procedimentales, siempre que no se afecte la igualdad entre las partes o el debido proceso; y para llegar *a ese fin se cuenta con* la posibilidad de acudir a mecanismos alternativos de solución de controversias.

En este orden de ideas, es que el presente ensayo se centra en los medios alternativos de solución de conflictos (MASC), como mecanismos adicionales al debido proceso para la impartición de una justicia; focalizando a la conciliación como el principal descongestionador en la solución de conflictos laborales que enfrenta la realidad mexicana.

2. SOLUCIÓN DE CONFLICTOS

Sin duda alguna, cualquier conflicto o controversia que se suscite en el manejo de las relaciones laborales, así como las posibles consecuencias jurídicas derivadas de ellas, es ya de facto un problema. Resulta paradójico, entonces, que el hecho de tratar de resolver problemas de esta

¹ Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969.

² Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación del 5 de febrero de 1917. Última Reforma publicada el 9 de agosto de 2019.

naturaleza se convierta en uno mayor. El trabajador y patrón que se ve envueltos en estas circunstancias, tiene que lidiar y acertar en la forma y vía de resolución del conflicto.

La respuesta tradicional para buscar resolver las diversas clases de problemas ha sido iniciar una acción ante tribunales judiciales. Esto se debe principalmente a que:

- Es el método con el que la mayoría de los abogados y clientes se sienten más familiarizados.
- Se asume que el litigio es la única forma de “ganar”.

Sin embargo, muchas veces cuando se piensa en tribunales convencionales, pensamos en:

- Saturación de demandas.
- Retardos en la administración de justicia.
- Procedimientos cada vez más largos y difíciles de tramitar.
- Publicidad negativa o daños en la imagen de los involucrados.

Esta patología del litigio afirma Álvarez Trongé:

Tiene como principio el que hemos sido educados para luchar con el adversario, no para resolver conflictos. Esto nos lleva a olvidar los hechos y focalizar en las personas. El objetivo es vencer al adversario, no solucionar el problema creado. Lo que no se logra visualizar todavía con claridad, es que el verdadero adversario de ambas partes es el conflicto creado, el tema en discusión y no la contraparte.³

2.1. Problemas de los sistemas tradicionales de solución de conflictos

Los procesos que actualmente se utilizan para minorar o manejar el conflicto son sistemas diseñados en gran medida para elegir o determinar una parte vencedora, mismos que necesitan como consecuencia lógica tener una parte perdedora.

³ Álvarez Trongé, Manuel, *Técnicas de negociación para abogados*, Buenos Aires, Argentina, Albeledo-Perrot, 1996, p. 15.

Desde un punto de vista de negocios, ser victorioso en un litigio puede no ser una victoria, si origina un daño permanente y significativo para las relaciones comerciales, negocios o posibles emprendimientos. En este sentido, estos mecanismos pueden tener consecuencias destructivas y conducir a recriminaciones constantes de las partes perdedoras.

Mediante el método tradicional litigioso para resolver conflictos, puede generarse una puerta revolviente, pues las intrincadas y complejas estrategias que implica el litigio a menudo inhiben que concluya, es decir, mantienen a los conflictos como no resueltos.

Ahora bien, no debe obviarse que para que un conflicto sea neutralizado, debe ser resuelto, más que simplemente concluido. Pues, sin una solución, las hostilidades y recriminaciones se pueden perpetuar indefinidamente.

Por lo tanto, se necesita un sistema que pueda:

- Abarcar todos los puntos de vista presentados.
- Identificar fortalezas y debilidades de todas las posiciones.
- Diluir las tensiones entre las partes en contienda.
- Que pueda liberarla de la rigidez de sus posiciones y justificaciones
- Enfocarlas en como eliminar la situación de contendientes, en una forma que no genere represalias o venganzas.
- Funcionar rápidamente para diluir la tensión y facilitar el mantenimiento de la fuente de empleo.

2.2. Medios alternativos de solución de conflictos

En las últimas décadas se advierte un interés creciente en promover y desarrollar mecanismos de solución de conflictos alternos o complementarios al modelo judicial ya existente; y la materia laboral no es la excepción. Este impulso busca lograr que la sociedad en general los utilice en su beneficio, esto es crear una cultura de su uso.

De conformidad con Néstor de Buen, quien a su vez se basa en otros doctrinarios, los medios de solución de los conflictos laborales podrían clasificarse del siguiente modo:

- a) Solución directa entre las partes: pago, transacción y convenio.
- b) Solución con intervención de terceros: gestión, conciliación, mediación, arbitraje voluntario y forzoso, así como la negociación.
- c) Solución mediante juicio.

Así, los objetivos de los MASC son:

- a) Aminorar la carga procesal de los tribunales, así como también reducir el costo y la demora de la solución de conflictos.
- b) Aumentar la participación de la comunidad en los procesos de solución de conflictos.
- c) Facilitar el acceso a la justicia.
- d) Proporcionar a la sociedad una forma más eficiente de solución a disputas.

A su vez, dentro de sus ventajas al aplicarse, se considera que:

- a) Son rápidos: en el sentido que los problemas pueden ser resueltos en breves días.
- b) Son confidenciales: las audiencias son reservadas, es decir, cerradas y carácter confidencial, no se transcriben en un expediente que puede filtrarse a medios de comunicación.
- c) Son informales: los procedimientos son fundamentalmente informales, no requieren un exhausto uso de formulismos.
- d) Son económicos: si se compara con el costo de llevar un proceso judicial (honorarios profesionales).
- e) Son justas: en el sentido de que ambas partes salen ganadoras, beneficiadas con el acuerdo al que hayan arribado.
- f) Son exitosos: una vez implementados sus resultados son inmediatos.

Los MASC más utilizados son la negociación, la mediación, la conciliación y el arbitraje.

- a) La negociación es una institución que persigue establecer una relación más deseable para ambas partes a través del intercambio, trueque y compromiso de derechos, sean estos legales, económicos o psicológicos, siendo sus objetivos más importantes:

- Lograr un nuevo orden de relaciones donde antes no existían.
 - Modificar un conjunto de relaciones existentes por otras más convenientes para una de las partes o para ambas.
- b) La mediación consiste en ayudar a las partes a generar sus propias soluciones para resolver el conflicto. El mediador dirige el proceso, pero no sugiere fórmulas de la solución. Las partes deciden completamente el contenido del acuerdo.
- El mediador ayuda a las partes, que asisten voluntariamente a aislar los problemas, a entender los puntos de vista de ambos y a explorar posibles soluciones. El mediador hace posible que cada uno sea escuchado completamente y crea una atmósfera propicia para que las partes se sientan cómodas hablando entre sí.
- c) La conciliación es una institución que persigue acercar a las partes en conflicto para atenuar sus divergencias; pretende con su participación propiciar el diálogo para que las partes, a través de él, hallen una solución final a sus diferencias.
- El conciliador, para lograr ello, tiene que tener una adecuada capacitación, tener una intuición psicológica para conocer la aprehensión de las conductas conflictivas, debe tener juicio y decisión para brindar los aportes a cada una de las partes en el momento más oportuno, pues su intención será permanentemente dirigida para que el conflicto logre una solución final.
- d) El arbitraje es un sistema de solución de conflictos en el que la voluntad de las partes se somete a la voluntad de un tercero.
- En el fondo del arbitraje existe un pacto o convenio entre los litigantes, en el sentido de que se someterán sus voluntades a la convicción y al pronunciamiento del tercero, con el compromiso de cumplir lo que por él se decida.
 - En el arbitraje un tercero resuelve la controversia, su pronunciamiento no puede ser discutido por las partes. El tercero es elegido por las partes.

El arbitraje es utilizado cuando:

- a. No hay acuerdo en cuanto a los hechos.

b. No hay acuerdo en cuanto a la ley aplicable.

Al respecto, el artículo 2do, primer párrafo, de la LFT señala: “Las normas del trabajo tienden a conseguir el equilibrio entre los factores de la producción y la justicia social, así como propiciar el trabajo digno o decente en todas las relaciones laborales”. Para conseguir ese equilibrio existen organismos administrativos y jurisdiccionales, que tienen la calidad de terceros y pueden participar de formas diversas. Si los interesados lo deciden, pueden designar conciliadores, mediadores o árbitros.

En la instancia previa o simultánea al litigio ante tribunales, procede la intervención de organismos de conciliación. Si los conflictos se resuelven a través de un proceso, debe mediar un laudo o una sentencia dictada por árbitros o juzgadores.

Así, los MASC están diseñados para ajustarse a las necesidades de las partes y al tipo de controversia que presenten. Por lo tanto, es importante identificar los factores y características particulares de cada caso para decidir cuál método es el adecuado.

Asimismo, es importante considerar que, dependiendo del resultado que se busque, es el método para resolver la controversia:

- Conservar una relación en marcha.
- Solución privada de ganar / perder.
- Necesidad de una sentencia judicial.

a) Legislación sobre los MASC

En 2008, fue creada la reforma en materia penal que introdujo la figura de los MASC al ordenamiento constitucional en su artículo 17. Los beneficios de los MASC son depurar la impartición de justicia, crear un procedimiento donde las partes son las únicas involucradas y respetar las voluntades de los interesados. En un inicio, dichos mecanismos estaban enfocados a la materia penal, no obstante, los diversos beneficios que trae consigo dicha figura, ocasionaron su inclusión en otras ramas del Derecho como civil, laboral y mercantil. En la actualidad, se ha buscado homologar la manera en que operan los MASC para ramas ajenas al Derecho Penal, bajo una misma ley aplicable en toda la República mexicana.

Así, el sistema jurídico mexicano tiene, por una parte, la Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Materia Pe-

nal de 29 de diciembre de 2014; y por la otra, la iniciativa de Ley General de Medios Alternativos de Solución de Controversias de 5 de diciembre de 2017.

El 26 abril de 2018 la Cámara de Diputados aprobó el dictamen que expide la Ley General de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias, la cual permitirá un efectivo acceso a la justicia para todas las personas, especialmente para grupos más desprotegidos o en situación de discriminación, en la que se establece un vínculo importante con los principios de no confrontación, autogestión y protagonismo ciudadano en el tratamiento de la conflictividad. De igual manera, está orientada a solucionar problemas que alientan y generan desconfianza en las instituciones.

Consecuentemente, podrán atenderse problemas como falta de confianza en instituciones e impartición de justicia que se extiende a las autoridades, y a quienes intervienen en procedimientos jurisdiccionales, lo que impide una sólida cultura de la legalidad.

Entre otros beneficios, la ley establece que la controversia podrá resolverse mediante un mecanismo alternativo en el que los jueces exhorten a las partes, antes de la primera audiencia, a que acudan a una sesión informativa con un facilitador público o privado para que evalúen la posibilidad de resolver la controversia a través de dicho procedimiento.

Por último, el 30 de abril de 2018, se turnó la iniciativa a las Comisiones de Justicia y Estudios legislativos, ambas de la Cámara de Senadores y permaneciendo en estudio hasta el momento.

3 CONCILIACIÓN

En el caso de la justicia laboral mediante los Diálogos por la Justicia Cotidiana de 2015 es que comenzó a identificarse y delimitarse los elementos que la inhibían, advirtiendo, entre otros:

- a) El desaprovechamiento de la conciliación.
- b) La falta de modernización y agilización de procedimientos mediante el uso adecuado de tecnologías de información.
- c) La real independencia de las Juntas.

- d) El retraso en la práctica de notificaciones y exhortos.
- e) Las excesivas cargas de trabajo por asuntos que no son propios de su competencia laboral originaria.

Por lo tanto, es a partir de estos diálogos que se ultimó actualizar las disposiciones que rigen los procedimientos de carácter laboral; toda vez que, por una parte, resultaban inadecuadas respecto a la realidad de las relaciones laborales; y, por otra, no habían cumplido por completo su cometido, de manera que resultó necesario rediseñar, abundar y precisar los preceptos de esos cuerpos normativos, para lograr su eficaz cumplimiento.

Consecuentemente, lo que inició como un diagnóstico concluyó en la Reforma Constitucional de 24 de febrero de 2017,⁴ que sentó las directrices para una transformación sustancial en las relaciones de trabajo al determinar, entre otros puntos, la supresión de las Juntas de Conciliación y Arbitraje, quedando la resolución de las diferencias o los conflictos entre trabajadores y patrones a cargo de los tribunales laborales del Poder Judicial de la Federación o de las entidades federativas, así como una instancia conciliadora previa a los tribunales laborales.

Sobre este último punto, de lo que interesa, la reforma constitucional replanteo la función conciliatoria para que constituya una instancia prejudicial, a la cual deberán acudir trabajadores y patrones. Se describió el nuevo procedimiento que deberá observarse en la instancia conciliatoria, de manera que resulte eficaz para las partes; se propuso que esta etapa constara de una sola audiencia obligatoria, con fecha y hora debidamente fijadas de manera expedita y que las subsecuentes audiencias de conciliación solo se realizaran con el acuerdo de las partes, en la fecha que determinaran de común acuerdo.

Asimismo, ya en la reforma a la Ley Federal del Trabajo⁵ (LFT) en su artículo 684-E, se blindó el ejercicio de la conciliación al garantizar que

⁴ Secretaría de Gobernación, “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”, en *DOF*, 24 de febrero de 2017, http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5472965&fecha=24/02/2017

⁵ Ley Federal del Trabajo, publicada en el Diario Oficial de la Federación del 1 de abril de 1917. Última Reforma publicada el 2 de julio de 2019.

las partes en conflicto se encuentren debidamente citadas para la celebración de la audiencia conciliatoria, así como la posibilidad establecer sanciones, por su no presentación.

Con lo anterior, se busca que los nuevos órganos de impartición de justicia laboral se concentren en las tareas jurisdiccionales. En tanto, la función conciliatoria estará a cargo de centros de conciliación especializada e imparcial.

Así, las condiciones o presupuestos para que opere la conciliación son:

- a) Existencia de un conflicto: toda conciliación supone la existencia de un conflicto real o aparente.
- b) Existencia de las partes contendientes: la conciliación es un modo bilateral para abordar el conflicto y tratar de resolverlo; para ello debe haber diálogo, y que el conciliador proponga un arreglo para que las partes lo acepten.
- c) Legitimación de las partes, capacidad y personalidad: quiere decir que los derechos que se reclamen las partes pertenezcan real y jurídicamente a cada una de ellas.
- d) Que el derecho a deducir no hay sido declarado procedente o improcedente. Normalmente, la legislación adjetiva señala una etapa conciliatoria obligatoria en los procedimientos; la conciliación debe intentarse en cualquier etapa, siempre que el derecho reclamado no haya sido declara procedente o improcedente mediante sentencia o laudo.

3.1. Principios que rigen la conciliación

Ahora bien, debe puntualizarse que, si bien es cierto que en la conciliación no existe un proceso riguroso a seguir como en un proceso judicial, existen procedimientos flexibles que buscan hacer sentir cómodas a las partes, regidos por una serie de principios en los cuales el conciliador tiene la obligación de velar por su cabal cumplimiento.

Es por ello que, la importancia de los principios de la conciliación como un método alternativo de solución de conflictos es fundamental, toda vez que son precisamente sus características las que hacen la diferencia con un método adversarial.

a) Principio de voluntariedad

El principio de voluntariedad es la pieza clave para el procedimiento conciliatorio, toda vez que es necesaria la voluntad de las partes para someterse a este medio de solución, entendiéndose que debe ser por su propia decisión y no porque exista una obligación o imposición.

Ante la ausencia de la voluntad resulta inimaginable que pueda caber la aplicación de algún mecanismo para solucionar conflictos, a pesar de que, en la actual LFT, ya es un requisito *sine quan non* para acudir a la contienda jurisdiccional.

b) Principio de buena fe

Este principio se traduce en que el comportamiento de las partes en todo el procedimiento conciliatorio debe ser de manera honesta y leal para que el objetivo de la construcción de acuerdos pueda ser cumplido.

Las partes deben abstenerse de engañar; pues, si resultare un acuerdo fruto del mismo, se desviaría del objeto que tiene la conciliación, donde no solo se busca el acuerdo de las partes sino el restablecimiento de la paz social.

Cuando el conciliador tenga duda de la viabilidad de un acuerdo, tiene conocimiento o al menos un indicio de que está basado en información falsa o de mala fe, deberá recomendar a los conciliantes que se apoyen en expertos de la materia relacionada con dicho acuerdo antes de finalizarlo, y cuidar que tal intervención no perjudique o entorpezca el procedimiento de conciliación. Esto, en cumplimiento a los artículos 684-F⁶ y

⁶ Artículo 684-F.- El conciliador tendrá las siguientes atribuciones y obligaciones: I. Emitir el citatorio a la audiencia de conciliación, de conformidad con lo dispuesto en esta Ley; II. Aprobar o desestimar, según sea el caso, las causas de justificación para la inasistencia a la audiencia de conciliación, con base en los elementos que se le aporten; III. Comunicar a las partes el objeto, alcance y límites de la conciliación; IV. Exhortar a las partes para que presenten fórmulas de arreglo; V. Evaluar las solicitudes de los interesados con el fin de determinar la forma más adecuada para formular propuestas de arreglo, sin que ello implique la imposición de acuerdos; VI. Redactar, revisar y sancionar los acuerdos o convenios a que lleguen las partes; VII. Elaborar el acta en la que se certificará la celebración de audiencias de conciliación y dar fe, en su caso, de la entrega al trabajador de las cantidades o prestaciones convenidas; VIII. Expedir las actas de las audiencias de conciliación a su cargo, autorizar los convenios a que lleguen las partes, y las constancias de no conciliación en aquellos casos que ésta no fuere posible. Expedir las copias certificadas de los convenios y las actas de su

684-H⁷ de la LFT que determina las obligaciones, atribuciones y desempeño de los mismos.

c) Principio de neutralidad

Se refiere a la postura y mentalidad, está dirigido exclusivamente al conciliador, que debe mantener en todo momento y no ceder a sus propias inclinaciones o preferencias, libre de estereotipos, de emitir juicios u opiniones sobre los asuntos tratados, no mezclar sus posturas o consideraciones subjetivas con la de las partes para mantenerse incólume ante cualquier opinión o actitud de los conciliados.

Ser neutral implica también la ausencia de relación alguna (económica, emocional, asociativa o de autoridad) entre el conciliador y cualquiera de las partes de una disputa. Cualquier vínculo de este tipo podría afectar la neutralidad aparente o real del conciliador en el cumplimiento de sus deberes. Si el conciliador o alguna de las partes consideran que los antecedentes del conciliador permiten cierta posibilidad de modificar tendenciosamente su actuación, debe descalificarse él mismo apartándose de la tarea conciliatoria.

d) Principio de imparcialidad

Es aquel principio inherente al desarrollo del proceso de conciliación; a diferencia del principio de neutralidad, será importante manifestar al

cumplimiento; IX. Cuidar y verificar que en los acuerdos a que lleguen las partes no se vulneren los derechos de los trabajadores. Lo anterior sin perjuicio de que busque la potencialización con perspectiva de derechos sociales; X. Vigilar que los procesos de conciliación en que intervenga, no se afecten derechos de terceros y disposiciones de orden público, y XI. Las demás que establezca la presente Ley y demás normatividad aplicable.

⁷ Artículo 684-H.- Los conciliadores en el desempeño de sus atribuciones tendrán las siguientes obligaciones especiales: I. Salvaguardar los derechos irrenunciables del trabajador; II. Observar los principios de conciliación, imparcialidad, neutralidad, flexibilidad, legalidad, equidad, buena fe, información, honestidad, y confidencialidad; III. Tratar con la debida equidad y respeto a los interesados, procurando que todas las conciliaciones que se realicen concluyan en arreglos satisfactorios para los mismos respetando los derechos de las partes; IV. Cumplir con programas de capacitación y actualización para la renovación de la certificación; V. Abstenerse de fungir como testigos, representantes jurídicos o abogados de los asuntos relativos a los mecanismos alternativos en los que participen posteriormente en juicio; VI. Ser proactivo para lograr la conciliación entre las partes, y VII. Procurar el equilibrio entre los factores de la producción y la justicia social, así como el trabajo digno y decente.

inicio de todo proceso conciliatorio y hacer del conocimiento de las partes que el facilitador que interviene para la solución del conflicto no tiene un interés diferente al de coadyuvar a que los involucrados construyan, a través del diálogo y la comunicación efectiva, una solución que pueda derivar en la terminación de un juicio.

e) Principio de equidad

La equidad debe ser concebida como el respeto del sentido de la justicia aplicada al caso particular, materia de conciliación. El conciliador está obligado a generar condiciones de igualdad para que los conciliantes puedan lograr acuerdos mutuamente beneficiosos.

En este orden de ideas, debemos entender que la equidad en la conciliación significa que quien quiere conciliar debe entender que la manera más efectiva y justa de resolver los conflictos es aquella en que una parte reconoce el interés de la otra y a partir de allí busca una solución al problema existente.

De este modo, el acuerdo al que arribe el conciliador debe aparecer como justo y equitativo a los ojos de todas las partes. La responsabilidad del conciliador frente a las partes consiste en ayudarlas a obtener este tipo de arreglo.

f) Principio de confidencialidad

La información derivada del procedimiento conciliatorio es confidencial y no debe ser revelada a persona ajena a la conciliación, sin el consentimiento de quien proporcionó dicha información. La confidencialidad involucra al conciliador, a las partes, así como a toda persona que participe en el procedimiento conciliatorio.

Este principio es plasmado en el artículo 684-C de la Ley Federal del Trabajo, al establecer en su párrafo segundo y tercero que:

Los elementos aportados por las partes no podrán constituir prueba o indicio en ningún procedimiento administrativo o judicial. La información aportada por las partes en el procedimiento de conciliación, no podrá comunicarse a persona o autoridad alguna, a excepción de la constancia de no conciliación y, en su caso, el convenio de conciliación que se celebre, en cuyo supuesto el Centro de Conciliación deberá remitir en forma electrónica al Tribunal que corresponda los documentos referidos, mismos que deberán contener los nombres y domicilios aportados por las partes,

acompañando las constancias relativas a la notificación de la parte citada que haya realizado la Autoridad Conciliadora y los buzones electrónicos asignados.⁸

El tratamiento de los datos proporcionados por los interesados estará sujeto a la Ley General de Protección de Datos Personales en Posesión de Sujetos Obligados⁹ y a la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública.

g) Principio de economía

El principio de economía está orientado a que las partes ahorren tiempo y costos que les demandaría involucrarse en un proceso judicial. Consistente en que, para la rápida e imparcial prosecución y resolución del procedimiento conciliatorio, deben adaptarse los medios técnicos, logísticos y humanos más eficientes, evitando la dilación innecesaria, los trámites superfluos y redundantes; todo ello en beneficio de una pronta y mejor solución del conflicto.

Al respecto, y en aras de que este mecanismo tenga un periodo cierto de realización, la LFT determina que el citado procedimiento no deberá exceder de cuarenta y cinco días naturales y que la autoridad conciliadora tomará las medidas conducentes para que sus actuaciones se ajusten a dicho plazo.

3.2. Conciliación y Junta Local de Conciliación y Arbitraje de la Ciudad de México

En el área de la conciliación, la Junta Local de Conciliación y Arbitraje de la CDMX ha impulsado notoriamente su desarrollo. En 2013 solo contaba con 7 conciliadores de tiempo completo para 20 Juntas Especiales; actualmente cuenta con 28, y todos y cada uno de ellos con certificación. Esto, toda vez que la conciliación representa un 30% de conflictos solucionados por este medio.

⁸ Ley Federal del Trabajo, *op. cit.*

⁹ Ley general de protección de datos personales en posesión de sujetos obligados, publicada en el Diario Oficial de la Federación del 26 de enero de 2017.

En lo que va del año 2019, se han concluido 9,017 conflictos individuales por este medio, de las 19,579, que se iniciaron; lo que representa un 46%, no obstante, la conciliación dado su carácter puede ser realizada durante todo el procedimiento. Por lo que la citada cifra incluye no solo conflictos iniciados este año, sino también aquellos que continúan en proceso.

Sin embargo, aunque este esfuerzo tiene efectos significativos, no podemos olvidar que la conciliación es voluntaria; por lo que no es suficiente tener más conciliadores, sino mejorar las herramientas con las que trabajan, es decir, también es necesario mejorar los mecanismos que pueden convencer a las partes para que negocien.

En este sentido, en la Junta se ha buscado una política para proporcionar información a las partes que podría aumentar sus incentivos para negociar un acuerdo a sus demandas, como lo es calcular el valor de cada juicio previo a su inicio.

4. CONCLUSIÓN

El uso de medios alternativos de solución de conflictos como herramientas de solución tienen un grado casi absoluto de cumplimiento, pues lo convenido por las partes expresa realmente su voluntad y de ahí el compromiso en satisfacer las obligaciones adquiridas. Resulta también un medio expedito para dirimir las diferencias entre trabajadores y patrones.

Como fue enunciado, para que un conflicto sea neutralizado, debe ser resuelto, más que simplemente concluido, situación que se obtiene mediante la conclusión de un conflicto mediante una conciliación en la que el objetivo es solucionar el problema y no únicamente vencer a la contraparte como fin último.

Si bien la reforma constitucional obligó a crear una instancia pre-judicial encargada de la conciliación como requisito para instaurar un procedimiento laboral, no menos lo es que dicha función no puede ser olvidada por las autoridades jurisdiccionales durante el desarrollo del procedimiento dirimido ante ellos; ni tampoco lo es que ambas autoridades realizan sus funciones de manera aislada.

5. BIBLIOHEMEROGRAFÍA

Bibliografía

- Álvarez Trongé, Manuel, *Técnicas de negociación para abogados*, Buenos Aires, Argentina, Albeledo-Perrot, 1996.
- Cornelio Landero, Eglá, *Mediación, Mecanismo para la solución de conflictos laborales en México, horizontalidad de la justiciar*, Ciudad de México, Porrúa, 2017.
- Fierro Ferráez, Ana Elena, *Manejo de conflictos y mediación*, Ciudad de México, Oxford, CIDE, 2010.
- Peña González, Oscar, *Mediación y Conciliación extrajudicial, Medios alternos de solución de conflictos, Teoría y práctica*, Ciudad de México, Flores, 2017.

Documentos publicados en Internet

- Secretaría de Gobernación, “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”, en *DOF*, 24 de febrero de 2017, http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5472965&fecha=24/02/2017

Legislación

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 5 de febrero de 1917. Última Reforma publicada el 9 de agosto de 2019.
- Ley Federal del Trabajo, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 1 de abril de 1917. Última Reforma publicada el 2 de julio de 2019.
- Ley general de protección de datos personales en posesión de sujetos obligados, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 26 de enero de 2017.
- Ley nacional de mecanismos alternativos de solución de controversias en materia penal, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 29 de diciembre de 2014.

Convenios y tratados internacionales

- Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969.

Otros documentos

- Discurso inédito impartido por Ronald Dworkin al recibir el premio internacional Ludvig Holberg, el 28 de noviembre del 2007.

Iniciativa del Ejecutivo Federal. Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Materia Penal. Gaceta No. 96 Cámara de Senadores. México 2014.

MEDIOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS PARA DESCONGESTIONAR LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA. AMPLIACIÓN DEL DIÁLOGO SOCIAL COMO BASE DE ENTENDIMIENTO

Alternative Means of Conflict Settlement to Unburden the Administration of Justice. Enlargement of the Social Dialogue as a Basis of Mutual Understanding

Recepción: 16/08/2019

Aceptado para su publicación: 30/09/2019

TERESO MEDINA RAMÍREZ*

RESUMEN: Los medios alternos de solución de conflictos consisten en procedimientos distintos a los jurisdiccionales, que tienen como fin resolver los conflictos suscitados entre las partes, derivados de una confrontación de intereses, sin necesidad de una intervención jurisdiccional. Al respecto, es justo mencionar que la reforma al artículo 17 de la Constitución establece: “Las leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias.” Entre ellos se encuentran la negociación, la mediación, la conciliación y el arbitraje, en los que el poder de las partes puede ser mayor o menor en términos de la decisión.

PALABRAS CLAVE: negociación, mediación, conciliación, arbitraje.

* Licenciado en Derecho con especialidad Laboral. Maestro en Derecho laboral por la Escuela Libre de Derecho. Diputado Local en Coahuila, en las Legislaturas LIV y LVI y Presidente de la Comisión del Trabajo en las dos legislaturas. Diputado federal y presidente de la Comisión del Trabajo por la LXI Legislatura. Senador de la República e integrante de la Comisión del Trabajo en la LXIII Legislatura. Secretario General de la Federación de Trabajadores del Estado de Coahuila, CTM. Secretario General del Sindicato Nacional de Trabajadores de la Industria Metal-Mecánica, Sidero-Metalúrgica, Automotriz, y Proveedoras de Autopartes en General, de la Energía, sus Derivados y Similares de la República Mexicana “Miguel Trujillo López”. Coordinador y Asesor de diferentes sindicatos nacionales. Autor del Modelo Laboral denominado “Sindicalismo Responsable para México”. Fundador y Director del Centro de Formación Integral en Desarrollo del Talento Humano. Creador de la Universidad de Laboral de México 4.0 “Miguel Ramos Arizpe”, que estará incorporada a la Universidad Autónoma de Coahuila.

ABSTRACT: The alternative means of conflict settlement consist of procedures other than jurisdictional, which aim to resolve disputes that arise between the parties, without the need for judicial intervention. In this regard, it is fair to mention that the amendment to article 17 of the Constitution establishes: "The Law will provide alternative controversy-settlement mechanisms". Among these are negotiation, mediation, conciliation, and arbitration, in which the power of the parties may be greater or less in regard to the decision.

KEY WORDS: negotiation, mediation, conciliation, arbitration.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. MEDIOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS. 3. CONCILIACIÓN. 4. ARBITRAJE. 5. MEDIACIÓN. 6. NEGOCIACIÓN. 7. DIFERENCIAS ENTRE LOS MEDIOS ALTERNOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS Y LOS JUICIOS. 8. CONCLUSIONES. 9. BIBLIOHEMEROGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

El eje en que se desarrolla el presente documento parte del conflicto de intereses y los mecanismos de solución de estos. No son situaciones novedosas, ya que, desde la antigüedad, en el Derecho Romano, en la Ley de las XII Tablas¹ se establecían los medios procesales a través de los cuales las partes sometían su controversia ante un tercero denominado arbitro o juez privado; quien, en una audiencia en el foro daba solución a los planteamientos de las partes de una manera pronta y expedita, alcanzando el fin máximo que es la justicia, que se traduce en esa búsqueda del "constante y perpetua voluntad de darle a cada quien lo que se le debe o le corresponde", definido por el jurista romano Ulpiano.

Esta búsqueda constante por satisfacer esa necesidad social de justicia permite en la actualidad que el marco normativo se actualice y se incorporen figuras del pasado, como son los medios alternativos de solución de conflictos: la mediación, la conciliación y el arbitraje, los cuales se encuentran en México a partir del 2008. Su regulación podemos ubicarla inserta en el texto constitucional, puntualmente en el artículo 17, en su párrafo IV.²

¹ Morineau Iduarte, Marta, *Derecho Romano*, México, Oxford, 2005, p. 30.

² Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos publicada en el Diario Oficial de la Federación del 05 de febrero de 1917. Última reforma publicada en el DOF de 09 de agosto de 2019.

Podemos afirmar que, con la creación de estas figuras, no solo existe la vía jurisdiccional para la posible solución de un conflicto, lo cual sin duda brinda un mecanismo complementario a la justicia ordinaria.

Si trasladamos esto al Derecho del Trabajo, siempre ha sido materia de polémica y discusión, porque sus logros no siempre se obtuvieron de forma voluntaria y pacífica, sino como resultado de agitadas manifestaciones de los trabajadores, algunas fuertemente reprimidas, mediante las cuales se pretendía obtener mejoras a sus condiciones laborales, lo que reflejaba una lucha de clases.³

La propia Revolución Mexicana, como movimiento social, sentó las bases de un Derecho Laboral, que quedó plasmado a nivel constitucional en el artículo 123 de nuestra Carta Magna de 1917, trayendo por consecuencia la Ley Federal del Trabajo, del 18 de agosto de 1931, que es el marco que regula la protección a los derechos de los trabajadores, así como los procedimientos para solucionar las diferencias que surjan entre el patrón y el trabajador.

Posteriormente, los logros de la clase trabajadora y la interpretación que los órganos jurisdiccionales federales realizaron, moldearon su contenido primario y generaron la necesidad de crear una nueva Ley Federal del Trabajo, la cual entró en vigor el 1º de mayo de 1970.⁴

La Ley Federal de Trabajo, cita que el proceso del Derecho del Trabajo se regirá bajo los principios de: inmediación, inmediatez, continuidad, celeridad, veracidad, concentración, economía y sencillez procesal. Al igual que será público, gratuito, predominantemente oral y conciliatorio.⁵

³ Canton Moller, Miguel, *Lecciones de Derecho Procesal del Trabajo*, México, Pac, 1995.

⁴ Herrera Heredia, Héctor, *La Mediación como herramienta para evitar procesos laborales*, p. 1, <http://www.derecho.uady.mx/tohil/rev23/mediacion.pdf>

⁵ Artículo 685.- El proceso del derecho del trabajo se rige bajo los principios de inmediación, inmediatez, continuidad, celeridad, veracidad, concentración, economía y sencillez procesal. Asimismo, será público, gratuito, predominantemente oral y conciliatorio. Los Tribunales deben garantizar el cumplimiento de los principios y condiciones citados. El juez deberá atender al principio de realidad sobre los elementos formales que lo contradigan. Asimismo, se privilegiará la solución del conflicto sobre los formalismos procedimentales, sin afectar el debido proceso y los fines del derecho del trabajo. Cuando la demanda del trabajador sea incompleta, en cuanto a que no comprenda todas las prestaciones que de acuerdo con esta Ley deriven de la acción intentada o procedente, conforme a los hechos expuestos por el trabajador, el Tribunal, en el momento de admitir la demanda, subsanará ésta. Lo anterior sin

2. MEDIOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS

Para comprender en qué consisten los MASC, debemos partir por la conceptualización de sus términos; por ello, y de acuerdo con Francisco González,⁶ se debe entender por estos a los componentes puestos a la disposición de las partes, para poner fin a la controversia suscitada por la lucha de intereses, de una manera rápida, flexible y económica, sin la intervención jurisdiccional.⁷

La solución de conflictos y sus mecanismos requieren de un marco legal que lo permita, lo cual se actualiza en la normatividad mexicana con la reforma del artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que incorporó, como un derecho de los ciudadanos, la instrumentación y búsqueda de mecanismos alternativos de resolución de controversias. De ahí que, en nuestro Derecho Positivo hayan surgido una diversidad de conceptos asimilables, tales como amigable composición, acuerdo entre las partes, negociaciones, concertación, conciliación, mediación, arbitraje y justicia alterna.⁸

La reforma al artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece:

Las leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias (*omissis*) En la materia penal regularán su aplicación, asegurarán la reparación del daño y establecerán los casos en los que se requerirá supervisión judicial.⁹

La incorporación en la Constitución de los mecanismos alternativos de resolución de controversias va encaminado a fortalecer la necesidad social de una participación democrática, al privilegiar la par-

perjuicio de que cuando la demanda sea obscura o vaga se proceda en los términos previstos en el artículo 873 de esta Ley.

⁶ González de Cossío, Francisco, *La Escurridiza noción de Arbitraje: un ejercicio de definición tan arduo como importante*, 2010, p. 10, https://pdfs.semanticscholar.org/9927/8b78d-41720dc1e7cdeb60b1c4f37346158cf.pdf?_ga=2.48957423.812530835.1573098958-1447206456.1573098958

⁷ *Ibidem*, p. 2.

⁸ Fernández Cueva, María P., *Los mecanismos de solución de conflictos: una visión alternativa en la impartición de justicia*, UAEH.

⁹ Artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación del 05 de febrero de 1917. Última reforma publicada en el DOF de 09 de agosto de 2019.

ticipación de voluntades privadas en el manejo de los conflictos, y de esta manera convertir esta prescripción en una opción que tienen las personas para decidir por sí mismas sus conflictos, sin la intervención del Estado.

Podemos encontrar que en los medios alternativos se tiene la perspectiva de que las partes involucradas en una situación contradictoria logren, de por sí o asistidas por un tercero imparcial, encontrar una solución satisfactoria a su desavenencia sin tener que acudir a un órgano jurisdiccional.¹⁰

Tomando en cuenta lo anterior, podemos distinguir el grado de intervención que tiene un tercero en los medios alternativos, y con base en la intervención podemos clasificarlos.

Entre ellos se encuentran la negociación, la mediación, la conciliación y el arbitraje, en los que el poder de las partes puede ser mayor o menor en términos de la decisión.

El siguiente cuadro nos ofrece una explicación breve al respecto.

Medio alternativo	Intervención de un tercero
Negociación	Nula (a menos de que cuente con las facultades legales necesarias).
Mediación	Facilita la comunicación.
Conciliación	Facilita la comunicación y formula propuestas de arreglo.
Arbitraje	Decide el litigio y ejecuta su decisión.

Figura No. 1. Clasificación de medios alternativos

Fuente: Vado (s.f.)

Por otra parte, el artículo 4º de la Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Materia Penal¹¹ nos enlista 7 principios, que a la letra estipulan:

¹⁰ Mireles Quintanilla, Gustavo A., *Métodos Alternos de Solución de Conflictos, hacia una cultura de Justicia Participativa*. Cit. Márquez Algara, María Guadalupe, “Mediación y Administración de Justicia”, Aguascalientes, Universidad de Aguascalientes, 2004, pp. 75 y sigs, <http://www.pjenl.gob.mx/consejodjudicatura/CEMASC/Articulos/solucion.pdf>

¹¹ Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Materia Penal, Nueva Ley publicada en el Diario Oficial de la Federación de 29 de diciembre

Artículo 4. Principios de los Mecanismos Alternativos

Son principios rectores de los Mecanismos Alternativos los siguientes:

- I. Voluntariedad: La participación de los Intervinientes deberá ser por propia decisión, libre de toda coacción y no por obligación;
- II. Información: Deberá informarse a los Intervinientes, de manera clara y completa, sobre los Mecanismos Alternativos, sus consecuencias y alcances;
- III. Confidencialidad: La información tratada no deberá ser divulgada y no podrá ser utilizada en perjuicio de los Intervinientes dentro del proceso penal, salvo que se trate de un delito que se esté cometiendo o sea inminente su consumación y por el cual peligre la integridad física o la vida de una persona, en cuyo caso, el Facilitador lo comunicará al Ministerio Público para los efectos conducentes;
- IV. Flexibilidad y simplicidad: Los mecanismos alternativos carecerán de toda forma estricta, propiciarán un entorno que sea idóneo para la manifestación de las propuestas de los Intervinientes para resolver por consenso la controversia; para tal efecto, se evitará establecer formalismos innecesarios y se usará un lenguaje sencillo;
- V. Imparcialidad: Los Mecanismos Alternativos deberán ser conducidos con objetividad, evitando la emisión de juicios, opiniones, prejuicios, favoritismos, inclinaciones o preferencias que concedan u otorguen ventajas a alguno de los Intervinientes;
- VI. Equidad: Los Mecanismos Alternativos propiciarán condiciones de equilibrio Entre los Intervinientes;
- VII. Honestidad: Los Intervinientes y el Facilitador deberán conducir su participación durante el mecanismo alternativo con apego a la verdad.

Vado¹² menciona algunas de las razones por las cuales se dio origen a estos mecanismos alternativos de solución de conflictos:

- La monopolización del control judicial por parte del juez;

de 2014.

¹² Vado, L., “Medios alternativos de resolución de conflictos”, <http://www.cejamericas.org/Documentos/DocumentosIDRC/7nuevo.pdf>

- La profunda ineficiencia del juez para cumplir con la gran cantidad de demandas;
- La ignorancia y falta de actualización sobre la legislación nacional y los lineamientos internacionales firmados por el gobierno mexicano;
- La ignorancia de la sociedad sobre los mecanismos de impartición de justicia;
- Corrupción;
- El difícil acceso a la justicia en México.

Dentro de los límites del presente estudio, podemos clasificar que los medios de solución de conflictos son autocompositivos y heterocompositivos.

Carnelutti denomina a los autocompositivos como “equivalentes jurisdiccionales”, considerando que a través de los mismos se puede alcanzar la misma finalidad que con el proceso jurisdiccional, sin la necesidad de la intervención de un tercero. Los heterocompositivos son lo opuesto a los autocompositivos, ya que es necesario que un tercero ajeno a los intereses de las partes intervenga para poner fin al conflicto.

3. CONCILIACIÓN

De inicio, esta institución pertenece al ámbito laboral, se considera como parte esencial de las autoridades jurisdiccionales de la materia y de todos los conflictos que se susciten con motivo de las relaciones laborales.¹³

Es un procedimiento en el cual dos partes de un conflicto se reúnen con un tercero, ajeno e imparcial, que facilita la comunicación entre las personas enfrentadas para delimitar y solucionar el conflicto, y que además formula propuestas de solución.¹⁴ La conciliación tiene dos vertientes:

- Extraprocesal: se realiza fuera del proceso judicial. La tendencia es que sea realizada por profesionales del Derecho y no por jueces.

¹³ Gómez Alcántara, Antonio Isaac, *Conciliación y Mediación en el Derecho del Trabajo*, UNAM, 2014, p. 130, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3809/7.pdf>

¹⁴ *Ibidem*, p. 382.

- Intraprocesal: se presenta al inicio o previo a un proceso, y en todo caso, su intento es un requisito procesal. Se realiza dentro de un proceso judicial y tiene la finalidad de evitar la continuación del mismo.

Los maestros Trueba Urbina y De la Cueva lo tipifican como un procedimiento de autocomposición, es decir, que las partes sin necesidad de un juicio discutan acerca de sus derechos sobre un caso concreto, donde uno trata de establecer un pleito contra la otra con el fin de que lleguen a un arreglo amigable y favorecedor para ambos; interviene un tercero representando al Estado, y no como en la negociación que únicamente intervienen las partes. Se compone de etapa conciliatoria, obligatoria e ineludible.¹⁵

Los conciliadores no interpretan el Derecho ni las normas, les corresponde ponderar y equilibrar los intereses contrapuestos de las partes, lo que hace que sus resultados no tengan el carácter decisivo de una demanda.

En materia laboral, se establece con carácter obligatorio antes de recurrir al arbitraje; se llevan a cabo pláticas conciliatorias con personal debidamente calificado para su realización, que tienen como finalidad llegar a un acuerdo entre la trabajadora o el trabajador y el patrón, y con ello estar en posibilidades de evitar un juicio prolongado y desgastante para los mismos.

Lo anterior, considerando que la principal función de la Procuraduría de la Defensa del Trabajo es proponer a las partes interesadas soluciones conciliatorias y equitativas para el arreglo de sus conflictos.

4. ARBITRAJE

El experto en arbitraje, José Luis Sequeiros, nos dice acerca de tal medio alternativo que: “Este método involucra un proceso en que un tercero ajeno a las partes (árbitro) y designado normalmente por ellas, resuelve un diferendo que puede surgir o que ya ha surgido entre las mismas.”¹⁶ El arbitraje es la institución jurídica que permite a las partes confiar en la decisión de una controversia a uno o más particulares.¹⁷

¹⁵ *Ibidem*, p. 133.

¹⁶ Pereznieta Castro, Leonel (coord.), *Arbitraje comercial internacional*, México, Fontamara, 2000, p. 12.

¹⁷ Becerra Bautista, José, *El proceso civil en México*, 16a Edición, México, Porrúa, 1999, p. 17

Este se origina normalmente por acuerdo de las partes antes del choque de intereses, por medio de alguna cláusula compromisoria inserta en convenio por el que las partes acuerdan dirimir las controversias derivadas de la existencia de dicho negocio jurídico, por medio del arbitraje¹⁸ o, de igual manera, por medio del compromiso en árbitros, que es el contrato por el cual la controversia suscitada entre la partes sea resuelta por un árbitro, de acuerdo a lo prescrito por el Derecho o por equidad, y que en su caso se esté en presencia de un amigable componedor; en este caso, primero existe la oposición de las partes a cumplir con la pretensión de la otra y después convienen en dirimir sus diferencias frente a un árbitro.

Es el sometimiento de un litigio a un tercero neutral ajeno a las partes que lo deciden mediante una resolución llamada laudo, vinculativa para las partes, cuya ejecución obligatoria queda encomendada a un juez, previa homologación que este haga del laudo.¹⁹ Una de las características propias del arbitraje es que el árbitro nunca puede ejecutar sus resoluciones, sino que requiere del auxilio judicial.

Existen varios tipos de arbitraje:

- De estricto Derecho: en este el árbitro debe ceñirse al procedimiento establecido en ley para la resolución del litigio planteado.
- De equidad: las partes establecen un procedimiento específico a seguir, que debe respetar el árbitro, a quien incluso se le puede facultar para que decida el litigio sin ajustarse a las reglas de Derecho, sino con base en la equidad.
- Institucional: diversas agrupaciones sociales o privadas, como lo son las cámaras de comercio o de actividades empresariales, ofrecen servicios de arbitraje a sus miembros, proporcionando una lista de árbitros y proponiendo un procedimiento tipo.
- Privado: es el prestado por particulares, generalmente con un costo en honorarios por su participación como árbitros.
- Público: ofrecido por instituciones gubernamentales, y suele ser gratuito.

¹⁸ Gonzalo Uribarri Carpintero, *El arbitraje en México*, México, Editorial Oxford, 1999.

¹⁹ *Ibidem*, p. 386.

La diferencia con el proceso jurisdiccional es la existencia de jueces particulares que dirimen las controversias. Los litigios materia de arbitraje no deben ser de interés público, sino particular, por lo que se puede decir desde este momento que, en realidad, dentro del procedimiento laboral se está en presencia, no de un procedimiento arbitral, sino de uno jurisdiccional que tiene ciertos matices propios de la primera.

5. MEDIACIÓN

Es un sistema intermedio entre la conciliación y arbitraje, momento en que se recurre a una o varias personas que, con el carácter de expertos, examinan el conflicto planteado y así formulan un proyecto de recomendación para ser sometido a las partes en discordia.

El mediador puede sugerir fórmulas de acuerdo y soluciones alternativas, pero no actúa como juzgador, ya que no puede ni debe imponer su decisión a los contendientes si estos no llegan a un acuerdo por mutua aceptación. Colabora con las partes a identificar los puntos controvertidos, a explorar las posibles bases de un pacto en vía de solución.

Por otra parte, el mediador señala las consecuencias que podrían sobrevenir en caso de no alcanzar ningún acuerdo y aconseja a cada una de las partes a acomodar sus intereses a los de la contraria.²⁰ La relevancia de la mediación como instrumento jurídico alternativo es producir un alojamiento de la tensión existente entre las partes para llevarlas a una buena comunicación, en un enfoque de futuro ganar-ganar.

Las características de la mediación son:²¹

- Es una instancia eminentemente voluntaria. Las partes deciden participar o no en el proceso de mediación y ponerle fin en cualquier momento, no están obligadas a llegar a un acuerdo.
- Está basada en el principio de confidencialidad; es decir, que el mediador y las partes no pueden revelar lo sucedido en las sesiones, salvo autorización expresa de los medidos.

²⁰ *Ibidem*, p. 9.

²¹ Consultora Equipo IMCA, Asociación Civil, ¿Qué es la mediación?, 2017, <http://equipo-imca.com.ar/metodos/mediacion/>

- No está sujeta a reglas procesales. El procedimiento es absolutamente informal y flexible.
- Posee una real inmediatez. Las partes actúan por sí mismas.
- Es efectivamente cooperativa. Las partes actúan, negocian y proponen las soluciones. El acuerdo se hace a partir de los intereses de los involucrados.

La mediación se recomienda para aquellos casos en los cuales las partes en conflicto tienen una relación que, en un momento dado, puede y debe continuar con el tiempo.

El mediador es una persona profesional capacitada para dirigir este tipo de procesos; los interesados delegan la tarea de mediatizar entre las partes y ayudarlas a procesar los datos que generan el conflicto; su rol es asistir a las partes en el cotejo de sus respectivas posiciones con la realidad. Su posición es negociadora, colaborando con la búsqueda de soluciones, pero nunca sustituyendo a las partes en la elaboración de las mismas.

Las etapas dentro del proceso de la mediación son:²²

- Reducir la tensión emocional que predomina en el momento de la consulta;
- Crear una atmósfera adecuada para favorecer la cooperación;
- La introducción y negociación de un acuerdo entre las partes y el mediador;
- La recolección de los datos necesarios para poder trabajar;
- Y la base del análisis y negociación.

Como método alternativo de resolución de controversias, la mediación debería conservar siempre su carácter extrajudicial.

6. NEGOCIACIÓN

Es el proceso en el que dos o más partes, con intereses comunes y en conflicto, se reúnen para proponer y discutir propuestas explícitas con el objetivo de llegar a un acuerdo.

²² *Idem.*

En la negociación los acuerdos se realizan sin la intervención de un tercero imparcial, de tal forma que, para lograr el éxito del mecanismo, se requiere la conciencia de que las partes tienen un conflicto y se necesita resolver.

En materia laboral, la aplicación de la negociación se lleva a cabo determinando el plazo del contrato, el monto de la remuneración, horario; de igual forma en la negociación colectiva.

7. DIFERENCIAS ENTRE LOS MEDIOS ALTERNOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS Y LOS JUICIOS

Una de las principales diferencias es la voluntad de las partes a someterse a un diálogo, ya que en un MASC siempre existirá para poder dar solución al conflicto; en los juicios es muy raro que estén de acuerdo las partes.

Los MASC son flexibles y simples, estos carecerán de forma estricta para que las partes creen el entorno de diálogo y poder llegar a un acuerdo; los juicios siempre serán estrictos y formales; se resuelven mediante un convenio y los juicios se resolverán mediante una sentencia.

El tiempo de solución de un conflicto en los MASC será más rápido, ya que los juicios siempre son más lentos, más desgastantes y más caros para las partes.

8. CONCLUSIONES

El acceso a la justicia, de manera pronta, imparcial y gratuita es uno de los derechos humanos elementales que preservan la estabilidad y la paz social del país. Actualmente, la sociedad demanda mayor actividad jurisdiccional; sin embargo, los recursos materiales, económicos y humanos que se requieren para impartir justicia pronta y expedita, son insuficientes para atender todas las necesidades. Además, la sobrecarga de trabajo ha provocado en aumento la cantidad de juicios sin resolver; la tardanza en los procesos trae como consecuencia aumento en los niveles de desconfianza hacia las instituciones encargadas de impartir justicia y ocasiona en las personas involucradas un alto nivel de desgaste. Figuras

jurídicas como la negociación, mediación, la conciliación y el arbitraje, históricamente han privilegiado el diálogo y el acuerdo entre las partes.

México ha promovido diversos esfuerzos para introducir estos mecanismos alternativos. En el 2003 se creó el Centro de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, y en el 2014 el nuevo Código Nacional de Procedimientos Penales y la Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en materia Penal. Finalmente, los esfuerzos se cristalizaron en la Constitución, al facultar al Congreso de la Unión el establecimiento de mecanismos alternativos de solución de controversias.

El artículo 17 de la Constitución, al establecer las bases legales de los mecanismos alternativos de solución de conflictos, incentiva al Estado como garante de los derechos de sus ciudadanos a adoptar medidas que se inserten en una tendencia mundial de encontrar opciones que fortalezcan y transparenten la impartición de justicia, las cuales no tienden a disminuir la responsabilidad del poder judicial, sino, por el contrario, de racionalizar el uso de los recursos con los que cuenta y al mismo tiempo brindar a la sociedad opciones para el manejo del conflicto, lo que significa entrelazar dos sistemas interdependientes, los cuales convergen con el mismo propósito la resolución del conflicto.

Dentro de estos mecanismos encontramos la negociación, que es un acuerdo de voluntades que se hace entre dos partes sin la intervención de un tercero, con el fin de lograr un acuerdo común, con la característica de que busca un equilibrio ganar-ganar en la solución del conflicto.

Por otro lado, en la mediación, en la cual un tercero solo va a propiciar la comunicación entre las partes, ellas mismas van a encontrar la solución a su controversia por medio de propuestas para la solución de la controversia; el tercer no propone la solución.

Otro mecanismo es la conciliación, en la cual interviene un tercero que sí propone la solución y las partes deciden si se acatan a esa propuesta.

Por último, tenemos el arbitraje, que se establece a través de un contrato o cláusula para someterse a voluntad de un árbitro en el momento en que se suscite una controversia; el árbitro determina la forma de solución del conflicto.

Los principios rectores de estos mecanismos son la voluntariedad, información, confidencialidad, flexibilidad, equidad e igualdad.

Los MASC tienen varias ventajas y nos ayudan a crear una defensa más pertinente e idónea para los intereses de las partes. A continuación, se mencionarán las ventajas de hacer uso de estos métodos:

- Llevan menos tiempo en comparación con un juicio. Como sabemos, el llevar un litigio puede demorar años e incluso décadas; sin embargo, los métodos alternativos nos permiten llegar a una solución de una manera considerablemente más breve.
- Generan menos gastos y esto permite que un mayor número de intereses y de personas puedan ser debidamente asesorados a través de la defensa de sus derechos por métodos alternativos distintos al proceso judicial tradicional.
- Permiten un mayor número de soluciones. Los litigios normalmente son unilineales, en el sentido de que van sobre una sola dirección de una posible solución; los métodos alternativos permiten balancear poniendo en la mesa una serie más amplia de opciones que quizá nos permita tener un resultado favorable para ambas partes.
- Permiten atender los intereses de todas las partes, y no solo los intereses de la parte que gana en el litigio que sale adelante con sus pretensiones; es posible que haya un balance entre estos intereses y las partes pueden obtener ventajas recíprocas.
- Se tiene comunicación entre las partes. Normalmente, cuando se enfrentan dos partes en un litigio, la comunicación se rompe o es muy limitada; en cambio, aquellos métodos como arbitraje, mediación o conciliación permiten que esta comunicación se mantenga vigente y hacia adelante una vez que ha concluido la aplicación del método alternativo.
- Finalmente, los métodos alternativos de solución de conflictos permiten aumentar la posibilidad de que el fallo sea ejecutado, porque es un fallo que se da con la voluntad total de las partes, hay bastantes casos en los que en un proceso judicial se otorga la sentencia favorable y se ve con enormes dificultades para su eje-

cución. En ese sentido, los métodos también tienen la ventaja de una ejecución mucho más fácil y consensuada por las partes.

Por lo expuesto anteriormente, es necesario que los profesionales del Derecho conozcan estas vertientes de solución de conflictos, para ser conocidos no sólo por promotores de juicios, sino como resolutores de problemas.

9. BIBLIOHEMEROGRAFÍA

Bibliografía

- Becerra Bautista, José, *El proceso civil en México*, 16ª Edición, México, Porrúa, 1999.
- Canton Moller, Miguel, *Lecciones de Derecho Procesal del Trabajo*, México, Pac, 1995.
- Fernández Cueva, María P., *Los mecanismos de solución de conflictos: una visión alternativa en la impartición de justicia*, UAEH.
- Gonzalo Uribarri Carpintero, *El arbitraje en México*, México, Edición Oxford, 1999.
- Morineau Iduarte, Marta, *Derecho Romano*, México, Oxford, 2005.
- Pereznieto Castro, Leonel (coord.), *Arbitraje comercial internacional*, México, Fontamara, 2000.

Documentados publicados en Internet

- Consultora Equipo IMCA. Asociación Civil, “¿Qué es la mediación?”, 2017, <http://equipo-imca.com.ar/metodos/mediacion/>
- Gómez Alcántara, Antonio Isaac, “Conciliación y Mediación en el Derecho del Trabajo”, UNAM, 2014, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3809/7.pdf>
- González de Cossío, Francisco, “La Ecurridiza noción de Arbitraje: un ejercicio de definición tan arduo como importante”, 2010, https://pdfs.semanticscholar.org/9927/8b78d41720dc1e7cdeb60b1c4f37346158cf.pdf?_ga=2.48957423.812530835.1573098958-1447206456.1573098958
- Herrera Heredia, Héctor, “La Mediación como herramienta para evitar procesos laborales”, <http://www.derecho.uady.mx/tohil/rev23/mediacion.pdf>

Mireles Quintanilla, Gustavo A., “Métodos Alternos de Solución de Conflictos, hacía una cultura de Justicia Participativa”, <http://www.pjenl.gob.mx/consejodjudicatura/CEMASC/Articulos/solucion.pdf>

Vado, L., “Medios alternativos de resolución de conflictos”, <http://www.ceja-mericas.org/Documentos/DocumentosIDRC/7nuevo.pdf>

Legislación

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos publicada en el Diario Oficial de la Federación del 05 de febrero de 1917. Última reforma publicada en el DOF de 09 de agosto de 2019.

Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Materia Penal, Nueva Ley publicada en el Diario Oficial de la Federación de 29 de diciembre de 2014.

CONCILIACIÓN Y MEDIACIÓN LABORAL

Labor Conciliation and Mediation

Recepción: 12/08/2019

Aceptado para su publicación: 30/09/2019

PASCUAL HERNÁNDEZ MERGOLDD*

RESUMEN: A partir de la Reforma del 2017 en materia de conciliación, se beneficiará a trabajadores y patrones. El nuevo procedimiento laboral iniciará con una instancia obligatoria de conciliación. La adopción de un modelo de conciliación laboral eficiente requiere que el procedimiento de conciliación laboral se defina en la Ley de forma precisa y se determinen las características mínimas de capacitación, certificación, supervisión, verificación y evaluación de los conciliadores. Se propone la inclusión de la figura del conciliador laboral independiente, para propiciar la suficiencia de coberturas de los servicios de conciliación laboral. Se incluye propuesta de reformas a la Ley Federal del Trabajo. Se explica la conveniencia de la adopción de la mediación laboral.

PALABRAS CLAVE: Reforma en materia laboral, conciliación laboral, Centro Federal de Conciliación y Registro Laboral.

ABSTRACT: As of the 2017 reform, conciliation will benefit both workers and employers. The new labor procedure will begin with a compulsory stage of mediation. The adoption of an efficient labor-conciliation model requires that this procedure be precisely defined within the law and that the minimum characteristics of training, certification, supervision, verification and evaluation of the conciliators be determined. We propose the inclusion of an independent labor conciliator in

* Abogado licenciado en Derecho egresado de la Universidad Metropolitana y maestro en Gestión y Resolución de Conflictos: Mediación, por Universidad de Barcelona. En el Gobierno Federal fue consejero agrario y jefe de Acuerdos Presidenciales de la Secretaría de la Reforma Agraria y director de Legislación de la Secretaría de Salud; en el Gobierno del Estado de Guerrero, secretario de Desarrollo Social y secretario de Desarrollo Administrativo y Control Gubernamental, entre otros. Ha sido director general del Centro de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, secretario técnico y prosecretario del Infonavit. Ha sido catedrático o conferencista en instituciones tales como ITAM; Universidad de Barcelona, España; Universidad de Bérgamo, Italia; Universidad Nacional Autónoma de México; Instituto Nacional de Administración Pública, y Universidad Autónoma Metropolitana. Es autor de *Hacia un Sistema Mexicano de Mediación (evolución del marco normativo)* y es mediador privado certificado.

order to promote the sufficiency of coverage of the conciliation services. A proposal of amendments to the Federal Labor Law is included. The convenience of adopting labor mediation is explained.

KEY WORDS: Labor law reform, labor conciliation, Federal Center of Conciliation and Labor Registry.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LA CONCILIACIÓN EN EL PROCESO LABORAL. 3. PROPUESTA DE REFORMA A LA LEY FEDERAL DEL TRABAJO. 4. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

En la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 1824 se previó la conciliación, y en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917 se adoptó, en el artículo 123, la conciliación en materia laboral; con esa disposición de avanzada, se hizo del Derecho Laboral una institución novedosa a nivel mundial. A partir de la reforma del 2017, habrá de fortalecerse en beneficio de trabajadores y patrones.

La conciliación es todavía, junto con el arbitraje, el procedimiento alternativo más conocido en el Derecho mexicano, particularmente en el ámbito laboral. Lamentablemente debemos reconocer que la conciliación laboral no pasó de ser un trámite carente de las características del procedimiento de conciliación y que por excepción ha existido personal calificado para atender las conciliaciones laborales.

2. LA CONCILIACIÓN EN EL PROCESO LABORAL

Conforme a la fracción XX del apartado A del artículo 123 constitucional, reformado en 2017,¹ para resolver las diferencias o los conflictos entre trabajadores y patrones, antes de acudir a los tribunales laborales, estos deberán asistir a la instancia conciliatoria correspondiente. Esto significa que el nuevo procedimiento laboral iniciará con una instancia obligatoria de conciliación, de tal suerte que la no sumisión a esta ins-

¹ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación del 5 de febrero de 1917. Última Reforma publicada el 9 de agosto de 2019.

tancia implica la pérdida del derecho de acción ante los tribunales laborales, porque “para admitir a trámite la demanda, la parte actora debe acompañar necesariamente la constancia que acredite la conclusión del procedimiento de conciliación sin acuerdo entre las partes”, entre otros requisitos.

Un procedimiento conciliatorio impuesto como obligación procesal implica la existencia de personal capacitado para tal efecto; la existencia de un procedimiento formal de conciliación; y el establecimiento de reglas mínimas que deban cubrirse por parte del conciliador para, entre otras, analizar las razones que sustentan las demandas obreras y las excepciones patronales, pues de otra manera no habría forma de ofrecer términos de conciliación.

En torno al importante tema que es la conciliación laboral que nos ocupa, la Ley Federal del Trabajo,² reformada el 2 de julio de 2019, solo define la estructura y principales funciones del Centro Federal de Conciliación y Registro Laboral y de los Centros de Conciliación locales.

Sin duda, es de la mayor importancia aprovechar la oportunidad histórica de modernizar y consolidar la conciliación laboral, instituida hace más de un siglo en nuestra Constitución. Para lograr que la conciliación laboral efectivamente se transforme en una estrategia que reduzca la judicialización de los conflictos y fortalezca el cumplimiento de los convenios emanados de las partes, resulta conveniente que también se defina en la Ley el procedimiento de conciliación laboral de forma precisa, su necesario proceso y los conocimientos y las técnicas que la hagan asimilable, transmisible, evaluable y, por ende, legítima. De tal suerte que, oriente el modelo de gestión de las diferencias o los conflictos laborales, individuales y colectivos, dando el protagonismo a las partes implicadas.

Así mismo, es fundamental que en la Ley se determinen las características mínimas de capacitación, certificación, supervisión, verificación y evaluación de los conciliadores. Así mismo, fijar las normas básicas que los conciliadores habrán de seguir para cumplir con los requisitos de calidad y excelencia del servicio.

² Ley Federal del Trabajo, publica en el Diario Oficial de la Federación del 1 de abril de 1970. Última Reforma publicada el 2 de julio de 2019.

Para evitar cuellos de botella que retrasarían de manera inconveniente la celebración de la primera sesión de carácter obligatorio y, en su caso, las siguientes que se desarrollen en los asuntos que así lo ameriten, será indispensable contar con una cobertura suficiente de los servicios de conciliación laboral que las cargas de trabajo requerirán.

Es de la mayor relevancia tomar en cuenta que difícilmente, tanto el Centro de Conciliación y Registro Laboral como en los Centros de Conciliación locales, no podrán contar con sendas plantillas suficientes de conciliadores públicos, debido a la limitada disponibilidad de recursos fiscales, limitación que suele ser mayor en los presupuestos locales. Ello, combinado con el cúmulo de asuntos que habrán de atender los referidos Centros de Conciliación, pone en riesgo que los servicios de conciliación se transformen en cuellos de botella que retrasarán, de manera inconveniente, las acciones de conciliación, particularmente la celebración de la primera sesión de carácter obligatorio a que se refiere la fracción XX del Artículo 123, apartado A, Constitucional, con lo que se propiciaría, en muchos casos, que los conflictos laborales escalen a niveles más complejos.

El aprovechamiento eficiente de la conciliación laboral, que debe permitir el ahorro de tiempo, desgaste personal y dinero, requiere de la adopción de un modelo para lograr una cobertura suficiente, tanto en el Centro Federal de Conciliación y Registro Laboral como en los Centros de Conciliación locales. El modelo que resulta más viable es la inclusión de la figura del conciliador laboral independiente, de tal suerte que se aproveche la participación de profesionales particulares en la prestación del servicio de conciliación laboral.

Para el diseño e implantación de la figura del conciliador laboral independiente que se propone, conviene tomar en cuenta el modelo de mediación privada que se diseñó, reguló y aplica el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, ahora Ciudad de México. Constituye un régimen de descentralización por colaboración, en el que el Tribunal Superior de Justicia autoriza a profesionales que reúnen determinados requisitos, sujetos a una preparación técnica especializada, para que ofrezcan y proporcionen servicios de mediación en el proceso de solución de controversias, bajo la supervisión del propio órgano judicial.

Este modelo, que se utiliza exitosamente desde 2009, es el más avanzado y sólido. Es reconocido no solo a nivel nacional sino en otras latitudes, se

rige por diversas disposiciones de carácter legal y administrativo y cuenta con el reconocimiento de la Presidencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, con la recomendación de que se replique en todo el país ³.

3. PROPUESTA DE REFORMA A LA LEY FEDERAL DEL TRABAJO

Por lo expuesto, se propone la modificación a diversos artículos de los capítulos IX Bis y IX TER de la Ley Federal del Trabajo, reformada el 1º de mayo de 2019, para dar cumplimiento a la nueva fracción XX del apartado A del artículo 123 Constitucional, que se refiere a la conciliación laboral, así como a la creación de Centros de Conciliación en las entidades federativas y en el orden federal.

Cuadro 1. Propuesta de reforma a la Ley federal del trabajo.

CAPITULO IX BIS Del Centro Federal de Conciliación y Registro Laboral	CAPITULO IX BIS Del Centro Federal de Conciliación y Registro Laboral
Artículo 590-A.- Corresponde al Centro Federal de Conciliación y Registro Laboral las siguientes atribuciones: I. Realizar en materia federal la función conciliadora a que se refiere el párrafo cuarto de la fracción XX del artículo 123constitucional; II. Llevar el registro de todos los contratos colectivos de trabajo, reglamentos interiores de trabajo y de las organizaciones sindicales, así como todos los actos y procedimientos a que se refiere el párrafo cuarto de la fracción XX del artículo 123constitucional;	Artículo 590-A. Corresponde al Centro Federal de Conciliación y Registro Laboral las siguientes atribuciones: I. y II. (<i>omissis</i>)

³ Guillermo I. Ortiz Mayagoitia, Ministro Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Palabras pronunciadas en la sede del TSJDF, México, 7 de octubre de 2010.

Ex Legibus, 11, Octubre 2019: pp. 167-184

CAPITULO IX BIS Del Centro Federal de Conciliación y Registro Laboral	CAPITULO IX BIS Del Centro Federal de Conciliación y Registro Laboral
III. Establecer el Servicio Profesional de Carrera y seleccionar mediante concurso abierto en igualdad de condiciones a su personal;	III. Establecer el Servicio Profesional de Carrera y seleccionar mediante concurso abierto en igualdad de circunstancias a su personal y <i>a quienes sean certificados como conciliadores laborales independientes;</i>
IV. Establecer planes de capacitación y desarrollo profesional incorporando la perspectiva de género y el enfoque de derechos humanos, y	IV. Establecer <i>y aplicar la norma técnica de competencias laborales del conciliador laboral que defina con precisión las características mínimas de capacitación, certificación, supervisión, verificación y evaluación de los conciliadores, y</i>
V. Las demás que de esta Ley y la normatividad aplicable se deriven.	V. (omissis)
Artículo 590-B.- El Centro Federal de Conciliación y Registro Laboral se constituirá y funcionará de conformidad con los siguientes lineamientos: Será un Organismo Público Descentralizado del Gobierno Federal, con domicilio en la Ciudad de México y contará con oficinas regionales conforme a los lineamientos que establezca el Órgano de Gobierno. Tendrá 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, igualdad, confiabilidad, eficacia, objetividad, profesionalismo, transparencia y publicidad. Será competente para substanciar el procedimiento de la conciliación que	590-B. (omissis)

CAPITULO IX BIS Del Centro Federal de Conciliación y Registro Laboral	CAPITULO IX BIS Del Centro Federal de Conciliación y Registro Laboral
deberán agotar los trabajadores y patrones, antes de acudir a los Tribunales, conforme lo establece el párrafo quinto de la fracción XX del artículo 123, apartado A, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.	Será competente para substanciar el procedimiento de la conciliación que deberán agotar los trabajadores y patrones, antes de acudir a los tribunales laborales, conforme lo establece el párrafo XX del artículo 123, apartado A, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. <i>Las etapas mínimas del procedimiento de conciliación serán las siguientes:</i> <i>Sesión Informativa;</i> <i>Encuentro entre el conciliador y el trabajador o trabajadores y el patrón;</i> <i>Firma del acuerdo por el que las partes deciden someterse al procedimiento y de las reglas del procedimiento y del convenio de confidencialidad;</i> <i>Análisis del conflicto;</i> <i>Construcción de soluciones, y</i> <i>Final, en la que se revisarán los posibles acuerdos y se elaborará y firmará el convenio, en su caso.</i> <i>En cualquier momento del procedimiento, el conciliador podrá proponer soluciones a las mismas con la finalidad de construir una solución satisfactoria para ambas partes. En el caso de que no se llegue a encontrar solución al conflicto, se expedirá constancia de haber asistido a la sesión obligatoria.</i>

CAPITULO IX BIS Del Centro Federal de Conciliación y Registro Laboral	CAPITULO IX BIS Del Centro Federal de Conciliación y Registro Laboral
Además, será competente para operar el registro de todos los contratos colectivos de trabajo, reglamentos interiores de trabajo y las organizaciones sindicales, así como todos los procesos administrativos relacionados. El titular del organismo será su Director General. El nombramiento deberá recaer en una persona que tenga capacidad y experiencia en las materias de la competencia del organismo descentralizado, quien además de lo previsto en el artículo 123, apartado A, fracción XX de la Constitución, deberá cumplir con los requisitos que establezca la Ley de la materia.	Además, será competente para (<i>omissis</i>)
Artículo 590-C.- El Director General del Centro Federal de Conciliación y Registro Laboral tendrá las facultades siguientes: I. Celebrar actos y otorgar toda clase de documentos inherentes al objeto del Organismo; II. Tener la representación legal del Centro Federal de Conciliación y Registro Laboral, así como ejercer facultades de dominio, administración, y pleitos y cobranzas, con apego a la Ley y el estatuto orgánico; III. Otorgar poderes generales y especiales con las facultades que les competan, entre ellas las que requieran autorización o cláusula especial. Para el otorgamiento y validez de estos poderes, bastará la comunicación	Artículo 590-C.- (<i>omissis</i>)

CAPITULO IX BIS Del Centro Federal de Conciliación y Registro Laboral	CAPITULO IX BIS Del Centro Federal de Conciliación y Registro Laboral
oficial que se expida al mandatario por el Director General. Los poderes generales para surtir efectos frente a terceros deberán inscribirse en el Registro Público de la Propiedad y de Comercio en cada Entidad Federativa y Ciudad de México; IV. Sustituir y revocar poderes generales o especiales; V. Previa autorización de la Junta de Gobierno, instalar las Delegaciones u oficinas estatales o regionales, que sean necesarias para el cabal y oportuno cumplimiento de las atribuciones del Organismo Público Descentralizado; VI. Las demás que se requieran para el adecuado funcionamiento del Organismo, sin contravenir la Ley y el estatuto orgánico, y VII. Las demás que se deriven de la presente Ley, el estatuto orgánico y demás disposiciones legales aplicables. El Director General ejercerá las facultades a que se refieren las fracciones I, II y III bajo su responsabilidad y dentro de las limitaciones que señale el estatuto orgánico que autorice la Junta de Gobierno.	
Artículo 590-D.- La Junta de Gobierno del Centro Federal de Conciliación y Registro Laboral estará conformada por: a) El titular de la Secretaría del Trabajo y Previsión Social como miembro propietario o su suplente, quien fungirá como Presidente de dicha Junta de Gobierno;	590-D. (<i>omissis</i>) a) - e) (<i>omissis</i>)

CAPITULO IX BIS Del Centro Federal de Conciliación y Registro Laboral	CAPITULO IX BIS Del Centro Federal de Conciliación y Registro Laboral
b) El titular de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público como miembro propietario o su suplente; c) El titular del Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales como miembro propietario o su suplente; d) El Presidente del Instituto Nacional de Estadística y Geografía como miembro propietario o su suplente, y e) El Presidente del Instituto Nacional Electoral como miembro propietario o su suplente. Los suplentes serán designados por los miembros propietarios y deberán tener una jerarquía inmediata inferior a dichos propietarios en la dependencia u organismo público de que se trate. Sesionará válidamente con la asistencia de por lo menos la mitad más uno de sus miembros y siempre que se encuentre presente el que represente a la Secretaría del Trabajo y Previsión Social. Las decisiones de la Junta de Gobierno se tomarán por mayoría de votos de quienes concurran a sus sesiones, en caso de empate el Presidente tendrá voto de calidad. Para el cumplimiento de todas y cada una de las obligaciones a cargo del Organismo establecidas en esta Ley, la Junta de Gobierno se reunirá con la periodicidad que se señale en el Estatuto orgánico sin que pueda ser menor de cuatro veces al año.	

CAPITULO IX BIS Del Centro Federal de Conciliación y Registro Laboral	CAPITULO IX BIS Del Centro Federal de Conciliación y Registro Laboral
La Junta de Gobierno podrá acordar la realización de todas las operaciones inherentes al objeto de la entidad con sujeción a las disposiciones de esta Ley, y salvo aquellas facultades a que se contrae el artículo 58 de la Ley Federal de Entidades Paraestatales, podrá delegar discrecionalmente sus facultades en el Director General. La Junta de Gobierno tendrá las siguientes atribuciones indelegables: I. Establecer en congruencia con los programas sectoriales, las políticas generales y definir las prioridades a las que deberá sujetarse el Organismo relativas a la prestación de los servicios públicos que le corresponden en los términos de la presente Ley, sobre productividad, finanzas, investigación, desarrollo tecnológico y administración general; II. Aprobar los programas y presupuestos del Organismo, así como sus modificaciones, en los términos de la legislación aplicable. En lo tocante a los presupuestos y a los programas financieros, con excepción de aquellos incluidos en el Presupuesto de Egresos Anual de la Federación, bastará con la aprobación de la propia Junta de Gobierno; III. Expedir las normas o bases generales con arreglo a las cuales, cuando fuere necesario, el Director General pueda disponer de los activos fijos de la entidad que no correspondan a las operaciones propias del objeto de la misma;	La Junta de Gobierno tendrá las siguientes atribuciones indelegables: I. a IV. (omissis)

CAPITULO IX BIS Del Centro Federal de Conciliación y Registro Laboral	CAPITULO IX BIS Del Centro Federal de Conciliación y Registro Laboral
IV. Aprobar anualmente previo informe de los comisarios, y dictamen de los auditores externos, los estados financieros del Organismo y autorizar la publicación de los mismos;	
V. Aprobar la estructura básica de la organización del Organismo, y las modificaciones que procedan a la misma. Aprobar en su caso, el estatuto orgánico de dicho organismo, bajo los siguientes criterios: a) En la estructura básica del Organismo, deberá contemplar la instalación y funcionamiento de las Delegaciones del mismo en todas las entidades federativas, excepto en la Ciudad de México, en razón de que tiene establecida su Matriz y domicilio legal principal en dicha ciudad; b) Deberá contar con el personal suficiente y adecuado, así como de una Oficina Especializada de Asesoría a los o las trabajadoras para que los asista en la conciliación;	V. Aprobar la estructura básica del Organismo, y las modificaciones que procedan a la misma. Aprobar en su caso el estatuto orgánico del Centro, bajo los siguientes criterios: a) y b) (omissis)
VI. Nombrar y remover a propuesta del Director General, a los servidores públicos del organismo que ocupen cargos con las dos jerarquías administrativas inferiores a la de aquél, aprobar la fijación de sus sueldos y prestaciones, conforme a las disposiciones legales, presupuestales y administrativas correspondientes; VII. Nombrar y remover a propuesta de su Presidente, entre personas	c) <i>Autorizar la norma técnica de competencias laborales del conciliador laboral a que se refiere la fracción IV del artículo 590-A., a propuesta del Director General, y conocer la relación de los conciliadores laborales adscritos al Centro y de los profesionales independientes que hayan satisfecho los requisitos y sean certificados como conciliadores laborales.</i> VI. a IX. (omissis)

CAPITULO IX BIS Del Centro Federal de Conciliación y Registro Laboral	CAPITULO IX BIS Del Centro Federal de Conciliación y Registro Laboral
ajenas a la entidad, al Secretario quien podrá ser miembro o no del mismo; así como designar o remover a propuesta del Director General de la entidad al Prosecretario de la citada Junta Directiva, quien podrá ser o no miembro de dicho órgano o de la entidad; VIII. Analizar y aprobar en su caso, los informes periódicos que rinda el Director General con la intervención que corresponda a los Comisarios, y IX. Las demás facultades expresamente establecidas en la presente Ley.	

CAPITULO IX TER De los Centros de Conciliación de las Entidades Federativas y de la Ciudad de México	CAPITULO IX TER De los Centros de Conciliación de las Entidades Federativas y de la Ciudad de México
Artículo 590-E.- Corresponde a los Centros de Conciliación locales las siguientes atribuciones:	Artículo 590-E. <i>(omissis)</i>
I. Realizar en materia local la función conciliadora a la que se refiere el párrafo segundo de la fracción XX del artículo 123 constitucional;	I. Realizar en materia laboral la función conciliatoria a la que se refiere el párrafo segundo de la fracción XX del artículo 123, apartado A, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
II. Poner en práctica el Servicio Profesional de Carrera a que se refiere el numeral tres del artículo 590-A;	II. Poner en práctica, en su esfera de competencia, el Servicio Profesional de Carrera a que se refiere la fracción III del artículo 590-A;
III. Capacitar y profesionalizarlo para que realice las funciones conciliadoras referidas en el párrafo anterior, y	III. <i>Establecer y aplicar la norma técnica de competencias laborales del conciliador laboral que defina con precisión</i>

CAPITULO IX TER De los Centros de Conciliación de las Entidades Federativas y de la Ciudad de México	CAPITULO IX TER De los Centros de Conciliación de las Entidades Federativas y de la Ciudad de México
	<i>las características mínimas de capacitación, certificación, supervisión, verificación y evaluación de los conciliadores, para la realización de las funciones de conciliación laboral, y</i>
IV. Las demás que de esta Ley y su normatividad aplicable se deriven.	IV. (omissis)
Artículo 590-F.- Los Centros de Conciliación de las Entidades Federativas y de la Ciudad de México, encargados de la conciliación previa a la demanda jurisdiccional en el orden local, establecidos en el apartado A del artículo 123, fracción XX, párrafo segundo de la Constitución, se integrarán y funcionarán en los términos que determinen las leyes locales, con base a los siguientes lineamientos: Cada Centro de Conciliación se constituirá como Organismo Público Descentralizado de la respectiva Entidad Federativa, los cuales tendrán el número de delegaciones que se considere necesario constituir y contarán con personalidad jurídica y patrimonio propio, así como plena autonomía técnica, operativa, presupuestaria, de decisión y de gestión. Serán competentes para substanciar el procedimiento de la conciliación a la que deberán acudir los trabajadores y patrones, antes de presentar demanda ante los Tribunales, conforme lo establece el párrafo segundo de la fracción XX del artículo 123, apartado A, de la Constitución.	Artículo 590-F.- (omissis)

CAPITULO IX TER De los Centros de Conciliación de las Entidades Federativas y de la Ciudad de México	CAPITULO IX TER De los Centros de Conciliación de las Entidades Federativas y de la Ciudad de México
En su actuación se regirán por los principios de certeza, independencia, legalidad, imparcialidad, igualdad, confiabilidad, eficacia, objetividad, profesionalismo, transparencia y publicidad. Su integración y funcionamiento se determinará en su estatuto orgánico y su respectiva reglamentación, emitidos por el Poder Legislativo de la respectiva Entidad Federativa o de la Ciudad de México, según corresponda. Cada Centro tendrá un Órgano de Gobierno integrado por los titulares de las dependencias u organismos públicos que señalen las legislaciones locales y que salvaguarden el ejercicio pleno de la autonomía técnica, operativa, presupuestaria, de decisión y de gestión. La conciliación que imparta deberá ajustarse al procedimiento contemplado en la presente Ley.	

Fuente: elaboración propia.

Resultaría conveniente que también se incluyera la mediación laboral, por diversas razones; principalmente, porque la mediación tiene un sentido más cooperativo y creativo que la conciliación, pues el mediador no busca respuestas preestablecidas que resuelvan el objeto en conflicto, sino el acercamiento de las partes hacia disposiciones libres y voluntariamente concertadas que aligeren sus diferencias previas.

En el sistema de justicia mexicano se ha demostrado que la mediación es el procedimiento más eficaz, ya que son los propios intervinientes quienes gestionan la solución de su conflicto y en consecuencia aumenta significa-

tivamente el cumplimiento de los acuerdos, a diferencia de la conciliación, en la que en ocasiones se afirma que la solución se admitió pero que en todo caso fue una propuesta de los facilitadores.⁴

Es aún frecuente equiparar a la conciliación con la mediación y, si bien es cierto son conceptos que aún se confunden fácilmente, tienen diferencias que deben ser consideradas.

El conciliador puede construir propuestas que él considera adecuadas para las partes involucradas, lo que aumenta el riesgo de que las soluciones no sean aplicables en la realidad de las partes involucradas.

Ello significa que, a pesar de que la conciliación es un método eficiente en la gestión de conflictos, no logra ser un medio óptimo para disminuir la carga de casos o el desgaste de las partes e instituciones involucradas.

No debe soslayarse que la mediación tiene un sentido más cooperativo y creativo que la conciliación; por ello, la titular de la Secretaría del Trabajo y Previsión Social ha mencionado a la mediación como un mecanismo alternativo de solución de controversias que también ha de aplicarse en materia laboral.

Sin embargo, por ahora sería un gran avance lograr la definición de la conciliación laboral y la adopción de un modelo moderno, para lo cual habría de reformarse la Ley Federal del Trabajo, en los términos propuestos, y la adopción de la mediación laboral requeriría de una nueva reforma constitucional y luego la modificación a la legislación.

4. BIBLIOHEMEROGRAFÍA

Legislación

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación del 5 de febrero de 1917. Última Reforma publicada el 9 de agosto de 2019.

Ley Federal del Trabajo, publica en el Diario Oficial de la Federación del 1 de abril de 1970. Última Reforma publicada el 2 de julio de 2019.

⁴ Planteamientos en torno al proyecto de Ley General de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias, del XVII Congreso Nacional de Mediación, celebrado en la Ciudad de Puebla los días 19 a 22 de septiembre de 2017.

Otros documentos

Guillermo I. Ortiz Mayagoitia, Ministro Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Palabras pronunciadas en la sede del TSJDF, México, 7 de octubre de 2010.

Planteamientos en torno al proyecto de Ley General de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias, del XVII Congreso Nacional de Mediación, celebrado en la Ciudad de Puebla los días 19 a 22 de septiembre de 2017.

IMPLEMENTACIÓN DE LA ORALIDAD EFECTIVA EN LOS PROCESOS LABORALES. ASPECTOS TEÓRICOS Y PRÁCTICOS

Implementation of Effective Orality in Labor Processes. Theoretical and Practical Aspects

Recepción: 12/08/2019

Aceptado para su publicación: 12/09/2019

GABRIELA VELIA GAITÁN*
EDUARDO ELÍAS FLORES**

RESUMEN: El presente trabajo expone una mirada sobre el sistema de oralidad en los procesos laborales, enfocada en su concreto funcionamiento y el rol que debe asumir el juez a lo largo de las etapas del proceso para optimizar sus beneficios. Incursiona en el desarrollo de la audiencia conciliatoria y la legitimación del magistrado frente a los contendientes, e indaga críticamente acerca de su actividad en la búsqueda de la verdad, así como en el contenido de la sentencia emitida bajo este formato de actuación judicial, teniendo por norte la más justa resolución de las controversias.

PALABRAS CLAVE: sistema de oralidad, procesos laborales, audiencia conciliatoria.

* Jueza de Paz, integrante del Poder Judicial de la Provincia de Entre Ríos, República Argentina. Mediadora, especialista en Mediación Civil y Mediación Penal. Colaboradora del Proyecto de Nuevo Código Procesal Laboral para la provincia de Entre Ríos (2018). Integrante de la Comisión Redactora del Código Procesal de Familia de la Provincia de Entre Ríos (2019). Posgrado en Derecho de Familia e Infancia, Universidad Católica Argentina, 2017. Integrante del Grupo de Trabajo para la Implementación de la Oralidad y del Sistema de Notificación Electrónica, del Superior Tribunal de Justicia de E.R. Disertante del curso "Implementación de la Oralidad efectiva en los procesos de familia en Entre Ríos", 2018.

** Juez Laboral, integrante del Poder Judicial de la Provincia de Entre Ríos, República Argentina. Abogado Laboralista (2000-2013). Mediador prejudicial (2008-2013). Catedrático de la Universidad Católica Argentina, en la especialidad Derecho laboral. Doctorando de la carrera de Doctorado en Ciencias Jurídicas de la Universidad Católica Argentina. Capacitador del Instituto de Formación Judicial "Juan B. Alberdi" del Poder Judicial de E.R. (2014, 2015, 2016 y 2019). Autor del Proyecto de Nuevo Código Procesal Laboral para la provincia de Entre Ríos (2018). Autor de artículos de doctrina sobre Derecho Procesal Laboral.

ABSTRACT: The present work presents a glance on the orality system in the labor processes, focusing on its concrete functioning and the role that the judge must assume throughout the stages of the process in order to optimize its benefits. In addition, the text ventures into the development of the conciliatory hearing and the legitimation of the magistrate in regard to the parties, and critically investigates about his activity in the search for truth, as well as the content of the sentence issued under this format of judicial action, as he should be driven by the fairest resolution of disputes.

KEYWORDS: orality system, labor processes, conciliatory hearing.

SUMARIO: 1. ORALIDAD ¿PRINCIPIO O SISTEMA? 2. EL SISTEMA DE ORALIDAD. 3. EL ROL DEL JUEZ Y SU LEGITIMACIÓN FRENTE A LAS PARTES. 4. LA ORALIDAD Y EL ROL DEL JUEZ EN LA ETAPA Y AUDIENCIA DE PRUEBAS. 5. LA SENTENCIA BAJO EL SISTEMA DE ORALIDAD. 6. CONCLUSIÓN 7. BIBLIOHEMEROGRAFÍA.

1. ORALIDAD ¿PRINCIPIO O SISTEMA?

Desde la teoría general, es ampliamente conocido que no existe consenso sobre el número ni la jerarquía de los principios generales del Derecho; situación que también se refleja en los principios procesales, donde una ligera indagación muestra que su enumeración es un ámbito de mínima concordancia doctrinaria.¹

Como derivación de esa falta de coincidencia, es frecuente que a determinados conceptos o institutos se los catalogue como “principios” aunque no posean los atributos de tales, sin perjuicio de que su vital trascendencia en una determinada organización normativa no resulte discutible.

En nuestra opinión, apoyada en los conceptos del reconocido procesalista argentino Enrique Manuel Falcón, corresponde diferenciar los principios de los sistemas o modelos procesales. El autor explica que algunos doctrinarios llaman principios a los modelos constantes de la legislación, pero ellos no son principios sino sistemas; esto es, institutos derivados de la selección hecha por el legislador ante modelos de organización del procedimiento.²

¹ Piña, María del Carmen, “Principios del derecho procesal del trabajo. Una revisión acorde con los tiempos”, *Revista de Derecho Laboral*. Procedimiento laboral III, t. I, Santa Fe, Ciudad de México, Rubinzal Culzoni, 2008.

² Falcón, Enrique Manuel, *Tratado de Derecho Procesal Laboral. El proceso laboral nacional. Generalidades. El procedimiento*, t. I, Santa Fe, Ciudad de México, Rubinzal Culzoni, 2012.

De este modo los sistemas o modelos de aplicación pueden tener dos o más variantes, como la escritura y oralidad, los sistemas dispositivos, inquisitivos o mixtos, la composición unipersonal o colegiada del órgano, la doble o única instancia, el impulso oficioso o la instancia de parte, etc.

Mientras que, los principios, son líneas directrices fundamentales que deben ser imprescindiblemente respetadas para lograr el mínimo de coherencia que supone todo el sistema. No derivan de la legislación, sino que la fundan, y no admiten variaciones, pues no puede admitirse que una regla legal sea moral o inmoral, o que la sentencia pueda seguir una vía de congruencia o incongruencia.

En la literatura colombiana, Mestre Ordóñez y Rojas Quiñones refieren que, para quienes han profundizado al respecto, las reglas técnicas son aspectos o directrices procesales que no alcanzan la entidad de principios orientadores por su ausencia de vocación de universalidad y permanencia. A diferencia de los principios, las reglas técnicas son herramientas al servicio del proceso judicial que generalmente se formulan de forma binaria, es decir, aparejada con su contrario, y se adoptan escogiendo entre dichas posibilidades por razones de conveniencia, analizada frente al contexto espacial, temporal, social, económico y político, y por ende susceptibles de variación legislativa sin necesidad de confrontar postulados esenciales ni cometer “sacrilegios” jurídicos. Añaden más adelante que, aunque no es tema pacífico, los doctrinarios han catalogado como reglas técnicas las cuestiones atinentes al carácter dispositivo o inquisitivo del proceso, a la instancia única o múltiple, a la mediación o la inmediatez, a la oralidad o la escritura.³

En Argentina, Miguel Maza⁴ refiere a la oralidad y la concentración como caracteres o reglas de un modelo procesal, haciendo lo propio con

³ Mestre Ordóñez, José Fernando y Rojas Quiñones, Sergio, “La oralidad procesal. De sus postulados teóricos a su reglamentación adecuada”, <http://publicacionesicdp.com/index.php/Revistas-icdp/article/view/33>

⁴ Maza, Miguel Ángel, “Elogio de la inmediatez judicial. Algunas reflexiones sobre oralidad, inmediatez y los métodos más eficaces para procesar los litigios laborales”, *Revista Derecho del Trabajo*, Buenos Aires, La Ley, 2006. En similares términos se pronuncian Brito Peret y Comadira: si bien la noción de principios no resulta pacífica entre los cultores de la Filosofía del Derecho, algunos no son propiamente principios. “Procedimiento laboral en la provincia de Buenos Aires”, *Revista de Derecho Laboral*, núm. 2 Santa Fe, 2007.

la intermediación, aunque en otro aspecto de su análisis califica a este último como un principio, considerándolo esencial para el funcionamiento del proceso. Y en opinión de Mansueti,⁵ la oralidad no pertenece a la sustancia del proceso judicial, sino que más bien se presenta como nota característica de algunos mecanismos que la reciben para llevar a cabo algunos actos en particular.

También es del caso destacar que la exposición de motivos del Anteproyecto de Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica refiere explícitamente a su afiliación al “sistema de oralidad”, señalando que la oralidad es “el sistema más eficaz para la realización de los principios de publicidad, intermediación y concentración”, distinguiendo conceptualmente entre el sistema y los principios a los que aquel tributa.⁶

Todo ello, conduce a descartar –desde este punto de vista– que constituyan estrictamente “principios procesales” ciertos conceptos comúnmente enumerados como tales, pues constituyen sistemas o reglas procesales que, en todo caso, serían derivación de aquellos.

Desde la perspectiva arriba delineada, entonces, la oralidad no constituye propiamente un principio sino un sistema procesal que el legislador selecciona para organizar, bajo ciertas reglas específicas, el procesamiento de los conflictos en determinados fueros.

1. EL SISTEMA DE ORALIDAD

Partiendo de la ineludible observancia de derechos y garantías constitucionales, y mediante decisiones de política legislativa aplicada a la administración de justicia, los códigos rituales adoptan determinados sistemas conducentes a establecer procesos que alcancen metas de eficiencia.

En ese marco, la oralidad es un sistema en el que predomina la recepción y captación de los actos procesales a través de la palabra hablada,

⁵ Mansueti, Hugo R., “Oralidad y proceso laboral en Argentina”, Asociación Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Guillermo Cabanellas, 2019, <http://www.aidtss.org/oralidad-y-proceso-laboral-en-argentina>

⁶ Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica, 2019, http://www.iibdp.org/images/codigos_modelo/IIDP_Codigo_Procesal_Civil_Modelo_Iberoamerica.pdf

mientras que el proceso escriturario se caracteriza por hacerlo primordialmente mediante la expresión escrita.

La irrupción reciente de la oralidad, en el diseño procesal de numerosos países de Latinoamérica, obedece a diversos factores, entre los que se destaca –al menos en Argentina– el descontento social por la prolongada duración de los litigios y la falta de eficacia del servicio, lo que a su vez se vincula con el aumento de causas judiciales y la dificultad para procesarlas adecuadamente.

Incluso, el Código Iberoamericano de Ética Judicial⁷ reformado en la Cumbre Judicial Iberoamericana realizada en Santiago de Chile en 2014, señala puntualmente que la realidad actual de la autoridad judicial exhibe una visible crisis de legitimidad. Mientras que, el referido Anteproyecto de Código Procesal Modelo, califica a la oralidad como la solución más eficaz contra la excesiva duración del proceso penal, civil o laboral.

Ese complejo cuadro de situación ha llevado a considerar que una mayor oralización de los procesos, unida a la modernización de estos, mediante la incorporación de nuevas tecnologías de comunicación (videograbación de audiencias, digitalización de escritos, notificaciones electrónicas, entre otros), permitiría alcanzar significativas mejoras en la administración de justicia y, con ello, brindar respuesta a justificadas críticas del conjunto de la sociedad al respecto.

En un muy somero análisis, aquellos han sido los disparadores de políticas públicas más o menos recientes que, en cuanto a la oralidad refieren, nada nuevo descubren con el sistema en sí mismo, pues atinadamente se ha dicho que la oralidad en los procedimientos judiciales data de tiempos antiguos, incluso anteriores a la codificación.⁸

Como bien ha señalado la doctrina, tanto el sistema oral como el sistema escrito, no suponen la reproducción de la totalidad de los actos del proceso mediante uso de la palabra hablada o escrita, respectivamente.

Por el contrario, lo habitual es que el procedimiento contemple una mixtura de actos desarrollados en forma escrita y otros en forma oral, y

⁷ Cumbre Judicial Iberoamericana, 2019, <http://www.cumbrejudicial.org/web/guest/33>

⁸ Mansueti, Hugo R., *op. cit.*

será la preponderancia de unos u otros lo que otorgue al proceso la impronta de oralizado o escriturario.

Así, bajo el régimen de oralidad es frecuente que se formulen por escrito los memoriales introductorios de la instancia, como también la sentencia definitiva y las fundamentaciones recursivas, siendo los restantes actos estructurales del proceso cumplidos en forma oral.

Pero también se observan sistemas en que la contestación de la demanda se introduce en forma oral en una audiencia (España), o que el veredicto se dicta en forma oral (Chile), y otros en los que ciertos actos de la instancia de alzada se reproducen oralmente.

En Argentina la doctrina autoral señala que el formato con predominancia del mecanismo oral que mayores adhesiones presenta, es el llamado “proceso por audiencias”, destinado a los procesos de conocimiento; contando con una fase de proposición escrita y una o dos audiencias centrales. El proceso por audiencias típico regula dos audiencias: a) la audiencia previa o preliminar, con varias finalidades: conciliadora, subsanadora de defectos procesales, delimitadora de las cuestiones litigiosas y las probanzas admitidas; y b) el juicio o vista de causa, para la práctica de la prueba y la formulación de las conclusiones o alegatos.⁹

2. EL ROL DEL JUEZ Y SU LEGITIMACIÓN FRENTE A LAS PARTES

En este modesto aporte evitaremos ingresar en consideraciones teóricas acerca de la intermediación, la celeridad o la concentración de actos; por cuanto, sobrado material existe en la doctrina a su respecto.

En cambio, nos referiremos a esas reglas y principios en torno a la captación y reproducción oral de los actos del proceso, destacando su concreción práctica a través de la implementación del sistema de oralidad conjuntamente con el registro audiovisual del contenido y desarrollo de las audiencias.

En tanto las planificaciones normativas requieren de personas que las implementen llevándolas a la práctica, ningún sistema innovador podría,

⁹ Pauletti, Ana C. y Ramírez Amable, Valentina, La prueba en el proceso por audiencias, 2018, https://www.academia.edu/37623438/La_prueba_en_el_proceso_por_audiencias

por sí mismo, arrojar resultados positivos sin la confluencia de nuevos hábitos y conductas de trabajo que aseguren su funcionamiento en la forma proyectada.

En ese orden, adquieren importancia decisiva la intermediación y la concentración de actos, así como el insustituible rol activo y protagónico del juez, no solo en la conducción de las audiencias, sino del proceso en su totalidad.

Cuadra señalar que, el paulatino abandono de los procesos predominantemente escritos, para dar paso al sistema de oralización complementado con la incorporación de tecnología, trae consigo una sustancial modificación en el desarrollo de las audiencias, tanto preliminares como de recepción de prueba, dado que mientras en el sistema escrito es frecuente que el juez delegue el desarrollo de esos actos en personal subalterno limitándose a la suscripción del acta respectiva, con la implementación de la oralidad y el registro videograbado de audiencias ese vicio desaparece por completo, en la medida que las normas procesales tengan contemplada la nulidad de las audiencias que no fueran presididas por el magistrado y así surja de la videograbación.

Por lo tanto, de inicio aparece como un avance aportado por la oralidad efectiva, la renovada participación del juzgador en esos actos esenciales del proceso, con la señalada impronta de fuerte protagonismo; y todo ello, en cabal observancia de los postulados del principio de intermediación.

Un aspecto a destacar preliminarmente, de la labor del juez en este nuevo paradigma que nos propone el sistema de oralidad, es el conocimiento de las causas interiorizándose del tenor de los planteos, desde la introducción del reclamo y su respuesta, a fin de ingresar paulatinamente en la materia del conflicto.

Ese conocimiento circunstanciado del litigio tendrá vital incidencia en el desarrollo de la primera audiencia del proceso (llámese preliminar, conciliatoria, etc.), donde, al tomar contacto por vez primera con los litigantes, esa información pondrá de manifiesto su interés puesto en el caso, a la vez que le será útil para asumir un rol en el que, a favor de su eficacia, será indispensable que conduzca el encuentro estando cabalmente anoticiado de los términos de la reclamación y defensas opuestas,

así como de las pruebas en que se fundan. En suma, de las debilidades y fortalezas de cada una de las posturas parciales.

Ello, junto al adecuado manejo de herramientas de diálogo, le permitirá avanzar en su legitimación frente a los contendientes para, desde ese lugar, conducir la audiencia hacia el objetivo conciliatorio.

En este punto, cabe hacer un alto para señalar que existe una equivocada idea tácitamente instalada, consistente en que la legitimación del juez frente a las partes deriva suficientemente del poder jurisdiccional que le confiere su cargo.

Ese razonamiento es erróneo, al menos en cuanto refiere a su labor conciliatoria. El juez, más allá del cargo que ostenta y justifica su intervención en el caso, necesita legitimarse frente a los contendientes para optimizar su actuación con miras a lograr acuerdos conciliatorios pues, cabe recordarlo, las partes solo están compelidas a concurrir a la audiencia, mas no a celebrar convenios en ella.

Esto último solo lo harán en tanto resulten convencidos de que es lo mejor para sus intereses; y ese convencimiento en gran medida derivará a su vez de la mayor legitimación que el juez haya logrado en la audiencia, pues esa legitimación le permitirá operar sobre la convicción de los litigantes en punto a la conveniencia del acuerdo para sus intereses.

No es ocioso recordar aquí que, las partes en litigio arriban a la audiencia conciliatoria aferrados a una idea preestablecida sobre los derechos que le asisten y la solución que a partir de ellos debería recibir el caso. La tarea del juez –ardua, por cierto– radicará en ejercer influencia sobre esas ideas y en cierta forma “moldearlas” para que el litigante se convenza de arribar a un acuerdo conciliatorio que, como tal, consagre concesiones recíprocas. Lógicamente, para ello los contendientes deberán abandonar su postura inicial de la reclamación o resistencia, por el todo, para arribar al punto de razonable acuerdo, reduciendo sus iniciales pretensiones y concediendo ventajas o asumiendo sacrificios.

Ahora bien ¿Cómo se llega a ese resultado y cuál es el rol del juez en la búsqueda de ese objetivo?

De inicio, el juez no debe afrontar una audiencia conciliatoria sin el –antes apuntado– previo conocimiento de los pormenores del conflicto llevado a su despacho.

El fluido manejo que aquel exhiba ante los litigantes y sus letrados, de los planteos formulados en sus respectivos memoriales –con el mayor detalle posible–, coadyuvará a que los comparecientes se formen mejor concepto sobre el juzgador, y por tal conducto, comience a forjar su legitimación frente a ellos. Hay aquí algo de componente psicológico, en tanto quien desarrolla una idea que constituye su posición en el caso, ve con satisfacción que el destinatario del mensaje se haya detenido en su lectura y análisis, aun cuando no exprese coincidencia de opinión al respecto.

Pareciera oponerse a todo ello la problemática de acumulación de trabajo como impedimento para acceder a las audiencias munidos de la información sobre las circunstancias debatidas en el pleito.¹⁰

Sin embargo, ello tiene más de apariencia que de realidad, por una simple razón: en los juzgados especializados en materia laboral, la conflictividad suele presentarse mayormente sobre los mismos temas según la jurisdicción de que se trate y sus particularidades. Por ejemplo, en Argentina el trabajo clandestino es un problema endémico y una gran parte de la litigiosidad obedece a esa irregularidad, que frecuentemente viene denunciada en términos semejantes y amparándose en las mismas normas, e incluso con similar aportación probatoria. Lo propio puede decirse acerca de las defensas que se oponen ante reclamos del tipo. Ello, obviamente, simplifica la tarea del intérprete aún frente a la cantidad de pleitos por ese motivo, pues la experticia de aquel en el tratamiento de esos reiterados planteos le permitirá optimizar sus tiempos de análisis y sobrellevar de ese modo el mayor caudal de trabajo.

En esa línea de razonamiento, el jurista argentino Marcelo López Mesa sostiene que cuando el juez adopta una actitud proactiva, y encauza el trámite, logra que a largo plazo el trabajo de la oficina judicial disminuya, porque el proceso deja de ser un laberinto y las partes dejan de circular por él a tientas, evitando de tal forma mucha labor judicial.¹¹

¹⁰ El citado Anteproyecto de Código Procesal Civil Modelo, en su exposición de motivos califica como argumento falazioso el que señala que la pretensión de asignar varias funciones a la audiencia preliminar determinaría que los tribunales demoren en fijarlas, y vayan señalándose cada vez con más dilación para el futuro y el proceso se dilate, en lugar de abreviarse.

¹¹ López Mesa, Marcelo J., *El juez en el proceso. Deberes y máximas de experiencia*, Argentina, La Ley, 2012.

En otro orden, la legitimación deriva también de la implementación efectiva de herramientas de diálogo que conduzcan a generar en las partes la idea de que, comparta o no su postura, el magistrado comprende su problemática.

Lejos de constituir un dato menor, el hecho de que el juzgador realice un elemental ejercicio de empatía con el litigante, provoca inmediatamente un vínculo entre ambos, al que se sumará su letrado con solo verificar que el juez exhibe respeto por su labor profesional.

La connotación positiva de los aspectos de la postura parcial que así lo merezcan, será un dato confirmatorio de aquel respeto y contribuirá a que el juzgador no sea visto como un adversario por la sola circunstancia de propender a un acuerdo que implique efectuar concesiones al contendiente, impensadas antes de la audiencia.

El más eficiente despliegue de aquellas herramientas de diálogo requerirá que, tras un contacto inicial de las partes en forma conjunta, el magistrado disponga continuar el desarrollo de la audiencia en presencia de solo una de las partes (con su asistencia letrada) para hacerlo luego del mismo modo con la otra. Si bien no es necesario que esas reuniones privadas se extiendan por extensos minutos, su implementación trae consigo la generación de un espacio de confidencialidad en el que el litigante, sin la presencia de su contrario, se expone libremente y sin tapujos si así lo autoriza su abogado, y este lo hará en la medida que sienta confianza en el magistrado (allí aparece nítida la necesidad de previa legitimación).

Además, ese espacio también le será útil al juzgador para dar señales provisionales pero claras, sobre los aspectos favorables y desfavorables que surjan de su análisis liminar del planteo de la parte presente en la reunión.

Especialmente los aspectos desfavorables, enunciados prudentemente y con apoyo en los elementos que seguidamente analizaremos, cumplirán un rol decisivo en el vital objetivo de desplazar al litigante de la convicción traída a la audiencia (según la cual es el portador de la razón) y llevarlo hacia una posición que contemple la conveniencia y utilidad de arribar a un acuerdo conciliatorio.

Entre los elementos provechosos a los que echará mano el magistrado, para formar convicción acerca de la conveniencia de arribar a acuerdos

conciliatorios, se encuentran los antecedentes jurisprudenciales que, por su vinculación al tema debatido y emanar de tribunales superiores que pudieran intervenir en ese mismo caso, permitan suponer razonablemente que tendrían incidencia en la decisión a dictarse.

La exposición de esos precedentes en el contexto de reuniones privadas ayudaría a conmover la posición intransigente que un litigante pudiera asumir en esa instancia conciliatoria pues, aunque la mera noticia del fallo no implica necesariamente que el juez habría de seguir el mismo camino sentencial, la sola posibilidad de que ello pudiera ser así aportará un dato de ineludible consideración.

Desde otro ángulo, el valor de la experiencia y los datos objetivos que de ella se extraen, tanto respecto del juez, como de letrados especializados en el área, también suministra elementos de consideración –desde una mirada objetiva– en orden a las posibles vicisitudes y desenlace del litigio.

Ello es lo que usualmente se verifica en torno a la litigación de casos edificados sobre hechos de difícil comprobación, respecto a lo cual el análisis previo de los medios de prueba que intentan valerse las partes, muchas veces permite especular seriamente con el resultado que podría esperarse de ellos en un contexto de normalidad y en base al conocimiento que sobre esas vicisitudes probatorias ostentan todos los sujetos especializados que intervienen en el acto conciliatorio.

Aspectos tales como la jurisprudencia imperante o el resultado altamente aleatorio que supone la producción de algunos medios probatorios (testimoniales, cierto tipo de pericias) pueden ser traídos por el juez a la mesa de conciliación como elementos o componentes de riesgo que el acuerdo conciliatorio neutraliza. Y así, a mayor riesgo mayor debería ser también la disposición de las partes a conciliar el conflicto.

Existen, asimismo, otros datos que según las circunstancias podrían cumplir un rol relevante en la convicción de los litigantes. Uno de ellos está dado por las variables de la economía, especialmente en contextos de inestabilidad como los que cíclicamente se viven en la República Argentina. Los fenómenos inflacionarios, traducidos en constantes aumentos de precios, suelen ser especialmente considerados por los reclamantes para atender con interés propuestas conciliatorias de montos menores al pretendido, pero de rápida cancelación, y cuya inmediata disponibi-

lidad le permitiría al acreedor laboral escapar a los nocivos efectos que la inflación tendría sobre su crédito alimentario durante el tiempo que insumiría la tramitación del pleito.

Ese tiempo, a su vez, constituye un elemento objetivo de ponderación, si fuera expuesto en la mesa de diálogo con datos concretos sobre la dilación de los procesos según las diferentes instancias de trámite. En este aspecto, los litigantes aún si se encuentran convencidos de la procedencia de sus planteos, suelen razonar sobre la conveniencia de evitar extensas tramitaciones propias de las instancias recursivas –y cierto componente de riesgo inherente a ellas–, para en función de ello aceptar acuerdos que luzcan razonables.

También el riesgo latente de insolvencia del deudor, evidenciado en forma tal que no resulte una mera suposición sino a través datos tangibles que la muestren como una posibilidad cierta, al igual que la incobrabilidad del crédito en la magnitud reclamada, podrían ser tenidos en cuenta por el demandante ante una propuesta conciliatoria que, aunque menguada respecto de sus expectativas, permita conjurar esas indeseadas consecuencias al final de un largo pleito, que en definitiva no traduzca resultados económicos concretos más allá de la obtención de un veredicto favorable.

Por supuesto, la tarea conciliatoria del juez no debe conducir a hacia un acuerdo cuyos términos perforen pisos mínimos tutelados por reglas de orden público, habida cuenta que éstas constituyen una insoslayable limitación cuando se trata de derechos indisponibles. En este punto es conveniente recordar que, no sólo al acreedor interesa que el convenio no afecte derechos irrenunciables, sino también del deudor por cuanto éste pretende seguridad jurídica en el pacto conciliatorio, y difícilmente la obtenga con una homologación viciada de nulidad.

Finalmente, con frecuencia se advierte el impacto que genera en la convicción de los demandantes la descripción de un eventual escenario de derrota que incluya la imposición a su cargo de las costas y costos del proceso, generalmente relacionados en su cuantía a la medida del reclamo. Ese dato, muchas veces soslayado por las asistencias letradas, una vez expresado con detalles concretos y objetivos, incide fuertemente en el ánimo de quienes se aventuran a reclamaciones abultadas, pero de pronóstico incierto.

Cabe puntualizar que, cuando nos referimos a datos o elementos de consideración, deben ser objetivos y comprobables o notorios, pues la

introducción de opiniones subjetivas o especulaciones carentes de sustento, difícilmente conmoverían la posición del litigante que arriba a la audiencia convencido de su idea. Por el contrario, solo contribuirán a alejarlo del escenario conciliatorio que el juez intenta instalar.

Desde nuestro punto de vista, en este rol al juez le será más útil ejercer una escucha atenta, antes que acaparar la reunión con afirmaciones u opiniones de corte subjetivo, pues es en la posición de interlocutor interesado por la situación del litigante donde hallará su mayor legitimación, siendo a todas luces innecesario que ocupe el espacio, haciendo gala de conocimientos o criterios personales, los que además siempre pueden estar sujetos a revisión en las instancias de alzada.

Todos esos aspectos, y otros que exceden las limitaciones propias de este trabajo, pueden ser muy fructíferos en la labor conciliatoria del juez, utilizando adecuadamente las herramientas de diálogo y asumiendo una actitud empática hacia los litigantes.

Bien podría decirse que una de las claves del asunto radica en considerar que un buen conciliador es un “hábil generador de dudas”, pues será esa duda, instalada en la consideración del litigante que hasta ese momento se hallaba convencido de la procedencia de su planteo, lo que provoque que salga de la postura cerrada e intransigente para ponderar seriamente la conveniencia y el beneficio de arribar a un acuerdo que ponga fin al conflicto.

Si el magistrado carece del manejo de herramientas de diálogo como las arriba señaladas, no está de más acceder a capacitaciones que las proveen con cursos de breve duración. En tal sentido, es dable recordar que el citado Código de Ética Judicial señala que la obligación de formación continua de los jueces se extiende a los saberes y técnicas que puedan favorecer el mejor cumplimiento de su función.

Cumplido el primer recorrido de la audiencia preliminar, sin haber logrado un acuerdo conciliatorio que ponga fin al proceso, corresponderá al magistrado afrontar el segundo tramo de ese acto.

El despliegue óptimo de la oralidad con intermediación y concentración implicará que proceda sin dilaciones al análisis y depuración de las probanzas ofrecidas, pronunciándose en ese mismo acto y oralmente sobre su admisión o denegación, y resolviendo los planteos que se le formulen,

haciéndolo fundadamente a fin de no incurrir en decisiones arbitrarias que pudieran afectar la defensa en juicio.

En caso de contemplar el procedimiento la posibilidad de impugnar tales decisorios, ante el planteamiento del recurso, el juez también deberá expedirse sobre su admisión o denegación, en forma igualmente fundada y asignándoles el modo y efecto que corresponda.

Lógicamente, el dinamismo propio de la audiencia, potenciado además por la registración videograbada del acto, exige que, tanto el juez como los letrados intervinientes, actúen en todo momento, no solo con el debido conocimiento de las particulares del pleito, sino también con solvencia en la aplicación de las reglas procedimentales inherentes a su desarrollo, posibilitando que discurra fluidamente.

Posteriormente a esa primera audiencia, sin lograr acuerdo conciliatorio, será el direccionamiento del proceso hacia la etapa probatoria, incluyendo la fijación de la audiencia de prueba o vista de la causa a cierto plazo, en la que recibirá las probanzas que deban producirse oralmente (testimoniales, declaraciones de parte, presentación y explicaciones de pericias, entre otros.).

3. LA ORALIDAD Y EL ROL DEL JUEZ EN LA ETAPA Y AUDIENCIA DE PRUEBAS

En este tramo del proceso es donde con mayor nitidez aparece la necesidad de que el magistrado asuma un rol activo y comprometido con la búsqueda de la verdad, teniendo por norte el dictado de una sentencia edificada sobre los hechos debidamente comprobados y no en base a meros ritualismos o formalidades abstractas.

En el aspecto práctico esto implica que el juez, además del rol protagónico que cumplirá en la audiencia de recepción de las pruebas oralizadas, deberá, durante todo el desarrollo de la etapa probatoria, asumir una actitud comprometida que se concrete a través del control en la producción de las pruebas que se introduzcan antes de aquella audiencia (*vgr.*, periciales, informes) e incluso el dictado oficioso de las medidas probatorias que a su juicio resultaren útiles y conducentes hacia aquel objetivo,

disponiendo los actos procesales inherentes a su oportuna incorporación a la causa.¹²

Es oportuno recordar aquí que, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha dicho, siguiendo la jurisprudencia de la Corte Interamericana, que una de las exigencias del debido proceso legal en los juicios en que se debaten derechos sociales radica en el dictado de una sentencia que, además de encontrarse suficientemente fundada, se expida sobre el fondo del asunto traído a conocimiento del juez.

En tal sentido, en el caso de Carranza Gustavo contra la República Argentina, la Comisión Interamericana recordó primeramente que el artículo 25 de la CADH establece que la autoridad judicial competente debe decidir sobre los derechos de toda persona que interponga el recurso, explicando allí que decidir implica efectuar una *determinación entre los hechos y el Derecho*, que recaiga sobre la pretensión particular del reclamante. Concluyó la Comisión sosteniendo que el tribunal argentino había eludido determinar los derechos del peticionario y analizar la viabilidad de su reclamo, con lo cual le impidió gozar del derecho a un remedio judicial en los términos del citado precepto.¹³

En función de lo resuelto en esa y otras situaciones similares por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su informe la Comisión ha identificado al derecho a contar con una decisión fundada relativa al fondo del asunto, como uno de los componentes del debido proceso judicial y la tutela efectiva, señalando que, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte, los tribunales de justicia deben adoptar decisiones que permitan resolver el fondo de las controversias que se le planteen.¹⁴

Más aún, ese deber se desprende también de los mandatos emergentes del Código de Ética antes citado, según el cual en el Estado de Derecho al juez se le exige que se esfuerce por encontrar la solución justa; para

¹² El art. 88 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social de España, faculta al juez a dictar esas medidas como diligencias finales del proceso.

¹³ CIDH, Informe núm. 30/97, Caso 10.087, Gustavo Carranza, Argentina, 30 de septiembre de 1997.

¹⁴ CIDH, “El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, 2017, <http://www.cidh.org/countryrep/accesodesc07sp/accesodes-ci-ii.sp.htm>

lo cual, debe fundar adecuadamente sus sentencias, no solo en Derecho, sino también en los hechos que resulten relevantes, añadiendo que en *la persecución de la verdad de los hechos* los jueces deben servirse de medios legítimos, teniendo como finalidad última de la actividad judicial, la justicia de las resoluciones.

Ahora bien, difícilmente podrá el juzgador resolver fundadamente sobre el fondo de la controversia y hacer justicia si antes no produjo probanzas en cantidad y calidad suficientes para desentrañar los hechos realmente acontecidos. Así entonces, la renuencia a esclarecer los hechos debatidos conspira directamente contra la posibilidad de dictar una decisión que se precie de ser “fundada” sobre el fondo del asunto sometido a la jurisdicción.

En Argentina, un amplio sector de la doctrina ha criticado fuertemente y desde antaño la resistencia de los operadores judiciales a ejercer las facultades instructoras de oficio que les asignan las leyes procedimentales. En tal sentido, ya a mediados del siglo pasado se sostenía que el hecho de que nuestros tribunales fueran parcos en el ejercicio de las atribuciones acordadas por el ordenamiento procesal, se debía pura y simplemente a la abulia o inercia de los magistrados. Para poder hacer uso de esas facultades, debe seguirse la marcha del proceso, estar en contacto con las partes, seguir personalmente la prueba y —se decía ya en esa época— nada de eso hace el juez.¹⁵

Con igual énfasis, pasados más de sesenta años continúa advirtiéndose que, a pesar de las trascendentes potestades que surgen de la normativa vigente, la realidad cotidiana nos muestra un ejercicio prácticamente nulo de ellas, transformándose en letra muerta los dispositivos contenidos en el ordenamiento procesal.

Añade, en dicha opinión, que no cabe la menor duda de que el incumplimiento de los poderes conferidos y de los deberes impuestos a jueces y tribunales conspira seriamente con la eficacia de la actividad jurisdiccional, a la vez que critica la dualidad de dictar normas coincidentes con las de los países desarrollados y ejercer de hecho prácticas absolutamente divergentes, típicas del subdesarrollo.¹⁶

¹⁵ Lascano, David, “El principio dispositivo en el proceso moderno”, *Revista de Derecho Procesal*, Ediar, año IX, 3º y 4º trimestres, 1951.

¹⁶ Masciotra M, *Poderes-deberes del juez en el proceso civil*, Buenos Aires, Astrea.

La preocupación por el rol del juez se ha trasladado a nuestro Máximo Tribunal de la Nación, en tanto la Corte Suprema de Justicia ha dicho que la facultad de ordenar oficiosamente las medidas probatorias necesarias para el esclarecimiento de la verdad se torna de irrenunciable ejercicio donde la prueba es decisiva para la solución del litigio.¹⁷

También en España los autores explican que, en el proceso laboral, el predominio del principio inquisitivo del juez, inspirado en el orden penal, quiere servir de garantía para la obtención de la verdad real.¹⁸

En la doctrina autoral chilena se sostiene que la iniciativa probatoria de oficio ayuda a lograr mejores resultados acreditativos, teniendo dicha tarea el objeto de acercar el resultado probatorio al valor verdad, que deviene presupuesto necesario de la justicia de la decisión, pues si las consecuencias de las reglas jurídicas dependen de la verificación de los presupuestos de hecho, parece razonable que una mayor aproximación a la verdad de tales supuestos fácticos permitirá alcanzar una correcta aplicación de la norma.¹⁹

A modo de anticipo a las críticas que recibe esta tendencia, se dice también que la iniciativa probatoria del magistrado no pone en crisis el principio de igualdad, porque esa actividad ejercida de oficio sirve al proceso y no al interés individual de las partes, quienes, recién con la obtención del elemento y según su resultado, podrán encontrar o no un beneficio.

Tampoco se trata de que el juez pueda disponer cualquier tipo de medidas, avasallando los derechos y garantías que a los litigantes otorgan el ordenamiento constitucional y convencional, en tanto el ejercicio de aquellas facultades oficiosas cuenta con limitaciones tendientes, precisamente, a asegurar tales derechos y garantías.

¹⁷ CSJN, “Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Oilher, Juan Carlos c/ Arenillas, Oscar Norberto”, 2014.

¹⁸ Baylos, Antonio, “La igualdad de las partes en el proceso laboral y la tutela judicial efectiva”, cita de García-Perrote, *La prueba en el proceso laboral*, Civitas, Madrid, 1994, <https://dialnet.unirioja.es>

¹⁹ Aclara el autor, que no se refiere a alcanzar la verdad absoluta, sino tan sólo verdades relativas, contextuales y aproximadas. vid. Ampuero, Iván Hunter, “El principio dispositivo y los poderes del juez”, *Revista de Derecho de la pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Chile, vol. 35, núm. 2, 2010, <http://www.rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/viewArticle/752>

La doctrina nacional²⁰ enumera, entre otras, las siguientes:

- a) El respeto de los límites del contradictorio, que siguen en poder de los litigantes (son ellos, con el contenido del promocional y su contestación, que marcan esos límites). El juez no puede excederse de ese marco incorporando pruebas de hechos no alegados por las partes.
- b) La adecuada fundamentación en el dictado de la medida, ya que al tratarse del ejercicio discrecional de una facultad se impone con mayor rigor aún el deber de fundar, como lógico contrapeso al uso discrecional.
- c) La posibilidad de las partes, de impugnar su resultado, e incluso de ofrecer otras medidas que pudieran contrarrestar el efecto de las ordenadas oficiosamente.

Otro interesante punto de análisis lo constituye, a nuestro modesto entender, el de poner en su justo marco la exigencia de celeridad; insita a los procesos laborales, pero potenciada ahora desde el enfoque de la oralidad.

Consideramos que el indiscutible valor que ostenta la rapidez en la resolución de los litigios debe equilibrarse razonablemente con el imperativo de indagación de la verdad, de modo tal que la obsesión con que algunos asumen la oralidad para la concreción del mentado principio de celeridad, no desplace a un segundo plano la realización de todos los actos procesales que fueran necesarios para el esclarecimiento de la realidad acontecida.

En otras palabras, no parece válido sostener que para el logro de la ansiada paz social sea más útil una sentencia “formalmente” justa dictada en un proceso breve, que una enderezada a hacer justicia desde la verdad real obtenida en un proceso que en su búsqueda demande algo más de tiempo que el anterior. Antes bien, todo lo contrario.²¹

²⁰ Masciotra, Mario, *op. cit.*, pp. 100-123

²¹ En Colombia, Berrocal Durán sostiene que el fin no está relacionado con terminar el proceso rápidamente, sino en hacer efectivos los derechos sustanciales y fundamentales de las partes. Igualdad material de las partes en el proceso laboral: audiencias, conciliación y primera de trámite. *vid.* Berrocal Durán, Juan Carlos, Igualdad material de las partes en el proceso laboral: audiencias, conciliación y primera de trámite, http://www.scielo.org.co/scielo.php?pid=S0124-74412016000200009&script=sci_abstract&tlng=es

Dado que uno y otro constituyen valores, consideramos que la cuestión no debe plantearse en términos antagónicos, sino que el conductor del proceso debe lograr una razonable armonización entre la *celeridad* indispensable en los litigios donde se discuten derechos alimentarios, con la *eficacia* que debe alcanzar la administración de justicia en el desarrollo y resolución de los conflictos, para así, equilibrados ambos conceptos, propender decididamente hacia una verdadera tutela judicial efectiva.

Es que, si bien es claro que la justicia debe ser expeditiva, también lo es que debe lograr ese objetivo sin relegar el desentrañamiento de la verdad; pues, de lo contrario, el sistema judicial, lejos de componer las controversias, solo generaría más tensión social.

La exposición de motivos del ya citado Anteproyecto de Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica, aunque señala que la anormal duración del proceso comporta una denegación de justicia por lo cual debe reducirse al mínimo posible, seguidamente añade que la celeridad no debe traducirse en mengua del derecho de defensa ni de las garantías del debido proceso. Y ya hemos visto que entre los estándares que integran el debido proceso según el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, se encuentra el derecho a contar con una decisión sobre el fondo del asunto en disputa, cuyo esclarecimiento indudablemente requiere de una cierta actividad judicial que no supone, en su cumplimiento, contravención al principio de celeridad en la medida que observe parámetros de razonabilidad según la complejidad del tema.

Llegado el momento de la realización de la audiencia de prueba, o de vista de la causa, nuevamente aparece la necesidad de una actuación protagónica del juez en la conducción y desarrollo del acto.

El magistrado abordará por sí mismo la realización de los interrogatorios para recién después otorgarles a los letrados la facultad de hacerlo, momento este en el que controlará que las preguntas y planteos que formulen lo sean con ajuste a las disposiciones rituales pertinentes.

La dinámica de esta audiencia, nutrida de la intervención de todos los participantes, solo adquirirá la necesaria fluidez en la medida que el juez y los letrados se desenvuelvan con adecuado manejo de las reglas inherentes a ese acto. Su celebración bajo el sistema de oralidad y registro por medios audiovisuales, impondrá descartar todo tipo de improvisación e impericia profesional en su desarrollo.

Esto implicará que, tanto las partes al formular sus solicitudes y oposiciones, como el juez al proveer y resolverlas, deberán hacerlo con conocimiento de las cuestiones litigiosas y de las normas jurídicas que resulten aplicables.

Resultado de todo ello será una audiencia dotada de dinamismo y eficacia en la obtención de las pruebas, que garantizará el contacto entre el juez, los litigantes, abogados, testigos y peritos, en cabal observancia del principio de inmediación.

Lo propio en punto a la concentración de actos, puesto que la audiencia así desarrollada permitirá acumular en esa misma actuación un cúmulo de articulaciones y resoluciones, en tiempo razonablemente breve por medio de su registración videograbada y prescindiendo del acta escrita.

También la oralidad y el modo de captación del acto permiten que las alegaciones de las partes sobre el mérito de la prueba se realicen en forma oral, a lo que se añade que en los regímenes de algunos países incluso el veredicto pueda expresarse en forma verbalizada a la finalización de la audiencia.²²

Decía el maestro Ramiro Podetti hace más de sesenta años: concentrar la recepción de la prueba oral en una o en pocas audiencias, lograr que sea el juez quien la reciba y obtener que, entre ese acto decisivo para la suerte del litigio y la sentencia, transcurra el menor tiempo posible, es todo un programa máximo de reforma procesal. El día que se logren tanto en la ley como en los hechos, esas tres aspiraciones, se habrá dado un gran paso en el mejoramiento de la justicia y en la adecuación del fallo a la verdad (real y no formal o sofisticada).²³

4. LA SENTENCIA BAJO EL SISTEMA DE ORALIDAD

No solo las actuaciones previas al dictado del veredicto devienen influenciadas por la oralidad, sino que ésta también repercute en la sentencia de un modo directo e indirecto.

²² Código del Trabajo de la República de Chile, art. 457.

²³ Podetti, J. Ramiro, *Derecho Procesal Civil, Comercial y Laboral*, Tratado de la competencia, Principios y normas generales, t. I, 1ª parte, Ediar Soc. Anónima Escritores, Argentina, 1954, p. 77.

En cuanto a lo primero, resulta propio de este sistema que el pronunciamiento sea dictado casi inmediatamente después de recibidas las pruebas de producción oral. En tal sentido, el artículo 457 del Código del Trabajo de la República de Chile prevé que el juez podrá pronunciar el fallo al término de la audiencia de juicio; y el artículo 97 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social de España, establece el plazo de cinco días para el dictado de la sentencia computados desde la audiencia de recepción de pruebas.

Ello, por cuanto dicha inmediatez contribuye a que el juzgador mantenga vívida en su memoria las declaraciones recibidas en la audiencia e incluso los aspectos concernientes a la comunicación gestual o no verbal captadas en su desarrollo.

En cuanto a lo segundo, cabe asumir que aquellas particularidades del proceso oralizado antes descriptas, especialmente con respecto a la labor probatoria, tendrán su consecuente reflejo en el contenido del veredicto que habrá de hacer anclaje en la materialidad de los hechos constitutivos de la controversia, y no una mera hilación de razonamientos dogmáticos y formulismos rituales.

En Argentina, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha criticado severamente y desde hace décadas que las sentencias excluyan de la solución del caso su visible fundamento de hecho, advirtiendo que la renuncia consciente a la verdad es incompatible con el servicio de justicia.

A lo que añade que, en tanto las leyes procedimentales otorgan a los magistrados facultades de disponer las medidas necesarias para esclarecer los hechos debatidos, esa facultad no puede ser renunciada cuando sea indudable su eficacia para la determinación de la verdad.²⁴

Criterio que ha reiterado en pronunciamientos de fecha reciente (poniendo de relieve que se trata de una posición sostenida en el tiempo) en los que sostuvo que el proceso judicial no se trata del cumplimiento de ritos caprichosos y estrictamente formales, sino del desarrollo de procedimientos destinados al establecimiento de la verdad jurídica objetiva, que es su norte.²⁵

²⁴ CSJN, en autos “Colalillo, Domingo c/ Compañía de Seguros España y Río de La Plata”, 1957.

²⁵ CSJN, “Recurso de hecho deducido por CEMIC y FLENI en la causa Pugibet s/ sucesión testamentaria”, 2016.

Como así también que, la renuncia consciente a la verdad es incompatible con el adecuado ejercicio de la función jurisdiccional, y nada excusa la indiferencia de los jueces respecto de la objetiva verdad en la augusta misión de dar a cada uno de lo suyo.²⁶

5. CONCLUSIÓN

Los aspectos hasta aquí analizados en este modestísimo aporte, exhiben a la oralidad como el instrumento más ajustado al propósito o finalidad última del proceso en punto a la dilucidación de la verdad jurídica objetiva, a favor de propender a la paz social a través de la justa composición de los conflictos.

Sin embargo, no debe soslayarse que, ni el mejor sistema procesal que pudiera diseñarse, ni la incorporación de las más avanzadas tecnologías, serán suficientes para lograr los objetivos perseguidos si las personas no asumen que el progreso solo podrá llegar de la mano de un cambio de mentalidad en los operadores,²⁷ que incluya hábitos de trabajo y compromiso con la comunidad, a la cual se dirige el servicio de justicia.

Ello así, pues “si queremos cambios en la justicia, si queremos legitimarnos ante una sociedad desencantada, no podemos seguir distantes de ella, no podemos continuar con las mismas prácticas que han demostrado su fracaso, debemos animarnos a cambiar para mejorar, el camino no estará exento de errores, de retrocesos, pero el avance que ha comenzado estamos convencidos ya no se detendrá”.²⁸

²⁶ CSJN, “Lorenzano Viviana c. Estado Nacional”, 2016.

²⁷ Según la Exposición de Motivos del Anteproyecto de Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica, la figura del Juez deviene principal, en la cual se asienta la reforma estructural de la Justicia. Añade que si bien resulta importante la infraestructura y los mejores códigos, todo ello no cumplirá nuestros objetivos sin buenos jueces.

²⁸ Orrantía, Héctor Rodrigo, *La implantación de la oralidad en la Provincia de Corrientes y el procedimiento laboral*, Rubinzal.

6. BIBLIOHEMEROGRAFÍA

Bibliografía

Falcón, Enrique Manuel., *Tratado de Derecho Procesal Laboral. El proceso laboral nacional. Generalidades. El procedimiento*, t. I, Santa Fe, Ciudad de México, Rubinzal Culzoni, 2012.

López Mesa, Marcelo J., *El juez en el proceso. Deberes y máximas de experiencia*, Argentina, La Ley, 2012.

Orrantía, Héctor Rodrigo, *La implantación de la oralidad en la Provincia de Corrientes y el procedimiento laboral*, Rubinzal.

Hemerografía

Ampuero, Iván Hunter, “El principio dispositivo y los poderes del juez”, *Revista de Derecho de la pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Chile, vol. 35, núm. 2, 2010, <http://www.rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/viewArticle/752>

Berrocal Durán, Juan Carlos, “Igualdad material de las partes en el proceso laboral: audiencias, conciliación y primera de trámite”, *Justicia*, núm. 30, julio-diciembre, 2016, http://www.scielo.org.co/scielo.php?pid=S0124-74412016000200009&script=sci_abstract&tlng=es

Brito Peret J. I. y Comadira, G. L. “Procedimiento laboral en la provincia de Buenos Aires”, *Revista de Derecho laboral*, núm. 2 Santa Fe, 2007.

Lascano, David, “El principio dispositivo en el proceso moderno”, *Revista de Derecho Procesal*, Ediar, año IX, 3º y 4º trimestres, 1951.

Masciotra, Mario, “Los Poderes-deberes del juez en el proceso civil”, *Revista Jurídica Primera Instancia*, México, núm 4, 2015.

Maza, Miguel Ángel, “Elogio de la intermediación judicial. Algunas reflexiones sobre oralidad, intermediación y los métodos más eficaces para procesar los litigios laborales”, *Revista Derecho del Trabajo*, Buenos Aires, La Ley, 2006.

Piña, María del Carmen, “Principios del derecho procesal del trabajo. Una revisión acorde con los tiempos”, *Revista de Derecho Laboral*. Procedimiento laboral III, t. I, Santa Fe, Ciudad de México, Rubinzal Culzoni, 2008.

Podetti, J. Ramiro, *Derecho Procesal Civil, Comercial y Laboral*, Tratado de la competencia, Principios y normas generales, t. I, 1ª parte, Ediar Soc. Anónima Escritores, Argentina, 1954.

Documentos publicados en Internet

Cumbre Judicial Iberoamericana, 2019, <http://www.cumbrejudicial.org/web/guest/33>

García-Perrote, *La prueba en el proceso laboral*, Civitas, Madrid, 1994, <https://dialnet.unirioja.es>

Mansueti, Hugo R., “Oralidad y proceso laboral en Argentina”, *Asociación Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Guillermo Cabanellas*, 2019, <http://www.aidtss.org/oralidad-y-proceso-laboral-en-argentina>

Mestre Ordóñez, José Fernando y Rojas Quiñones, Sergio, “La oralidad procesal. De sus postulados teóricos a su reglamentación adecuada”, <http://publicacionesicdp.com/index.php/Revistas-icdp/article/view/33>.

Pauletti, Ana C. y Ramírez Amable, Valentina, “La prueba en el proceso por audiencias”, 2018, https://www.academia.edu/37623438/La_prueba_en_el_proceso_por_audiencias

Legislación

Código del Trabajo de la República de Chile.

Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica, 2019, http://www.iibdp.org/images/codigos_modelo/IIDP_Codigo_Procesal_Civil_Modelo_Iberoamerica.pdf

Tratados y convenios internacionales

CIDH, Informe núm. 30/97, Caso 10.087, Gustavo Carranza, Argentina, 30 de septiembre de 1997.

CIDH, *El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, 2017, <http://www.cidh.org/countryrep/acces-odesc07sp/accesodesci-ii.sp.htm>

CSJN, en autos “Colalillo, Domingo c/ Compañía de Seguros España y Río de La Plata”, 1957.

CSJN, “Lorenzano Viviana c. Estado Nacional”, 2016.

CSJN, “Recurso de hecho deducido por CEMIC y FLENI en la causa Pugibet s/ sucesión testamentaria”, 2016.

CSJN, “Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Oilher, Juan Carlos c/Arenillas, Oscar Norberto”, 2014.

Cumbre Judicial Iberoamericana, 2019, <http://www.cumbrejudicial.org/web/guest/33>

ORALIDAD AL SERVICIO DE LA BÚSQUEDA DE LA VERDAD EN EL PROCESO LABORAL

Orality at the Service of the Search for Truth in the Labor Process

Recepción: 23/08/2018

Aceptado para su publicación: 30/09/2019

JORGE ANDRÉS YURI*

RESUMEN: En el presente trabajo se aborda uno de los problemas de la justicia contemporánea, la confrontación de la verdad real contra verdad formal, para lo cual se realiza un estudio preliminar de las normas aplicables a la búsqueda del resarcimiento de daños causados a las personas, el cual se enfoca en la tutela judicial efectiva, para después, traspolarlo a la materia laboral, estudiando la norma adjetiva. Se analizan las facultades del juzgador en el proceso del trabajo, tomando en cuenta las desventajas sociales que puedan surgir de la relación laboral, así como de un sistema de justicia oral. Se analizan los límites que debe tener el juez durante la etapa probatoria y la necesidad de dictar sentencias solo cuando se tenga un conocimiento cierto de los hechos. Por último, se dictan algunas conclusiones en torno a la inmediatez que debe existir entre el juez y las partes en los procesos laborales y la celeridad con la que se deben concluir los asuntos.

PALABRAS CLAVE: actividad probatoria del juez, principio de inmediación, tutela judicial efectiva, impartición de justicia.

ABSTRACT: This paper addresses one of the problems of contemporary justice: the confrontation of the real truth against the formal truth; thus, it is necessary to realize a preliminary study of the norms applicable to the search for compensation for damages caused to people, which must focus on effective judicial advice in order to be transferred to labor matters, studying the adjective law. The text analyzes the powers of the judge in the legal process, taking into account the social disadvantages that may arise from the relationship of employment and from an oral justice system.

* Abogado, título emitido por la Pontificia Universidad Católica Argentina, Santa María de los Buenos Aires –Sede Paraná– 2011; Especialista en Derecho del Trabajo, título extendido por la Universidad Nacional del Litoral, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Santa Fe, 2013; Profesor Asistente en la Pontificia Universidad Católica Argentina, Santa María de los Buenos Aires, Facultad Teresa de Ávila, Paraná; Secretario del Juzgado del Trabajo N°1 de la ciudad de Concepción del Uruguay (Entre Ríos, Argentina) desde el 18/06/2018.

It also evaluates the limits that the judge must have during the evidentiary stage and the need to issue sentences only when there is a true knowledge of the facts. Finally, some conclusions are drawn regarding the immediacy that must exist between the judge and the parties in labor processes and the speed with which matters must be concluded.

KEY WORDS: evidentiary activity of the judge, principle of immediateness, effective legal protection, administration of justice.

SUMARIO: 1. ORALIDAD EN LOS PROCESOS LABORALES. 2. VERDAD REAL VS. VERDAD FORMAL. LA FUNCIÓN DE LA ORALIDAD. 3. LA INTERVENCIÓN DEL JUEZ EN LA BÚSQUEDA DE LA VERDAD REAL. SU ROL A PARTIR DEL SISTEMA DE ORALIDAD. 4. LÍMITES A LA ACTIVIDAD PROBATORIA DEL JUEZ. 5. CONCLUSIÓN Y PALABRAS FINALES. 6. BIBLIOHEMEROGRAFÍA.

1. ORALIDAD EN LOS PROCESOS LABORALES

Se advierte en América Latina la implementación de medidas tendientes a agilizar los procesos judiciales, de la mano de distintos sistemas. Estudiamos aquí la puesta en función del sistema de audiencias oralizadas.

Conforme el Sistema Interamericano de Derechos Humanos,¹ es primordial para los Estados la adopción de mecanismos que garanticen, no solo el debido proceso, sino también la *tutela judicial efectiva*, haciendo énfasis en materia de derechos sociales, entre los que se encuentra el Derecho del Trabajo.

Adquiere mayor relevancia la necesidad de poner en funcionamiento diversos institutos jurídicos que nos permitan lograr una justicia más efectiva, que brinde correcta protección a las personas que acuden a los estrados tribunales en beneficio de la dilucidación de sus conflictos. En el marco que aquí nos convoca, aparece el sistema de procesos orales, como uno de estos mecanismos que permiten un acceso más directo, la inmediatez entre los individuos y los operadores del sistema judicial, la actividad directa de estos últimos en relación con el tratamiento de las cuestiones y la puesta en función de toda su actividad con el afán de ob-

¹ De acuerdo con el informe elaborado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Aprobado por la Comisión el 7 de septiembre de 2007.

tener una solución justa, tendiendo siempre a la obtención de la verdad, que es el fin último del proceso.

Pueden analizarse así distintos ejemplos dados en algunos países que:

En la actualidad se encuentran en una etapa incipiente de discusión de estas reformas, mientras que otros cuentan ya con una experiencia acumulada importante (*omissis*) que han buscado expresamente mejorar sus sistemas de justicia por medio de la introducción de la oralidad a los procesos. La experiencia uruguaya (*omissis*) en 2009 fue aprobada una ley que establece un nuevo proceso en materia laboral que sustrae de dicho ámbito al Código General del Proceso (*omissis*) implica no sólo una gran experiencia práctica acumulada, sino también una rica evolución normativa. Chile presenta por su parte (*omissis*) da cuenta de procesos de reformas de la última década que ya se encuentran consolidados, a saber, las reformas a las justicias de familia y laboral. A la vez, el modelo de audiencia mismo utilizado es diverso al de Uruguay, en especial en cuanto al rol otorgado a las partes en la producción de información y al sistema de registro (*omissis*) [L]a Nueva Ley Procesal del Trabajo de Perú reviste interés para esta investigación, pues corresponde a una reforma reciente que está inserta en un proceso actual de implementación.²

En general, se sostiene que actualmente –y con mayor énfasis– los procesos judiciales no penales han dejado de ser una cuestión atinente a meros intereses privados, volviéndose de interés público, aunque en ellos se ventilen estrictamente intereses de los particulares.

En punto a ello, y con el afán estadual de lograr una justicia que dé respuesta concreta a las necesidades de los justiciables, acelerando trámites, obteniendo respuestas más inmediatas, con acceso a los distintos operadores del sistema, en fin, hacer una justicia *más justa*, se han puesto en funcionamiento diversos mecanismos,³ entre los cuales se destaca el sistema de tramitación oral-oralidad.

² Ríos Leiva, Erick, “La oralidad en los procesos civiles en América Latina - Reflexiones a partir de una observación práctica”, *Centro de estudios de justicia de las américas*, 28 de marzo de 2013, http://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/1167/laoralidadenlosprocesosciviles_eros.p df?sequence=1&isAllowed=y

³ Entre otras herramientas que el estado pretende utilizar en las distintas organizaciones judiciales se destacan además la implementación de un lenguaje más llano en los escritos judiciales (de fácil comprensión para sus destinatarios), fomento de acreditación de organismos en diversas normativas de gestión de calidad, proliferación de escuelas judiciales e institutos de capacitación y formación judicial, entre otras.

En Argentina, siendo una facultad no delegada⁴5 de las provincias a la organización Federal la de dictarse sus propias normas procedimentales, existen diversos supuestos que pueden ser objeto de estudio. En el particular caso de la provincia de Entre Ríos se viene adoptando en estos últimos años el sistema de oralidad en un inicio para los procesos civiles y de familia, y posteriormente laborales.

Estrictamente, en la referida jurisdicción, a partir del año 2019 se ha implementado un sistema de audiencias videograbadas, abandonando el asentamiento en actas del desarrollo de las audiencias de conciliación y de vista de la causa⁵ (esta última en la que se recaba –en principio– la totalidad de la prueba ofrecida). Todo esto, mediante una específica reglamentación aprobada por el Superior Tribunal de Justicia de la provincia, la que complementa la previsión procedimental dispuesta por el código de rito. A ello se suma, además, el Sistema de notificaciones electrónicas, que vino a agilizar aún más los trámites mediante la eliminación de sobreabundantes despachos de traslados, quedando notificados de las distintas resoluciones –que se dictan en el trámite– los letrados y auxiliares intervinientes en sus direcciones de correo electrónico.

Este sistema ha determinado, no solo una abreviación de los trámites, lo que era uno de los fines perseguidos al concretarse su implementación, sino que además permite a las personas que se encuentran involucradas en el proceso ser atendidas y escuchadas directamente por el juzgador, a quien se coloca ahora en un rol aún más prominente en el proceso, verdaderamente proactivo, al requerirle su incuestionable atención personal a las audiencias.

Este compromiso del juez genera, además, la confianza de la gente en la justicia, la que en nuestro país se ve desacreditada de unos años a esta

⁴ De conformidad a lo dispuesto por el art. 75, inc. 12 de la Constitución Nacional: Artículo 75.- Corresponde al Congreso: 12. Dictar los Códigos Civil, Comercial, Penal, de Minería, y del Trabajo y Seguridad Social, en cuerpos unificados o separados, *sin que tales códigos alteren las jurisdicciones locales*, correspondiendo su aplicación a los tribunales federales o provinciales, según que las cosas o las personas cayeren bajo sus respectivas jurisdicciones; y especialmente leyes generales para toda la Nación sobre naturalización y nacionalidad, con sujeción al principio de nacionalidad natural y por opción en beneficio de la argentina: así como sobre bancarrotas, sobre falsificación de la moneda corriente y documentos públicos del Estado, y las que requiera el establecimiento del juicio por jurados (resaltado añadido).

⁵ Por ejemplo, a transcripción de las declaraciones testimoniales, o explicaciones verídicas por auxiliares de justicia (como los peritos).

parte, conllevando en sí la verdadera pacificación de la sociedad, al acercar a las partes de un conflicto al mayor grado de obtención de justicia.

2. VERDAD REAL VS. VERDAD FORMAL. LA FUNCIÓN DE LA ORALIDAD

Siguiendo este razonamiento, estimo que un proceso judicial solo podría ser considerado eficaz cuando a través de él se logre dilucidar la verdad real de lo sucedido, y no –muy por el contrario– cuando solo se obtenga una sentencia que aparente ser justa –por su justeza a las formas–, y que precisamente en razón de ello prescinda de la realidad que debía juzgar.

Así, cabe destacar que, en innumerable cantidad de procesos, víctimas los operarios del trámite de la burocracia judicial, se puntualiza en el cumplimiento de pasos establecidos en los distintos ordenamientos, sin los cuales no se habilitan otros actos que permitirán la comprobación de los hechos que se ventilan.

Estas limitaciones –autoimpuestas– solo generan el efecto de apartar a los intervinientes de la verdadera convicción de arribar a soluciones justas, privándolas inclusive de ellas, mediando la sola argumentación que las partes no han dado acabado cumplimiento de los diversos ritos, lo que no permite al juzgador tener la certeza de los hechos en que se apoya para sentenciar.

Se impone entonces la necesidad de la sociedad de requerir a los árbitros judiciales la adopción de una actitud más proactiva, más colaborativa con la búsqueda de la verdad real, para apartarse de los meros formalismos que –muchas veces– se oponen a ella.

En este orden de ideas, la implementación de las llamadas medidas para mejor proveer aparecen como una herramienta válida, de aconsejable utilización para los jueces, a utilizarse con ese afán de permitir al juzgador la convicción de estar ante un conocimiento acabado de los hechos que las partes han invocado en sus escritos y que permiten entonces contar con el mayor grado de certeza al momento de sentenciar.

En la Argentina, diversos códigos procedimentales (como sucede con el Código Procesal Laboral de la provincia de Entre Ríos⁶) otorgan al juez

⁶ El art. 8º, inc. a) del Código Procesal Laboral dispone que [S]on facultades de los Jueces y Tribunales: a) ordenar de oficio y en cualquier estado del proceso, todas

la facultad de ordenar *medidas para mejor proveer*. Estas son medidas conducentes al esclarecimiento de los hechos controvertidos; se dirigen a la producción de pruebas que son de interés del magistrado, cualesquiera que sean, según las considere pertinentes.

Por supuesto que existen detractores al ejercicio de estas facultades, aduciendo que, al otorgarse amplias atribuciones probatorias al juez, que las ejercerá activamente, se estaría violentando la paridad parcial, y asimismo el derecho de defensa. Arguyen algunos que se quebrantaría el concepto de debido proceso, permitiendo a una parte –en desmedro de la otra– acreditar hechos mediante mecanismos probatorios que no hayan sido oportunamente ofrecidos.

Sin embargo, Osvaldo Gozaini,⁷ en una muy reciente obra, al referirse al *debido proceso*, el cual analiza a la luz de los estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, aborda este sensible aspecto y postula que la iniciativa probatoria de los jueces no pone en crisis el principio de igualdad, porque la actividad probatoria de oficio sirve al proceso y no al interés individual de quien, recién con la obtención del elemento y según su resultado, encontrará o no un beneficio, y que además, aún luego de introducido el elemento probatorio, rige todavía la libertad de apreciación probatoria en el acto sentencial.

Roland Arazí sostiene que, aun mediando negligencia de las partes, el magistrado tiene el deber de esclarecer los hechos, ordenando la prueba que considere de relevancia decisiva para fallar en función de éstos.⁸

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina tiene dicho, desde hace ya mucho tiempo, que:

Por principio, es propio de los jueces de la causa determinar cuando existe negligencia procesal de las partes así como disponer lo conducente para el respeto de la igualdad en la defensa de sus derechos (*omissis*) Pero ni una ni otra consideración son bastantes para excluir de la solución del caso, su visible

las medidas y diligencias que estimen conducentes al esclarecimiento de los hechos controvertidos, pudiendo mandar producir las pruebas que consideren pertinentes.

⁷ Gozaini, O., *El debido Proceso, Estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni Editores, 2017.

⁸ Arazí, R., cit. Loutayf Ranea, R. G. y Solá, E., *Principio de Igualdad Procesal en Materia Probatoria. Elementos de Derecho Probatorio*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni Editores, 2017, p. 251-300.

fundamento de hecho, porque *la renuncia consciente a la verdad es incompatible con el servicio de la justicia (omissis)* La ley procesal dispone que los jueces tendrán la facultad de disponer las medidas necesarias para esclarecer los hechos debatidos. *Y esa facultad no puede ser renunciada*, cuando sea indudable su eficacia para la determinación de la verdad (resaltado añadido).⁹

De igual forma, se ha expedido el mismo tribunal nacional, de manera más reciente y con la actual composición del cuerpo, reiterando que “la renuncia consciente a la verdad es incompatible con el adecuado ejercicio de la función jurisdiccional”, y que “nada excusa la indiferencia de los jueces respecto de la objetiva verdad en la augusta misión de dar a cada uno de lo suyo”.¹⁰

También postuló La Corte –en el año 2016– que el proceso judicial no se trata del cumplimiento de ritos caprichosos y estrictamente formales, sino “el desarrollo de procedimientos destinados al establecimiento de la verdad jurídica objetiva, que es su norte”.

Tradicionalmente se han enunciado como límites al ejercicio de esta facultad ordenatoria de medidas para mejor proveer, que las mismas no se dicten con la finalidad de remediar la negligencia de las partes, que no violenten la igualdad de las mismas ni la garantía del debido proceso.

Arazi señala, en tono de obviedad, que la actividad jurisdiccional debe darse de oficio aún en caso de negligencia o ineficacia de las partes en el aspecto probatorio, pues, de no haber sido así, la iniciativa judicial sería innecesaria. Sostiene que los poderes del juez son independientes de la actividad de las partes y no se subordinan a lo que estas hayan cumplido o dejado de hacer. La ineficacia probatoria es un presupuesto de la actividad oficiosa, de lo contrario esta devendría fútil.¹¹

En similar sentido, se pronuncian procesalistas de la talla de Morello, Sosa y Berizonce en su Código comentado,¹² también Colombo y Kiper,¹³

⁹ CSJN, en autos “Colalillo, Domingo c/ Compañía de Seguros España y Río de La Plata”, 18/09/1957.

¹⁰ CSJN, en autos “Lorenzano Viviana Inés c. Estado Nacional - M° de Justicia y DDHH – s/ Indemnizaciones – ley 24.043 – art. 3°”, 22/04/2016.

¹¹ Loutayf Ranea, R. G. y Solá, E., *op. cit.*, pp. 251-300.

¹² Morello, A. M., Sosa, G. L. y Berizonce, R. O., *Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y la Nación, Comentado y Anotado*, La Plata, Editora Platense, 1992.

¹³ Colombo, C. J. y Kiper, C. M., *Código procesal civil y comercial de la nación, comentado y concordado*, Tomo I, 2006, p. 309, *cit.* Loutayf Ranea, R. G. y Solá, E. *op. cit.*, pp. 251-300.

quienes sostienen que esta facultad judicial de investigación de oficio, que se concreta en las medidas para mejor proveer, resulta compatible con las garantías constitucionales.

Por su parte, Marcelo López Mesa,¹⁴ en cuanto la búsqueda de la verdad real y material, postula que el gran problema es que el juez argentino promedio no utiliza más que una pequeña parte de las facultades con que cuenta, sin adoptar una actitud proactiva. Señala además que, al adoptarla, y encauzando el trámite procesal, logra que a largo plazo el trabajo disminuya.

En definitiva, la cuestión aparece más que como una facultad. Se trataría de un deber del juzgador, que se deriva de otro, que es el deber de dictar sentencias que pretendan ser justas, y para ello deben abordar el fondo de la cuestión planteada; para lo cual, necesariamente, tienen que hacer anclaje en la realidad de los hechos de la causa, debidamente comprobados.

Este debate no se presenta como una mera teorización de los autores; muy por el contrario, deviene en la realidad como una cuestión netamente práctica. Así, podemos señalar un pronunciamiento de la Cámara de Apelaciones del Trabajo de la ciudad de Gualeguaychú, provincia de Entre Ríos. Este tribunal sostuvo que:

Las medidas para mejor proveer han sido definidas como facultades discrecionales que puede emplear el tribunal preocupado por la sospecha de que las pruebas aportadas al proceso no son suficientes para esclarecer la verdad real o histórica, entendiéndose modernamente que amén de atribuciones actualmente se han erigido en verdaderos deberes funcionales. Ni siquiera el riesgo de suplir con una medida de mejor proveer la desidia probatoria de una de las partes, mengua esta atribución deber del magistrado.¹⁵

Ahora bien, al poner en crisis la idea de que una medida para mejor proveer, de contenido probatorio, solo pueda ser ordenada si no ha mediado negligencia de las partes o si no quebranta la igualdad o el equilibrio procesal, para pasar a sostener que la medida en cuestión puede y

¹⁴ López Mesa, M., *El juez en el proceso. Deberes y máximas de experiencia*, 2012, cit. Loutayf Ranea, R. G. y Solá, E., *op. cit.*, pp. 251-300.

¹⁵ Cám. Ap., Sala Laboral, Gualeguaychú, en autos "Salcedo Juan Manuel c/ Impocril S.A. - Cobro de pesos y entrega de certificación laboral s/ Recurso de Queja, 23/08/2018.

debe ser ordenada aun mediando negligencia o ineficacia probatoria, y soslayando las alegaciones meramente dogmáticas y vacías que aluden ficticiamente al quebrantamiento de la igualdad procesal (bregando por una igualdad formal a la que se opone la idea de igualdad real), pues por encima de todo eso se coloca, como un valor mucho más importante, la resolución justa de las controversias judiciales, mediante pronunciamientos que no hagan gala de meros formalismos, sino que sean el resultado de la ponderación de los hechos de la causa.

Aun así, es claro que también deben existir límites o, tal vez, condiciones en el ejercicio regular de tales facultades judiciales, y allí sí, no en abstracto sino con contenido concreto, aparecen las garantías constitucionales que deben ser salvaguardadas a través del cumplimiento de esas condiciones o límites.

Se destaca entonces que existe de por medio un interés público (en sentido amplio) en la solución de las controversias que se generan en la sociedad, mediante la actuación de la justicia, en cuanto herramienta o medio para alcanzar la paz social, y todo ello, con la necesidad de que esas controversias se diriman a través de sentencias justas; y para que sean justas tienen que anclar en los hechos realmente acontecidos, los que deben ser demostrados. Es decir, no fallar sobre ficciones provocadas por formulismos.

En esa línea, Aída Kemelmajer,¹⁶ refiriéndose a los procesos de familia, pero con conceptos que entiendo aplicables plenamente al nuestro, postula que el proceso moderno requiere de un juez protagonista, no de un mero espectador, con intervenciones comprometidas e incluso iniciativa probatoria.

Zanjada la cuestión de la necesidad –que se traduce en verdaderos deberes de quienes ejercen la magistratura– de adoptar todo tipo de conductas que impulsen los procesos judiciales hasta el resultado final, el cual sería la obtención del dato real de los hechos, corresponde señalar qué papel juega el sistema de oralidad en todo esto.

Este sistema propicia una mayor intermediación del juez para con los intervinientes en los trámites: partes, terceros, auxiliares, etc. Con lo cual,

¹⁶ Kemelmajer de Carlucci, A., *Principios procesales y tribunales de familia*, 2005, cit. Loutayf Ranea, R. G. y Solá, E., *op.cit.*, pp. 251 a 300.

se abre un camino para la prosecución de los juicios que permite un tránsito más llano. Dentro de las facultades ordenatorias y probatorias del juez, este logra un mejor diálogo entre las partes, a partir de audiencias conciliatorias (que no necesariamente se limitarán a las estrictamente previstas en los códigos o normativas de rito).

También se destaca la colaboración que el sistema de oralidad impone a las partes intervinientes del proceso. Así, se requiere a quien tiene mayor posibilidad de acreditar los hechos que se discuten, que aporte las pruebas necesarias a tal fin. Esto implica claramente un avance respecto de aquellos viejos criterios que determinaban que no debía probar algo quien no lo alegaba, o dicho de otro modo: si el demandado se limita a negar los hechos del trabajador, no podría requerírsele que acredite a la postre circunstancia alguna; muy por el contrario, con este nuevo sistema se necesita una mayor actividad probatoria de los accionados (quienes deben además dar una clara versión de los hechos que invocan para contrariar la pretensión actoral). Por supuesto, la actitud que despliegue quien se encontraría en mejor posición respecto de la prueba habrá, de ser valorada por el juzgador.

3. LA INTERVENCIÓN DEL JUEZ EN LA BÚSQUEDA DE LA VERDAD REAL. SU ROL A PARTIR DEL SISTEMA DE ORALIDAD

Cuadra resaltar que los sistemas escritos han contribuido fuertemente al fenómeno abstencionista del juez, delegando actos al equipo de trabajo a su cargo, lo que implicó que tomara conocimiento de la causa recién, con el ingreso de esta a despacho para el cumplimiento del acto sentencial. Se han despojado los jueces de todas sus facultades, abdicando de sus atribuciones ordenatorias para expedirse solo a través de sus sentencias.¹⁷

El hecho que nuestros tribunales hayan sido parcos en el ejercicio de las atribuciones acordadas por el ordenamiento procesal, se debe pura y simplemente a la abulia o inercia de los magistrados. Para poder hacer uso de esas facultades, se requiere seguir la marcha del proceso, estar en contac-

¹⁷ Pauletti, A. C. y Ramírez Amable, M. V., "La prueba en el proceso por Audiencias", 2018, <https://cotser.org.ar/wp-content/uploads/2018/09/La-prueba-en-la-oralidad-PAULETTI-Y-RAMIREZ-AMABLE-Rubinzal-on-line.pdf>

to con las partes, seguir personalmente la prueba, etc., y como es sabido, nada de eso hace el juez.¹⁸

Dice Mario Masciotra, sobre el ejercicio real y efectivo de los poderes-deberes instructorios, que:

A pesar de las trascendentes potestades que surgen de la normativa vigente, la realidad cotidiana nos muestra un ejercicio prácticamente nulo de ellas, transformándose los dispositivos contenidos en el ordenamiento procesal en letra muerta (*omissis*) No cabe la menor duda de que el incumplimiento de los poderes conferidos y de los deberes impuestos a jueces y tribunales conspira seriamente con la eficacia de la actividad jurisdiccional”.¹⁹

Señala el referido autor:

La dualidad de tener normas en los papeles que coinciden con las de los países desarrollados y tener una práctica absolutamente divergente, típica del subdesarrollo (*omissis*) Ninguno de los poderes-deberes instructorios señalados son ejercidos por la gran mayoría de los magistrados, ni los letrados –por incapacidad, indiferencia o para evitar roces o generar enfrentamientos con aquéllos– exigen que se los lleve a cabo.²⁰

Por el contrario, cuando predomina el formato oral, el juez queda en el centro de la escena en su rol de director del proceso, lo que implica la adopción de conductas totalmente opuestas, lejos de la pasividad.

Dentro de las facultades ordenatorias y probatorias del juez, entre las que ya se ha destacado la de dictar *medidas para mejor proveer*, se posibilita a este –a partir de la mayor inmediación que el sistema de oralidad implica– la adopción de otras, de las más diversas, a fin de obtener todos los elementos que le permitan dictar una resolución que ponga fin al proceso y que, en el caso concreto, arribe al mayor grado de justicia posible.

Abandonada entonces aquella postura en que el juez debe mantenerse imparcial ante la actividad de las partes y ajeno a la acreditación de hechos, sostenemos que puede ordenar de oficio todo tipo de medidas, entre las que se pueden señalar:

¹⁸ Lascano, D., “El principio dispositivo en el proceso moderno”, *Revista de Derecho Procesal*, Buenos Aires, Editar, 1951.

¹⁹ Masciotra M., *Poderes-deberes del juez en el proceso civil*, Buenos Aires, Astrea, 2014.

²⁰ *Idem*.

- Ordenar pericias, por ejemplo: una constatación o bien inspección de técnicos en seguridad e higiene en el lugar de realización de tareas, cuando se discuta la causalidad del trabajo con una enfermedad padecida por un trabajador, cuando este último solo ha pretendido justificar su dolencia y la vinculación de esta con la prestación del servicio solo a través de una pericial médica.
- Requerir informaciones sumarias a cualquier institución –pública o privada– cuya devolución permita arribar a algún dato que surja de sus registros.
- Disponer la comparecencia de personas que, sin haber sido ella requerida por las partes, hayan sido sindicadas –por ejemplo, por algún testigo– como participantes de algún hecho.
- En caso de declaraciones contradictorias entre testigos que dicen haber participado en un mismo hecho, ordenar de manera inmediata –sin fijar nuevas audiencias ni ordenar una nueva comparecencia, que implica dilatar más el trámite– un careo entre aquellos, disponiendo incluso inmediatamente la remisión de actuaciones a los fiscales en caso de entender que se incurre en un falso testimonio.
- Incluso, una vez concluida la audiencia de pruebas, habiendo sido recabada la totalidad de ellas por el juzgador, agotadas a partir de ello las especulaciones de las partes sobre el resultado probatorio que obtendrían y despejado ese elemento aleatorio, bien podrían estas ser convocadas a una nueva instancia de diálogo (a la que podrían llegar incluso mejor predisuestas) que permita concluir en un acuerdo al que arriben las partes voluntariamente.

4. LÍMITES A LA ACTIVIDAD PROBATORIA DEL JUEZ

Por supuesto, se impone la necesidad de establecer cierta limitación a estas facultades de los jueces, a fin de evitar el cometimiento de actos que impliquen arbitrariedad o la tendencia y favorecimiento hacia una de las partes del proceso que –por el motivo que fuera– haya omitido ofrecer algún medio de prueba que le permita acreditar algún hecho que invoque.

Según el mismo Mario Masciotra, en su ya citada obra y en una de sus publicaciones *Los Poderes-deberes del juez en el proceso civil*,²¹ menciona las limitaciones a la actividad jurisdiccional en punto a las facultades probatorias serían:

- El respeto de los límites del contradictorio, que siguen en poder de los litigantes (son ellos, con el contenido del promocional y su contestación, que marcan esos límites). Esto implica que el juez no puede excederse del marco fáctico delimitado por las partes, incorporando pruebas de hechos no alegados por ellas.
- También puede agregarse como límite el respeto de reglas procesales como es *la preclusión* (inherente a la garantía del debido proceso). Así, estando consentida una resolución que denegaba la incorporación de alguna prueba –mediando negligencia de la parte– el juez no podría volver atrás y admitir su incorporación, por carecer de facultades para revocar su anterior resolución.

Es un requisito insoslayable la adecuada fundamentación en el dictado de la medida dispuesta, al tratarse del ejercicio discrecional de una facultad, se impone con mayor rigor el deber de dar fundamento de la misma (como lógico contrapeso al uso discrecional).

- Por supuesto se destaca la facultad de control y la participación de las partes en la producción de la prueba ordenada de oficio (idoneidad de los testigos convocados de oficio, explicaciones a los peritos, etc.).
- La posibilidad que se debe otorgar a las partes de impugnar su resultado y, por supuesto, la oportunidad para alegar sobre el mérito de la prueba recogida con aquella.

5. CONCLUSIÓN Y PALABRAS FINALES

Además de los beneficios de la inmediatez y la colaboración para a la comprobación de la verdad material en los procesos (como se ha señalado más arriba), el sistema de la oralidad permite una mayor contracción

²¹ *Ibidem*, pp. 100-123.

de actos procesales: *verbigracia*, audiencias más cortas al no encontrarse descargada en actas todo el relato de testigos; requerir explicaciones a peritos en las mismas audiencias, sin necesidad de correr traslados de impugnaciones; posibilidad de realizar alegatos de manera oralizada al finalizar las audiencias de vista de causa.

Por supuesto, adquieren vital relevancia las decisiones que tome el juez en las audiencias –como por ejemplo las ordenatorias de pruebas en la conciliación–, por cuanto esa es la oportunidad de los abogados de oponerse a ellas, allí mismo resueltas y en su caso apeladas por las partes.

Todo esto genera un acortamiento de plazos, en cuanto implica que en la menor cantidad de pasos se cumplan una serie de actos procesales que, en la tramitación histórica de los juicios, determinan su innecesario alongamiento.

Estas consecuencias del sistema traen para los artífices de los procesos judiciales (partes, abogados, etc.) un mayor grado de satisfacción al momento de acudir a los estrados tribunalicios, en la convicción de que sus peticiones son resueltas con el mayor grado de certeza, celeridad y justicia.

Cabe destacar, en ese sentido, la sensación que deja a las partes, que son atendidas y escuchadas por el juez, obtener una solución desde el organismo judicial que no viene impuesta, sino que, por el contrario, puede lograrse mediante el consenso. Ello, solo puede lograrse a partir de una actividad mediadora y de fomento del diálogo de parte del mismo juez.

En cuanto a la sentencia dictada en juicios tramitados en el sistema oral, sus tiempos suelen ser aún más acotados; ello debido a que el juez concluye la etapa probatoria teniendo bien en claro los hechos alegados y las probanzas realizadas, y con un conocimiento muy cercano de lo sucedido, lo que viabilizaría un pronunciamiento inmediatamente posterior al cierre de la audiencia oralizada.

Por último, destaco un comentario realizado en una red social por el actual Ministro de Justicia y Derechos Humanos de la Nación (Argentina), Dr. Germán Garavano, quien señala las bondades del sistema de oralidad (que si bien refiere a los procesos civiles, también cabe su detalle a los juicios laborales) entre los que resalta el acortamiento en la duración de los procesos, la obtención de mayor cantidad de acuerdos entre las

partes, lo que implica una mejor resolución en los conflictos y por ende una “mayor satisfacción de usuarios y abogados”.²²

6. BIBLIOHEMEROGRAFÍA

Bibliografía

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Aprobado por la Comisión el 7 de septiembre de 2007.

Gozaini, O., *El debido Proceso, Estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni Editores, 2017.

Loutayf Ranea, R. G. y Solá, E., *Principio de Igualdad Procesal en Materia Probatoria. Elementos de Derecho Probatorio*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni Editores, 2017.

Masciotra M., *Poderes-deberes del juez en el proceso civil*, Buenos Aires, Astrea, 2014.

Morello, A. M., Sosa, G. L. y Berizonce, R. O., *Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y la Nación, Comentado y Anotado*, La Plata, Editora Platense, 1992.

Hemerografía

Lascano, D., “El principio dispositivo en el proceso moderno”, *Revista de Derecho Procesal*, Buenos Aires, Editar, 1951.

Mascirota, M., “Los Poderes-deberes del juez en el proceso civil”, *Revista Jurídica Primera Instancia*, México, núm. 4, 2015.

Documentos publicados en Internet

Pauletti, A. C. y Ramírez Amable, M. V., “La prueba en el proceso por Audiencias”, 2018, <https://cotser.org.ar/wp-content/uploads/2018/09/La-prueba-en-la-oralidad-PAULETTI-Y-RAM%C3%8DREZ-AMABLE-Rubinzal-on-line.pdf>

Ríos Leiva, Erick, “La oralidad en los procesos civiles en América Latina - Reflexiones a partir de una observación práctica”, *Centro de estudios de justicia de las américas*, 28 de marzo de 2013, <http://biblioteca.cejamericas>.

²² Cuenta oficial de la red social Twitter correspondiente al Sr. Ministro Dr. Germán Garavano, en fecha 23/08/2019.

org/bitstream/handle/2015/1167/laoralidadenlosprocesosciviles_eros.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Legislación

Constitución Nacional Argentina.

Código Procesal Laboral.

Jurisprudencia

Cámara de Apelación, Sala Laboral, Gualeguaychú, en autos “Salcedo Juan Manuel c/ Impocril S.A. - Cobro de pesos y entrega de certificación laboral s/ Recurso de Queja, 23/08/2018.

CSJN, en autos “Colalillo, Domingo c/ Compañía de Seguros España y Río de La Plata”, 18/09/1957.

CSJN, en autos “Lorenzano Viviana Inés c. Estado Nacional - M° de Justicia y DDHH – s/ Indemnizaciones – ley 24.043 – art. 3°”, 22/04/2016.

REVALORACIÓN DE LOS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DEL DERECHO DEL TRABAJO FRENTE A LA REVOLUCIÓN 4.0

Revaluation of the Fundamental Principles of Labor Law Against Industry 4.0

Recepción: 12/08/2019

Aceptado para su publicación: 12/09/2019

LEOBARDO LÓPEZ MORALES*

RESUMEN: Los principios fundamentales del Derecho del Trabajo han tenido, desde su surgimiento, un papel trascendental en el desarrollo de esa disciplina jurídica, ya como pauta a seguir en la elaboración de nueva legislación laboral o como criterio orientador de interpretaciones a casos concretos; de ahí la trascendencia que deberán tener con el advenimiento de la Revolución 4.0, la cual es considerada como una nueva revolución industrial, que de manera abrupta ha aparecido en el escenario económico y laboral a través de la implementación de tecnologías sumamente tecnificadas. Entonces, con estas transformaciones en la forma en cómo se llevará a cabo el trabajo, es necesario establecer la posición que guardarán los citados principios.

PALABRAS CLAVE: Principios fundamentales del Derecho, Derecho del Trabajo, relaciones de trabajo.

ABSTRACT: The fundamental principles of labor law have had, since their emergence, a transcendental role in the development of this legal discipline, either as a ground rule to follow in the elaboration of a new labor legislation or as a guiding criterion for interpretations of specific cases, hence the importance that they should have with the advent of Industry 4.0, considered to be the new industrial revolution, which has abruptly appeared on the economic and labor scene through the implementation of high-tech. Thus, with the transformations in the way labor will be carried out, it is necessary to establish the position that the principles will keep.

KEY WORDS: fundamental principles of labor, labor law, work relationships.

* Doctor en Derecho por la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO. 3. PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DEL DERECHO DEL TRABAJO. 4. LOS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DEL DERECHO DEL TRABAJO EN LO PARTICULAR. 5. LA REVOLUCIÓN 4.0. 6. REVALORACIÓN DE LOS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DEL DERECHO DEL TRABAJO FRENTE A LOS IMPACTOS DE LA REVOLUCIÓN 4.0. 7. CONCLUSIONES. 8. BIBLIOHEMEROGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene por objeto hacer una descripción de los principios fundamentales del Derecho del Trabajo, los cuales han sido de suma trascendencia para el desarrollo del Derecho del Trabajo; en tal sentido, se describirán los siguientes principios: trabajo como derecho y deber social; libertad; dignidad; igualdad; equilibrio entre los factores de la producción; *in dubio pro operario*; libertad sindical y de primicia de la realidad; a efecto de resaltar su importancia. A continuación, se señalará que la Revolución 4.0 es considerada una nueva revolución industrial, pues trae consigo la implementación de la automatización, la robótica y la computación avanzada en los modos de producción. Luego, se hará un breve análisis sobre la revaloración de los principios fundamentales del Derecho del Trabajo, bajo la perspectiva del neoconstitucionalismo y el advenimiento, a muy corto plazo, de esa nueva revolución industrial; y por último, se enunciarán las conclusiones pertinentes.

2. PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO

“La palabra principio deriva del latín *principium*, de *princeps-ipsis* – príncipe–. En tiempos históricos significó *comienzo* y *origen* y, en la época clásica, se usó el plural *principioa-orum*, para designar una norma o principio”¹. “El principio es el primer instante del ser, la causa que contiene la razón y explica la verdad, admitida como fundamento inmediato de sus disposiciones.”² “La idea de principio denota el origen y desarrollo

¹ Couture, Eduardo J., *Vocabulario jurídico*, Buenos Aires, Ediciones Desalma, 1976, p. 476.

² Cabanellas, Guillermo, *Diccionario de Derecho usual*, 9ª Edición, t. II, Buenos Aires, Heliasta, 1976, p. 381.

de criterios fundamentales expresados en reglas o aforismos, que tienen virtualidad y eficacia propia”.³

Entonces, la palabra principio significa el origen y fundamento de una situación determinada, que es admitida debido a que se encuentra sustentada en relación con otros enunciados o afirmaciones.

En relación con los principios general del Derecho, puede afirmarse que “Son verdades fundantes de un sistema de conocimientos, admitidas como tales por ser evidentes, por haber sido comprobadas y, también, por motivos de orden práctico”,⁴ “los principios más generales de carácter jurídico de donde se han derivado los contenidos concretos de las proposiciones jurídicas de un sistema de derecho específico”⁵. “El derecho debe fundamentarse en convicciones ético-jurídicas comúnmente aceptadas por un determinado grupo social (*omissis*) Los principios generales del derecho son enunciados normativos de valor genérico que condicionan y orientan la comprensión del ordenamiento jurídico, tanto para su aplicación o integración, como para la elaboración de nuevas formas.”⁶ “El derecho responde a una necesidad del hombre y es inseparable de la vida humana. Donde quiera que exista una huella de vida humana existirá, indefectiblemente, un ordenamiento jurídico.”⁷

De ahí que pueda afirmarse que los principios generales del Derecho son “reglas fundamentales de mayor trascendencia que norman de manera supletoria a la ley y a la costumbre; son criterios o entes de razón que expresan un juicio acerca de la conducta humana y se establecen principalmente en la Constitución. Entre ellos destacan: a) en donde la ley no distingue no se debe distinguir; b) el que afirma está obligado a probar; c) a lo imposible nadie está obligado; d) lo que es causa de la causa, es causa del daño causado; e) nadie puede ser juzgado dos veces

³ Lastra Lastra, José Manuel, “Principios y valores ordenadores de las relaciones de trabajo”, *Revista de la Facultad de Derecho*, UNAM, t. L, núm. 229-234, enero-diciembre de 2000, p. 140.

⁴ Reale, Miguel, *Introducción al estudio del Derecho*, 9ª Edición, Madrid, Ediciones Pirámide, 1989, p. 139.

⁵ Rojas Amandi, Víctor, *Filosofía del Derecho*, México, Oxford, 2000, p. 363.

⁶ Lastra Lastra, José Manuel, *Diccionario de Derecho del Trabajo*, México, Porrúa, 2001, p. 142.

⁷ Veccio, Giorgio del, *Los principios generales del Derecho*, 3ª Edición, Barcelona, Bosch, 1978, p. 76.

por el mismo delito; f) las partes expongan los hechos y el juzgador resuelva conforme a derecho; g) ningún órgano jurisdiccional, siendo competente, está facultado para abstenerse de resolver los asuntos que se presenten a su conocimiento, ni para remitir el negocio a otro tribunal, entre otros”⁸.

En tales condiciones, puede afirmarse que los principios generales del Derecho son aquellos axiomas o enunciados lógicos que han sido producto de la razón humana en su devenir histórico y que han sido de utilidad para la formación del Derecho y fundantes del sistema jurídico. Entre las funciones que tradicionalmente se les atribuyen están:

- Ser fuente subsidiaria de la ley
- Dar uniformidad al ordenamiento jurídico
- Tener función interpretativa

3. PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DEL DERECHO DEL TRABAJO

“Los principios formativos del derecho del trabajo son las verdades universales dictadas por la recta razón, que orientan e informan el Estado de derecho. Son pues, las ideas fundamentales que apuntalan y dirigen el derecho del trabajo.”⁹ “Los principios rectores del derecho del trabajo son aquellos postulados de política jurídico-laboral que aparecen, expresa o tácitamente consagrados en sus normas”¹⁰. Por su parte, el maestro Mario de la Cueva al respecto señala que “se hace referencia constante a ciertas ideas que constituyen, para decirlo así, el fondo filosófico, ético y jurídico de nuestra disciplina.”¹¹

Américo Plá ha señalado que los principios del Derecho del Trabajo son “líneas directrices que informan algunas normas e inspiran directa o indirectamente una serie de soluciones por lo que pueden servir para

⁸ CD ROM, Ley de Amparo, y su interpretación por el Poder Judicial de la Federación, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2006.

⁹ Santos Azuela, Héctor, *Régimen del Trabajo en México*, México, Sapienza, 2007, p. 51.

¹⁰ Muñoz Ramón, Roberto, *Derecho del Trabajo*, t. I, México, Porrúa, 1976, p. 103.

¹¹ Cueva, Mario de la, *El Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo*, 18ª Edición, t. I, México, Porrúa, 2001, p. 107.

promover y encauzar la aprobación de nuevas normas, orientar la interpretación de las existentes y resolver los casos no previstos”.¹²

De esta forma, se infiere que los principios fundamentales del Derecho del Trabajo están constituidos por todos aquellos enunciados lógicos, verdades universales o axiomas, que han surgido por el pensamiento y necesidad de la clase trabajadora, a través de la lucha que por el paso del tiempo ha venido sosteniendo con su contraparte natural (patrón), y que constituyen la base o fundamento del sistema jurídico laboral.

4. LOS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DEL DERECHO DEL TRABAJO EN LO PARTICULAR

4.1. Trabajo como derecho y deber social

Este principio se encuentra plasmado en el preámbulo del artículo 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, apartado “A”, el cual señala que “Toda persona tiene derecho al trabajo digno y socialmente útil; al efecto, se promoverán la creación de empleos y la organización social para el trabajo, conforme a la ley”; asimismo, se expresa en el artículo 3º de la Ley Federal del Trabajo cuando señala que “el trabajo es un derecho y deber sociales.”

Este principio, desde su formación, “equivalía al enterramiento del individualismo radical del sistema capitalista, para el cual, el hombre no tiene derechos contra la sociedad, ni ésta contra aquél (*omissis*) la concepción moderna de la sociedad y del derecho sitúa al hombre en la sociedad y le impone deberes y le concede derechos (*omissis*). La sociedad tiene el derecho de exigir de sus miembros el ejercicio de una actividad útil y honesta, el hombre a su vez, tiene el derecho de reclamar de la sociedad la seguridad de una existencia compatible con la dignidad de la persona humana (*omissis*) La sociedad tiene derecho a esperar de sus miembros un trabajo útil y honesto, y por esto el trabajo es un deber, pero el reverso de este deber del hombre, es la obligación que tiene la so-

¹² Plá Rodríguez, Américo, *Los principios del Derecho del Trabajo*, 2ª Edición, Buenos Aires, Ediciones De la Palma, 1990, p. 9.

ciudad de crear condiciones sociales de vida que permitan a los hombres el desarrollo de sus actividades.”¹³

Este deber u obligación de la sociedad, correlativo al derecho o prerrogativa de los individuos, se traduce en la necesidad a cargo de la sociedad de proporcionar a los trabajadores fuentes de trabajo, con el objetivo de que se pueda llevar a cabo cabalmente por estos su deber social: trabajar, y así contribuir al desarrollo del país.

4.2. Principio de libertad

Este principio encuentra su fundamento en el artículo 5º de la Constitución Federal, al señalar que: “A ninguna persona podrá impedirse que se dedique a la profesión, industria, comercio o trabajo que le acomode, siendo lícitos. El ejercicio de esta libertad sólo podrá vedarse por determinación judicial, cuando se ataquen los derechos de tercero, o por resolución gubernativa, dictada en los términos que marque la ley, cuando se ofendan los derechos de la sociedad”.

Su fundamento legal está previsto en la primera parte del artículo 4º de la Ley Federal del Trabajo, al señalar que “no se podrá impedir el trabajo a ninguna persona ni que se dedique a la profesión, industria o comercio que le acomode, siendo lícitos. El ejercicio de estos derechos sólo podrá vedarse por resolución de la autoridad competente cuando se ataquen los derechos de terceros o se ofendan los de la sociedad.”¹⁴

Este principio, según el Maestro Mario de la Cueva, significa que “la libertad del hombre no sufre ni puede sufrir restricción alguna por y durante la prestación de su trabajo (*omissis*) por lo tanto, el trabajador podrá exigir siempre el respeto de su libertad.”¹⁵

De tal suerte, este principio implica que, dado el sistema de producción y económico imperante, donde las personas tienen que trabajar para subsistir, es indispensable y necesario que cuenten con diversas opciones para obtener un empleo digno, sin más restricciones que las legales.

¹³ Cueva, Mario de la, *op. cit.*, pp. 107 y 108.

¹⁴ *Idem.*

¹⁵ *Ibidem*, pp. 110 y 111.

4.3. Principio de dignidad

Debe señalarse que la dignidad humana, siguiendo a Kant consiste en que:

La humanidad misma es una dignidad; porque el hombre no puede ser utilizado únicamente como medio por ningún hombre (ni por otros, ni siquiera por sí mismo), sino siempre a la vez como fin, y en esto consiste precisamente su dignidad (la personalidad), en virtud de la cual se eleva sobre todos los demás seres del mundo que no son hombres y sí que pueden utilizarse, por consiguiente, se eleva sobre todas las cosas.¹⁶

Por lo que hace a la dignidad humana en el trabajo, “consiste en los atributos que corresponden al hombre por solo el hecho de ser hombre, el primero de todos de que es un ser idéntico a los demás, de tal suerte que el trabajador tiene el indiscutible derecho de que se le trate con misma consideración que pretenda el empresario se le guarde.”¹⁷

Este principio se manifiesta en la Ley Federal del Trabajo, a través de lo que se ha denominado *trabajo digno o decente*, precisamente en su artículo 2º, el que de manera textual señala, en lo que interesa:

Artículo 2o.- Las normas del trabajo tienden a conseguir el equilibrio entre los factores de la producción y la justicia social, así como propiciar el trabajo digno o decente en todas las relaciones laborales.

Se entiende por trabajo digno o decente aquél en el que se respeta plenamente la dignidad humana del trabajador; no existe discriminación por origen étnico o nacional, género, edad, discapacidad, condición social, condiciones de salud, religión, condición migratoria, opiniones, preferencias sexuales o estado civil; se tiene acceso a la seguridad social y se percibe un salario remunerador; se recibe capacitación continua para el incremento de la productividad con beneficios compartidos, y se cuenta con condiciones óptimas de seguridad e higiene para prevenir riesgos de trabajo.

El trabajo digno o decente también incluye el respeto irrestricto a los derechos colectivos de los trabajadores, tales como la libertad de asociación, autonomía, el derecho de huelga y de contratación colectiva.

¹⁶ Pérez Triviño, José Luis, *De la dignidad humana y otras cuestiones jurídico-morales*, México, Fontamara, 2007, p. 13.

¹⁷ Cueva, Mario de la, *op. cit.*, p. 112.

Este principio implica, entonces, que el trabajador debe ser objeto de trato digno por parte del patrón; pero, además, aquel también tiene la obligación de ofrecer tal trato a sus compañeros; luego, si todos los sujetos implicados en la prestación del trabajo se tratan con mutuo respeto, el ambiente laboral será el más idóneo para lograr una mayor productividad.

4.4. Principio de igualdad

El principio de la igualdad está previsto en el artículo 123 de la Constitución Federal en sus dos apartados: A y B. En el primero, en su fracción VII que ordena que “Para trabajo igual debe corresponder salario igual, sin tener en cuenta sexo ni nacionalidad”; y en el segundo, en su fracción V, la cual señala que “a trabajo igual corresponderá salario igual, sin tener en cuenta el sexo”.

En la Ley Federal del Trabajo está previsto en los siguientes artículos:

Artículo 3º No podrán establecerse condiciones que impliquen discriminación entre los trabajadores por motivo de origen étnico o nacional, género, edad, discapacidad, condición social, condiciones de salud, religión, condición migratoria, opiniones, preferencias sexuales, estado civil o cualquier otro que atente contra la dignidad humana.

No se considerarán discriminatorias las distinciones, exclusiones o preferencias que se sustenten en las calificaciones particulares que exija una labor determinada.

Artículo 5º. Las disposiciones de esta Ley son de orden público, por lo que no producirá efecto legal, ni impedirá el goce y el ejercicio de los derechos, sea escrita o verbal, la estipulación que establezca:

XI. Un salario menor al que se pague a otro trabajador en la misma empresa o establecimiento por trabajo de igual eficiencia, en la misma clase de trabajo o igual jornada, por consideración de edad, sexo o nacionalidad.

Artículo 56. Las condiciones de trabajo en ningún caso podrán ser inferiores a las fijadas en esta Ley y deberán ser proporcionadas a la importancia de los servicios e iguales para trabajadores iguales, sin que puedan establecerse diferencias por motivo de raza, nacionalidad, sexo, edad, credo religioso o doctrina política;

Artículo 86. A trabajo igual, desempeñado en puesto, jornada y condiciones de eficiencia también iguales, debe corresponder salario igual.

Mozart Víctor Russomano, al respecto señala que:

El principio fundamental en la legislación y en la doctrina (*omissis*) es la absoluta igualdad en el trato a todos los trabajadores, sin ninguna distinción resultante de la naturaleza del trabajo (*omissis*) Esa medida corresponde, en nuestra opinión, a la piedra angular de lo que se puede considerar una democracia del trabajo. Nada más injusto que el distinguir y clasificar los derechos o los beneficios otorgados a los trabajadores en función de la naturaleza de su oficio o de su trabajo.¹⁸

Por su parte, Néstor de Buen Lozano opina que:

El problema de la desigualdad en el trabajo ha sido uno de los factores determinantes de mayores y más graves conflictos. Históricamente se asocia a las luchas por obtener igual salario para las mujeres y niños que para los hombres, que lo tenían diferente sólo en razón del sexo o de la edad. La diferencia de salario sólo motivada por la nacionalidad, fue una de las causantes de la trágica huelga de Cananea.¹⁹

De esta forma, este principio preserva la igualdad de los trabajadores al pago de percepciones sin discriminación o preferencias. Dentro de nuestro sistema, este principio se extiende a la democrática figura de “a trabajo igual no solo salario igual, sino iguales condiciones generales de trabajo”. Luego, si persisten las condiciones de igualdad, se logrará demostrarle respeto a la persona del trabajador y con lo cual lograr erradicar la discriminación laboral, que tanto ha afectado las relaciones de trabajo.

4.5. Equilibrio entre los factores de la producción

Este principio se encuentra inscrito en el artículo 2º de la Ley Federal del Trabajo, el cual expresa: “Artículo 2o.- Las normas del trabajo tienden a conseguir el equilibrio entre los factores de la producción y la justicia social, así como propiciar el trabajo digno o decente en todas las relaciones laborales.”

¹⁸ Russomano, Mozart Víctor, *La Estabilidad del Trabajador en la Empresa*, México, UNAM, 1981, p. 9.

¹⁹ Buen Lozano, Néstor de, “*Derecho del Trabajo*”, 13ª Edición, t. I, México, Porrúa, 2000, pp. 90-91.

Para el citado Néstor de Buen Lozano, este principio “será el de que la función de las normas de trabajo – y debe entenderse que quedan incluidos los pactos individuales y colectivos, los reglamentos, etc. – es lograr que disminuya la diferencia que, en perjuicio del trabajador, resulta de que, no se reconozca la plusvalía de su trabajo”²⁰.

Luego, este principio implica que las normas de trabajo tienden a salvaguardar el excedente de ganancia que resultó de la labor del trabajador, o por lo menos hacer valer su existencia, ante la indiferencia del patrón que pretende apropiarse de toda ella.

Dentro de este principio, también se puede incluir lo que se ha llamado “la estabilidad y continuidad en el empleo”. “El derecho a la estabilidad laboral consiste en asegurar y proteger jurídicamente la permanencia y continuidad del vínculo laboral.”²¹ “La estabilidad en el trabajo es un principio que otorga carácter permanente a la relación de trabajo y hace depender su disolución únicamente de la voluntad del trabajador y sólo excepcionalmente de la del patrono.”²²

Este principio tiene por finalidad proteger a los trabajadores en el empleo, a fin de que tengan, en tanto lo necesiten y así lo deseen, una permanencia más o menos duradera. Sin este principio los postulados de igualdad, libertad, y el trabajo como un derecho y un deber sociales, quedan sin sustento.²³

El principio en comento encuentra su fundamento constitucional en el artículo 123, apartado A, fracción XXII, el cual señala que: “el patrono que despida a un obrero sin causa justificada o por haber ingresado a una asociación o sindicato, o por haber tomado parte en una huelga lícita, estará obligado, a elección del trabajador, a cumplir el contrato o a indemnizarlo con el importe de tres meses de salario. La ley determinará los casos en que el patrono podrá ser eximido de la obligación de cumplir el contrato, mediante el pago de una indemnización”.

²⁰ *Ibidem*, p. 80.

²¹ Lastra Lastra, José Manuel, *Derecho Sindical*, 4ª Edición, México, Porrúa, 2007, p. 177.

²² Cueva, Mario de la, *op. cit.*, p. 219.

²³ Dávalos, José, *Derecho Individual del Trabajo*, 16ª Edición, México, Porrúa, 2007, p. 23.

El fundamento legal de este principio se encuentra establecido en el artículo 48 de la Ley Federal del Trabajo, cuyo texto señala: “El trabajador podrá solicitar ante la Junta de Conciliación y Arbitraje, a su elección, que se le reinstale en el trabajo que desempeñaba, o que se le indemnice con el importe de tres meses de salario.”

Este principio de estabilidad se concibió para evitar que el trabajador corra el riesgo de quedar constantemente sin empleo, cambiar el régimen de vida e incluso el lugar de residencia. Sin dicha estabilidad, los trabajadores vivirían en un constante estado de incertidumbre al no contar con la seguridad de que mantendrá su trabajo; sin embargo, si el trabajador se encuentra seguro y con la certidumbre de conservar su empleo, esta permanencia puede generar en el trabajador un sentimiento de compromiso y colaboración con su empleador.

4.6. Principio *in dubio pro operario*

Este principio tiene que ver con la interpretación que se realice del Derecho del Trabajo, en tratándose de la persona del trabajador; es decir, cuando haya alguna duda se hará una determinación en favor de este último, tal y como se establece en el artículo 18 de la Ley Federal del Trabajo, al señalar que “En la interpretación de las normas de trabajo se tomarán en consideración sus finalidades señaladas en los artículos 2º y 3º. En caso de duda, prevalecerá la interpretación más favorable al trabajador.”²⁴

En su origen, este principio se aplicó en el derecho privado, al transmutarse al derecho social y, en especial, al derecho del trabajo, cumple el propósito de otorgar un amparo a la parte más débil en el contrato de trabajo.²⁵

El mandamiento es una aplicación de la tesis de que la interpretación debe tender a la justicia social, pues si el propósito de nuestro estatuto es el trabajador, la solución contraria constituiría un beneficio capital, lo que no está ni puede estar en las finalidades del derecho del trabajo, sería, puesto que existe una duda que equivale a una igualdad de posibilidades o de circunstancias, otorgar una preferencia injustificable al capital.²⁶

²⁴ *Idem.*

²⁵ Plá Rodríguez, Américo, *op. cit.*, p. 40.

²⁶ Cueva, Mario de la, *op. cit.*, p. 142.

Este principio ha sido objeto interpretación por parte de los tribunales federales, tan es así que el Tercer Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo del Cuarto Circuito, en la Tesis Aislada con número IV.3o.T.224 L, estableció que:

Interpretación más favorable al trabajador a que se refiere el artículo 18 de la ley federal del trabajo. No debe entenderse como una facultad del juzgador para crear prestaciones o derechos inexistentes en la propia ley. Si bien conforme al artículo 18, última parte, de la Ley Federal del Trabajo, en caso de duda en la interpretación de las normas de trabajo prevalecerá la más favorable al trabajador; regla que acepta universalmente la doctrina y que se conoce como principio *in dubio pro operario*; sin embargo, de su interpretación teleológica se deduce que no constituye una técnica de investigación para interpretar las normas laborales, sino que supone que de un análisis pueda obtenerse más de una interpretación, y frente a éstas debe aplicarse la más favorable al trabajador. Empero, la interpretación más favorable al trabajador no implica la creación de prestaciones o derechos inexistentes en la ley, ya que ello significaría una invasión de esferas reservadas al legislador; y, por ende, es improcedente, pues de permitirse se estaría facultando al juzgador a desempeñar el papel de legislador creando nuevas normas, so pretexto de interpretar las existentes.²⁷

Con base en lo anterior, puede señalarse que este principio implica que si bien es cierto que se tiene que llevar a cabo una interpretación que favorezca los derechos del trabajo, también lo es que tal prerrogativa no implica que se puedan crear nuevos derechos o prestaciones, que no estén establecidos en la ley aplicable; pues tal interpretación se tiene que llevar a cabo sobre situaciones concretas que se presenten con motivo de la relación de trabajo.

4.7. Principio de libertad sindical

“Todo patrono y todo obrero tienen la libertad de trabajar aisladamente o de entrar en un sindicato (*omissis*) también para abandonarlo”²⁸. Este principio está contemplado en el artículo 123, apartado A, fracción

²⁷ Tesis IV.3o.T.224 L, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXIII, febrero de 2006, p. 1826.

²⁸ Pic, Paul, “*Traité élémentaire de législation industrielle*”, 6a Edición, París, Arthur Rosseau Editeur, 1930, p. 230, citado por Lastra Lastra, *op. cit.*, *supra* nota 21, p. 229.

XVI, al establecer que “tanto los obreros como los empresarios tendrán derecho para coaligarse en defensa de sus respectivos intereses, formando sindicatos, asociaciones profesionales, etcétera”.

Asimismo, está contenido en los artículos 354, 357 y 358 de la Ley Federal del Trabajo, los cuales señalan, respectivamente:

Artículo 354. La Ley reconoce la libertad de coalición de trabajadores y patrones.

Artículo 357. Los trabajadores y los patrones, sin ninguna distinción y sin autorización previa, tienen el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como el de afiliarse a éstas, con la sola condición de observar los estatutos de las mismas.

Las organizaciones de trabajadores y de patrones deberán gozar de adecuada protección contra todo acto de injerencia de unas respecto de las otras, ya se realice directamente o por medio de sus representantes en su constitución, funcionamiento o administración.

Se consideran actos de injerencia las acciones o medidas tendientes a fomentar la constitución de organizaciones de trabajadores dominadas por un patrón o una organización de patrones, o a apoyar de cualquier forma a organizaciones de trabajadores con objeto de colocarlas bajo su control. Las prestaciones pactadas en la contratación colectiva no serán consideradas como actos de injerencia.

Cualquier injerencia indebida será sancionada en los términos que disponga la Ley.

Artículo 358. Los miembros de los sindicatos, federaciones y confederaciones, cuentan con los derechos de libre afiliación y de participación al interior de éstas, los cuales implican las siguientes garantías:

- I. Nadie puede ser obligado a formar o no parte de un sindicato, federación o confederación. Cualquier estipulación que desvirtúe de algún modo esta disposición se tendrá por no puesta;
- II. Los procedimientos de elección de sus directivas deberán salvaguardar el pleno ejercicio del voto personal, libre, directo y secreto de los miembros, así como ajustarse a reglas democráticas y de igualdad de género, en términos del artículo 371 de esta Ley. El periodo de duración de las directivas no podrá ser indefinido o de una temporalidad tal que obstaculice la participación democrática de los afiliados, y tampoco podrá ser lesivo al derecho de votar y ser votado;

- III. Las sanciones que impongan los sindicatos, federaciones y confederaciones a sus miembros deberán ceñirse a lo establecido en la Ley y en los estatutos; para tal efecto se deberá cumplir con los derechos de audiencia y debido proceso del involucrado, y
- IV. La directiva de los sindicatos, federaciones y confederaciones deberá rendirles cuenta completa y detallada de la administración de su patrimonio, en términos del artículo 373 de esta Ley.

Cualquier estipulación que establezca multa convencional en caso de separación del sindicato o que desvirtúe de algún modo la disposición contenida en el párrafo anterior, se tendrá por no puesta.

La libertad sindical fue, el derecho de los trabajadores a organizarse frente al capital, a fin de imponerle la igualdad jurídica en la fijación de las condiciones de trabajo, sin embargo, fue, al mismo tiempo, un derecho frente al Estado, un dejar-hacer a los trabajadores, un no prohibir ni las asociaciones ni sus luchas huelguísticas.²⁹ Puede ejercerse positiva o negativamente. En la forma primera se refiere a la facultad del individuo, dueño del derecho de unir su voluntad a la de otros sujetos para uniformar sus actividades en vista de la realización de un fin común; en el segundo caso tiene el derecho de rehusarse a celebrar ese acuerdo para adherirse a la asociación, pues, al ser libre de decidir su ingreso, también lo es para oponerse a ingresar.³⁰

Luego, este principio consiste en la potestad de los trabajadores y de los patrones para formar coaliciones, sindicatos, gremios, federaciones o confederaciones, y para el estudio, mejoramiento y defensa de los sus respectivos intereses; y en lo individual, implica la facultad de afiliarse, separarse o de plano no integrarse a alguna organización gremial. Lo anterior puede implicar, a la postre, que se puede acabar con la corrupción y el monopolio de los sindicatos, que solo buscan cotos de poder en perjuicio de los propios trabajadores.

²⁹ Sandri Levi, Lionello R., “Lezioni di diritto del lavoro”, Milano, Giuffré Editore, 1962, p. 157, *cit.* Lastra Lastra, José Manuel, *op. cit.*, *supra* nota 21, p. 231.

³⁰ Lastra Lastra, José Manuel, *op. cit.*, *supra* nota 3, p. 232.

4.8. Principio de primicia de la realidad

Este principio apunta a evitar el fraude laboral o la simulación normalmente, que aparecerá en las legislaciones laborales de algunos países latinoamericanos o países avanzados y objetiva legislación, sobre todo una disposición que señale: “Será nulo todo contrato por el cual las partes hayan procedido con simulación o fraude a la ley laboral, sea aparentando normas contractuales no laborales, interposición de personas o de cualquier otro medio”.

Es por ello que en caso de discordancia entre lo que surja de documentos o acuerdo escritos y lo que sucedió en la realidad, se prefiere al último, justamente porque lo que se persigue es la verdad real, y no la verdad formal.³¹

Por su parte, Américo Plá, quien recogió la conceptualización realizada por Mario de la Cueva, al ocuparse sobre la concepción del analizado principio indica que “en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de documentos o acuerdos, debe darse preferencia a lo primero, es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos”. Agrega el citado autor que: “en materia laboral importa lo que ocurre en la práctica más que lo que las partes hayan pactado en forma más o menos solemne o expresa o lo que luzca en documentos, formularios, instrumentos de control”, en pocas palabras, para el jurista, será válido lo que ocurra en la realidad por encima de los acuerdos formales o aparentes contratos.

Para Plá, “el desajuste entre los hechos y la forma puede tener diferentes procedencias, las cuales pueden:

- a) Resultar de la intención deliberada de fingir o simular una situación jurídica distinta de la real. Diferencia que puede versar sobre todos los aspectos del contrato las partes, las tareas, los horarios, las retribuciones, entre otros.
- b) Provenir de un error, ya sea imputable a ambas partes o a una de ellas;
- c) Derivar de una falta de actualización de los datos. El contrato de trabajo es un contrato dinámico en el cual van cambiándose conti-

³¹ Camacho Solís, Julio Ismael, *Los mecanismos y normas de protección en las relaciones laborales*, UNAM, p. 245, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3142/12.pdf>

nuamente las condiciones de la forma como se presta en servicio. Para que los documentos y las plantillas reflejen fielmente todas las modificaciones producidas, deben ser permanentemente actualizadas;

- d) Originarse en la falta de cumplimiento de requisitos formales. Algunas veces, para ingresar o ascender en un establecimiento se requiere la formalidad del nombramiento por parte de determinado órgano de la empresa o el cumplimiento de cualquier otro requisito que se había omitido”.³²

Este principio ha sido recogido en la Constitución de la República de Colombia, que en su artículo 53, ordena:

Artículo 53. El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales: Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad. El Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales. Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna. La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores.³³

Ahora bien, el hecho de que el principio en comento se encuentre regulado, implica necesariamente que sea objeto de interpretación, en

³² Díaz Vargas, Jaime Alejandro, *El Principio de la Primacía de la realidad en las relaciones laborales de la Administración Pública*, Bogotá, Universidad Sergio Arboleda, 2012, pp. 34-35.

³³ Constitución de la República de Colombia de 1991, <http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Colombia/colombia91.pdf>

este caso por la Sala Plena de la Corte Constitucional de Columbia, en los siguientes términos:

La primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, es un principio constitucional (CP art. 53). La entrega libre de energía física o intelectual que una persona hace a otra, bajo condiciones de subordinación, independientemente del acto o de la causa que le da origen, tiene el carácter de relación de trabajo, y a ella se aplican las normas del estatuto del trabajo, las demás disposiciones legales y los tratados que versan sobre la materia. La prestación efectiva de trabajo, por sí sola, es suficiente para derivar derechos en favor del trabajador, los cuales son necesarios para asegurar su bienestar, salud y vida. Las normas laborales nacionales e internacionales, en atención a la trascendencia del trabajo y a los intereses vitales que se protegen, están llamadas a aplicarse de manera imperativa cuando quiera se configuren las notas esenciales de la relación de trabajo, sin reparar en la voluntad de las partes o en la calificación o denominación que le hayan querido dar al contrato.³⁴

Cabe señalar que este principio fue introducido en las reformas a la Ley Federal del Trabajo, que fueron publicadas el 1º de mayo de 2019, pero se aplicará hasta que comiencen a funcionar los denominados Tribunales Laborales, que sustituirán a las Juntas de Conciliación y Arbitraje.

Así, el artículo 685 de la referida Ley establece que:

Artículo 685.- El proceso del derecho del trabajo se rige bajo los principios de intermediación, inmediatez, continuidad, celeridad, veracidad, concentración, economía y sencillez procesal. Asimismo, será público, gratuito, predominantemente oral y conciliatorio.

Los Tribunales deben garantizar el cumplimiento de los principios y condiciones citados. El juez deberá atender al principio de realidad sobre los elementos formales que lo contradigan. Asimismo, se privilegiará la solución del conflicto sobre los formalismos procedimentales, sin afectar el debido proceso y los fines del derecho del trabajo.

Cuando la demanda del trabajador sea incompleta, en cuanto a que no comprenda todas las prestaciones que de acuerdo con esta Ley deriven de la acción intentada o procedente, conforme a los hechos expuestos por el

³⁴ *cfr.* Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-555 del 6 de diciembre de 1994. M.P.: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

trabajador, el Tribunal, en el momento de admitir la demanda, subsanará ésta. Lo anterior sin perjuicio de que cuando la demanda sea obscura o vaga se proceda en los términos previstos en el artículo 873 de esta Ley.

Este principio, entonces, podrá ser objeto de aplicación, y en su caso de interpretación, una vez que, como se ha mencionado, entren en funciones los Tribunales Laborales; por lo que, actualmente se seguirán resolviendo los juicios laborales a través de interpretaciones formalistas, sin tomar en consideración la realidad en cómo se desarrolla la relación de trabajo.

5. LA REVOLUCIÓN 4.0

La palabra <revolución> indica un cambio abrupto y radical. Las revoluciones se han producido a lo largo de la historia cuando nuevas tecnologías y formas novedosas de percibir el mundo desencadenan un cambio profundo en los sistemas económicos y las estructuras sociales.³⁵

Las revoluciones que se han relacionado con los modos de producción, y consecuentemente con el trabajo, pueden resumirse de la siguiente manera:

A finales de siglo XVIII y principios del XIX, la Primera Revolución Industrial transformó el mundo como ningún otro fenómeno histórico lo había hecho desde el Neolítico. Se pasó de una economía rural basada en la agricultura y el comercio, a una economía urbana, industrial y mecanizada, que cabalgaba sobre la máquina de vapor. En la segunda, la electricidad y los combustibles fósiles darían energía a miles de fábricas que crecieron en tecnificación y tamaño, precipitando una división del trabajo sin precedentes. En la tercera, la industria se informatizó y se automatizó a una velocidad exponencial desde la década de los setenta hasta nuestros días, en la que millones de ciudadanos vivimos conectados a través de nuestros teléfonos inteligentes. Estas tres oleadas de cambios han transformado la humanidad mucho más en 200 años que en 10 000, pero nada parece indicar que el proceso haya finalizado, o ni siquiera, que se haya ralentizado un poco. Todo lo contrario. El éxodo rural continúa, y en 2050 más de dos tercios de la población mundial vivirá en las ciudades. Paralelamente, ya hay expertos que identifican señales evidentes de una Cuarta Revolución Industrial en ciernes, basada en la hiper-conectividad y los sistemas ciberfísicos —el internet de las cosas—, o la microfabricación representada por el movimiento

³⁵ Schwab Klaus, *La Cuarta Revolución Industrial*, España, Debate, 2017, p. 12.

maker,³⁶ gracias a la popularización de las impresoras 3D y la economía directa a través de plataformas de financiación colectiva.³⁷

Entonces, puede afirmarse que:

Mediante la creación de «fábricas inteligentes», la cuarta revolución industrial genera un mundo en el que sistemas de fabricación virtuales y físicos cooperan entre sí de una manera flexible en todo el planeta. Esto permite la absoluta personalización de los productos y la creación de nuevos modelos de operación.

La cuarta revolución industrial, no obstante, no solo consiste en máquinas y sistemas inteligentes y conectados. Su alcance es más amplio. Al mismo tiempo, se producen oleadas de más avances en ámbitos que van desde la secuenciación genética hasta la nanotecnología, y de las energías renovables a la computación cuántica. Es la fusión de estas tecnologías y su interacción a través de los dominios físicos, digitales y biológicos lo que hace que la cuarta revolución industrial sea fundamentalmente diferente de las anteriores.³⁸

Luego, se puede concretizar que la Revolución 4.0 implica un nuevo modo de hacer las cosas a través de la automatización, la robótica y la computación avanzada; y ha sido abrupta, dado que ha evolucionado con mayor rapidez que las anteriores revoluciones industriales y se tiene el pronóstico que se incrustará, con la misma rapidez, en los procesos de producción y con las obvias repercusiones en las relaciones de trabajo.

6. REVALORACIÓN DE LOS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DEL DERECHO DEL TRABAJO FRENTE A LOS IMPACTOS DE LA REVOLUCIÓN 4.0

En lo que se ha denominado Estado Constitucional o paradigma neo-constitucionalista,³⁹ el Derecho no solo puede estar integrado por reglas

³⁶ “El movimiento maker es la última tendencia en el mundo de la tecnología. Así lo piensa Google y por ese motivo le ha dedicado su quinto evento anual *TrendSpain*, celebrado hoy en el *Campus Madrid*, el edificio con el que cuenta la compañía en la capital española. El movimiento consiste en crear objetos de forma artesanal, pero utilizando la tecnología o técnicas tecnológicas como la impresión 3D, la robótica, el corte con láser o la fresadora. Las herramientas son muy variadas” en https://elpais.com/tecnologia/2016/09/22/actualidad/1474560262_851948.html,

³⁷ Oliván, Raúl, “La Cuarta Revolución Industrial, un relato desde el materialismo cultural”, *URBS. Revista de Estudios Urbanos y Ciencias Sociales*, vol. 6, núm. 2, 2016, pp. 101-111, <http://www2.ual.es/urbs/index.php/urbs/article/view/olivan>

³⁸ Schwab Klaus, *op. cit.*, p. 13.

³⁹ “La correcta comprensión del derecho occidental contemporáneo pasa por atender debidamente a la doble evolución que han experimentado las constituciones occi-

y principios; no obstante que las primeras deben ser claras y precisas, deben incorporar lo que Atienza y Ruíz Manera han denominado “cláusulas de derrotabilidad moral”, en las que los principios tienen cierta preeminencia axiológica sobre las reglas.⁴⁰

En ese mismo tenor, Robert Alexy, quien, tras señalar que las normas de derechos fundamentales tienen carácter de principios, señala que estos son tan importantes que la circunstancia de que se los efectivice no puede quedar librada a una simple mayoría parlamentaria.⁴¹

Cabe señalar que el constitucionalismo de la segunda mitad del siglo XX, al otorgarle un carácter normativo específico a los principios, convirtiendo a los principios generales del Derecho en principios constitucionales, robustece así su potencial jurídico instigador.⁴² En ese sentido, se ha señalado que el punto más grande del cambio de paradigma en el tratamiento de los principios se encuentra tanto en el carácter como en lugar de su normatividad; pues, una vez reconocida definitivamente esta por la doctrina moderna, los principios partieron de los Códigos, en donde constituyen únicamente fuentes de valor supletorio, a las Constituciones, donde se convirtieron en fundamento de todo el ordenamiento jurídico, en calidad de principios constitucionales.⁴³

De allí que, frente a las funciones, tradicionalmente asignadas a los principios por las teorías jurídicas predominantes (función interpretativa y normativa supletoria), cabe reconocerles actualmente una función

dentales durante la segunda mitad del siglo XX: han aumentado su valor jurídico y sus contenidos materiales. Señal inequívoca de la primera tendencia es la creación de los tribunales constitucionales, que controlan la acción de todos los poderes del estado para garantizar la supremacía constitucional. Señal inequívoca de la segunda es la presencia en los textos constitucionales de valores, fines y, sobre todo, de derechos”. vid. García Manrique, Ricardo (et. al.), *Derechos Sociales y Ponderación*, México, Fontamara, 2007, p. 15

⁴⁰ cfr. Atienza, Manuel y Ruíz Manero, Juan, “Dejemos atrás el positivismo jurídico”, *Isonomía, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, Instituto Tecnológico Autónomo de México, México, núm. 27, octubre de 2007, p. 7.

⁴¹ cfr. Sobrevilla, David, “El modelo jurídico de reglas, principios y procedimientos de Robert Alexy”, *Isonomía, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, Instituto Tecnológico Autónomo de México, México, núm. 4, abril de 1996, p. 97.

⁴² cfr. Godinho Delgado, Mauricio, *Princípios de direito individual e colectivo do trabalho*, 2ª Edición, Sao Paulo, LTR Editora, 2004, p. 24.

⁴³ cfr. Capon Filas, Rodolfo, *Sobre los principios del Derecho del Trabajo y su importancia en la actualidad*, *Derecho del Trabajo*, Buenos Aires, La Ley, 2010, p. 272.

normativa concurrente; es decir, una función normativa propia, derivada de lo que se conoce como *dimensión fundamentadora* de todo el ordenamiento jurídico que asumen los principios. Así, los principios dejan de ser entendidos como simples enunciados programáticos no vinculantes, para reconocerse que tienen un contenido normativo similar a las reglas de Derecho positivo; al punto tal que es perfectamente posible que, bajo determinadas circunstancias, un principio pueda llegar a restringir o prevalecer sobre una norma jurídica escrita, adquiriendo así una eficacia derogatoria que deriva de esa *dimensión fundamentadora*.⁴⁴

Luego, esta revalorización de los principios vendrá a reforzar la particular importancia que, desde sus orígenes, el Derecho del Trabajo asignó a sus principios fundantes, en virtud de que los mismos “tienen como función esencial la de constituir un patrimonio indisponible de derechos para quienes integran una clase social –la de los trabajadores asalariados–, orientándose a la protección de un estado sobre el que sólo se puede operar para mejorar la condición de ellos, impidiendo que se ahonde la desprotección existente en la realidad material.”⁴⁵

7. CONCLUSIONES

1. Los principios fundantes del Derecho del Trabajo, como axiomas o verdades universales, que le han dado forma y sustento filosófico, deben volverse a considerar, no obstante, el embate de las políticas neoliberales o flexibilizadoras de las relaciones de trabajo imperantes en este siglo.

2. Si los principios del Derecho, en el marco del neoconstitucionalismo, han dejado de ser parte de la legislación común para mudarse al orden constitucional, entonces los principios del Derecho del Trabajo deben seguir la misma suerte y, en consecuencia, ponderarse e interpretarse como el resto de los principios constitucionales.

3. La Revolución 4.0, como un fenómeno social, que tendrá repercusiones económicas y en las relaciones de trabajo, ha irrumpido de manera abrupta, dado que, no obstante, no ha detonado en su máxima

⁴⁴ Godinho Delgado, Mauricio, *op. cit.*, p. 19.

⁴⁵ Cornaglia, Ricardo J., *Reforma Laboral. Análisis Crítico. Aportes para una teoría general del Derecho del Trabajo en la crisis*, Buenos Aires, La Ley, 2001, p. 8.

expresión, la automatización, la robótica y la computación avanzada se han desarrollado exponencialmente en un lapso muy corto, lo que hace pensar que el modo de producir también sufrirá cambios considerables y en consecuencia también en las relaciones de trabajo.

4. Se considera que, si bien es cierto que la Revolución 4.0 modificará tanto la forma de producir como las condiciones de trabajo, dado que se incluirán técnicas nunca antes vistas, también lo es que las relaciones de trabajo, que se presenten en tal escenario, deben seguir estando inmersas bajo los principios fundamentales del Derecho del Trabajo, los cuales tienen como máxima la protección del trabajador, no para convertirlo en un ente inmóvil y dependiente del Estado social, sino como sujeto activo y que busque se cumplan los postulados de la justicia social.

8. BIBLIOHEMEROGRAFÍA

Bibliografía

Buen Lozano, Néstor de, *Derecho del Trabajo*, 13ª Edición, t. I, México, Porrúa, 2000.

Cabanellas, Guillermo, *Diccionario de Derecho Usual*, 9ª Edición, t. II, Buenos Aires, Heliasta, 1976.

Capon Filas, Rodolfo, *Sobre los principios del Derecho del Trabajo y su importancia en la actualidad*, *Derecho del Trabajo*, Buenos Aires, La Ley, 2010.

Cornaglia, Ricardo J., *Reforma Laboral. Análisis Crítico. Aportes para una teoría general del Derecho del Trabajo en la crisis*, Buenos Aires, La Ley, 2001.

Couture, Eduardo J., *Vocabulario jurídico*, voz: principio, Buenos Aires, Ediciones Desalma, 1976.

Cueva, Mario de la, *El Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo*, 18ª Edición, t. I, México, Porrúa, 2001.

Dávalos, José, *Derecho Individual del Trabajo*, 16ª Edición, México, Porrúa, 2007.

Díaz Vargas, Jaime Alejandro, *El Principio de la Primacía de la realidad en las relaciones laborales de la Administración Pública*, Bogotá, Universidad Sergio Arboleda, 2012.

Godinho Delgado, Mauricio, *Princípios de direito individual e coletivo do trabalho*, 2ª Edición, Sao Paulo, LTR Editora, 2004.

- Lastra Lastra, José Manuel, *Derecho Sindical*, 4ª Edición, México, Porrúa, 2007.
- Lastra Lastra, José Manuel, *Diccionario de Derecho del Trabajo*, México, Porrúa, 2001.
- Muñoz Ramón, Roberto, *Derecho del Trabajo*, t. I, México, Porrúa, 1976.
- Pérez Triviño, José Luis, *De la dignidad humana y otras cuestiones jurídico-morales*, México, Fontamara, 2007.
- Plá Rodríguez, Américo, *Los principios del Derecho del Trabajo*, 2ª Edición, Buenos Aires, Ediciones De la Palma, 1990.
- Reale, Miguel, *Introducción al estudio del Derecho*, 9ª Edición, Madrid, Ediciones Pirámide, 1989.
- Rojas Amandi, Víctor, *Filosofía del Derecho*, México, Oxford, 2000.
- Russomano, Mozart Víctor, *La Estabilidad del Trabajador en la Empresa*, México, UNAM, 1981.
- Sandri Levi, Lionello R., *Lezioni di diritto del lavoro*, Milano, Giuffré Editore, 1962.
- Santos Azuela, Héctor, *Régimen del Trabajo en México*, México, Sapienza, 2007.
- Schwab Klaus, *La Cuarta Revolución Industrial*, España, Debate, 2017.
- Veccio, Giorgio del, *Los principios generales del Derecho*, 3ª Edición, Barcelona, Bosch, 1978.

Hemerografía

- Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, “Dejemos atrás el positivismo jurídico”, *Isonomía, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, Instituto Tecnológico Autónomo de México, México, núm. 27, octubre de 2007.
- Lastra Lastra, José Manuel, “Principios y valores ordenadores de las relaciones de trabajo”, *Revista de la Facultad de Derecho*, UNAM, t. L, núm. 229-234, enero-diciembre de 2000, p. 140.
- Oliván, Raúl, “La Cuarta Revolución Industrial, un relato desde el materialismo cultural”, *URBS. Revista de Estudios Urbanos y Ciencias Sociales*, vol. 6, núm. 2, 2016, pp. 101-111, <http://www2.ual.es/urbs/index.php/urbs/article/view/olivan>
- Sobrevilla, David, “El modelo jurídico de reglas, principios y procedimientos de Robert Alexy”, *Isonomía, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, Instituto Tecnológico Autónomo de México, México, núm. 4, abril de 1996.

Documentos publicados en Internet

Camacho Solís, Julio Ismael, *Los mecanismos y normas de protección en las relaciones laborales*, UNAM, p. 245, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3142/12.pdf>.

Legislación

Constitución de la República de Colombia de 1991, vigente, <http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Colombia/colombia91.pdf>

Jurisprudencia

Tesis IV.3o.T.224 L, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXIII, febrero de 2006, p. 1826.

Otros documentos

CD ROM, *Ley de Amparo, y su interpretación por el Poder Judicial de la Federación*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2006.

EL IMPACTO Y LAS TRANSFORMACIONES SOCIO LABORALES COMO CONSECUENCIA DE LAS INNOVACIONES TECNOLÓGICAS EN LA REVOLUCIÓN 4.0

Socio-Labor Impact as a Consequence of The Technological Innovations in the Revolution Industry 4.0

Recepción: 12/08/2019

Aceptado para su publicación: 23/09/2019

JANCARLO TOBAR ORTEGA*

RESUMEN: La implementación de nuevas tecnologías de la información y las telecomunicaciones en un modelo de producción capitalista ha permitido la transformación del trabajo con el propósito de prestar servicios utilizando plataformas digitales; y es precisamente con el acceso a internet que se ha digitalizado a la sociedad debido a la permanente conexión en línea y el surgimiento de modelos de negocio diseñados en la economía digital, de ahí que la economía en la Revolución 4.0 constituya una tendencia del nuevo milenio que transformó la oferta y la demanda, es así que los particulares pueden prestar servicios personalizados mediante plataformas (apps), lo que les denomina trabajadores autónomos o los llamados “Crowdworkers” que pertenecen a plataformas como Rappi, UBER, Beat, Mercadoni, Glovo, Domicilios.com, entre otras; los cuales usan medios propios para la ejecución de su trabajo, con miras a alcanzar mejores prestaciones con bajos costos de producción y con más independencia laboral, sin embargo, en Colombia no existe una norma que regule a estos trabajadores y que analice la naturaleza del vínculo entre la persona que se suscribe a la plataforma y la plataforma en sí misma, se puede decir que bajo la excusa de que las plataformas digitales promueven una nueva dinámica de emprendimiento, se esté desmejorando al trabajador disfrazando su verdadera situación laboral, lo que ocasiona la pérdida de condiciones en cuanto a su salario, seguridad y prestaciones

* Tecnólogo en Promoción de la Salud de la Facultad de Ciencias de la Salud de la Universidad de Nariño-Colombia. Estudiante de Pregrado, Programa de Derecho de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad del Cauca-Colombia. Investigador y Coordinador del Semillero de Investigación en Derecho laboral y Seguridad Social “SIDELSER” de la Universidad del Cauca-Sede Norte. Correo electrónico: jjtobaro@unicauca.edu.co.

sociales, ya que es el mismo trabajador quien asume los riesgos del resultado de dicha actividad.

PALABRAS CLAVE: Plataformas digitales, trabajadores autónomos, economía digital.

ABSTRACT: The adoption of new information technologies and telecommunications within a model of capitalist production has enabled the transformation of work with the purpose of providing services by using digital platforms, and it is precisely the access to the internet what has digitalized our society due to a permanent online connection and the upsurge of business models designed within the digital economy, and because of this, the economy of the Industry 4.0 constitutes a tendency in the new millennium that has transformed supply and demand. Thus, individual citizens can provide personalized services through platforms (apps), which gives them the name of autonomous workers or the so called “Crowdworkers” who belong to platforms such as Rappi, UBER, Beat, Mercadoni, Glovo, Domicilios.com, among others, all of which use their own means to fulfill their work with the aim of providing a better performance with a low cost of production and with more labor independence. Nonetheless, Colombia does not have a set of laws to regulate these workers and to analyze the nature of the bond between the user and the platform itself. It can be said that, under the excuse that the digital platforms promote a new dynamic of entrepreneurship, the worker is being impaired by disguising his true labor plight, which causes the loss of acceptable conditions in regard to salary, security and social benefits, since the worker himself takes the risk of the results of such activities.

KEY WORDS: Digital platforms, autonomous workers, digital economy, Industry 4.0, social protection.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LAS PLATAFORMAS DIGITALES Y LOS TRABAJADORES AUTÓNOMOS. 3. CONSIDERACIONES FINALES. 4. BIBLIOHEMEROGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

El auge de las nuevas tecnologías ha permitido una propuesta productiva de impacto en los sectores económicos de cada país, pero es conveniente hacer un análisis profundo de las diferentes convergencias que pueden aparecer con el avance de la llamada Revolución 4.0 en el crecimiento del sector económico, por el uso estratégico de plataformas digitales que permita una oferta diferencial entre países, por lo menos desde la perspectiva del trabajo en Colombia, lo referente a las plataformas digitales no es un problema nuevo, es un problema silencioso y conocido, que oculta la verdadera situación de este tipo de trabajadores digitales, en consideración a que, en principio, estos contratos se rigen por las leyes civiles o mercantiles, más no por las leyes laborales. En este contexto,

se ve afectada la relación entre el empleador y el trabajador ya que, al incorporar el esquema de las plataformas digitales para la vinculación de trabajadores, se abre un debate en materia de regulación laboral y el reconocimiento de derechos como al trabajo, a la igualdad, a la vida en condiciones dignas, al goce de un salario acorde a la prestación del servicio e incluso a los mínimos de subsistencia.

Por tal razón, surge la necesidad de darle real importancia y contribución al principio de protección social, que se fundamenta en ser la base del Derecho del Trabajo, manifestado en la optimización de la dignidad humana de los trabajadores de estas plataformas digitales y el cumplimiento de las garantías laborales mínimas consignadas en la Constitución Política Colombiana como son los servicios de salud, pensiones, riesgos laborales y servicios complementarios, ya que las empresas aseguran que no existe una relación laboral directa con ellos y por eso no están obligadas a garantizar estos derechos ocasionando una disminución de las condiciones laborales de estos trabajadores, la pregunta radica en si el uso de estas aplicaciones móviles dinamizan la economía del país o por el contrario están impulsando la informalidad laboral, es por eso que es necesario impulsar una política idónea que permita dignificar el trabajo y evite la explotación, la precarización y el empobrecimiento de todo tipo de trabajadores formales e informales.

2. LAS PLATAFORMAS DIGITALES Y LOS TRABAJADORES AUTÓNOMOS

2.1. Aproximación al concepto de trabajador autónomo

La modernización del Derecho Laboral como consecuencia de la Revolución 4.0 debe ser un elemento indispensable para confrontar los nuevos retos normativos del siglo XXI y la búsqueda de una seguridad jurídica para todo tipo de trabajadores, incluyendo a los empleadores y sus empresas. Hoy en día encontramos diferentes nociones sobre los trabajadores autónomos; siendo este término de gran incidencia desde el punto de vista jurídico, social y global. Para Berj: “La población ocupada a través de plataformas digitales bajo demanda sin vínculo laboral alguno, supera más de 20.000 personas en el mundo”¹, es decir; cada vez son

¹ Berg, Janine, “La seguridad de ingreso en la economía bajo demanda: conclusiones y lecciones políticas de una encuesta sobre trabajadores online”, ILO, Documento de

más las personas que laboran mediante plataformas, existe una tendencia expansiva de trabajadores autónomos.

El surgimiento de nuevas tecnologías ha desencadenado una serie de transformaciones de la realidad social, económica y productiva en el entendido de que hay una reducción de la mano de obra humana. Para Davis: “Esto hace que las empresas opten por una reducción de costos, decidiendo por la contratación de personas que les prestan servicios, pero sin vínculo laboral, haciendo además que eviten el pago de ciertos cargos de seguridad o de trabajo”.² En ese sentido la propuesta por Sagardoy de Simón, abogado y profesor titular de Derecho del Trabajo en la Universidad Francisco de Vitoria es determinar que:

Los trabajadores por cuenta propia o autónomos son independientes, y no empleados de la empresa que proporciona la tecnología. En teoría, el autónomo es libre de llevar a cabo o no el trabajo o servicio en cuestión, puede ir y venir según su voluntad, y aporta él mismo su propio equipo, los materiales, etc.³

Por su lado Caurín hace referencia a los dos tipos de trabajadores: trabajador por cuenta ajena y trabajador por cuenta propia, el primero suele recibir de forma estable en cantidades iguales o parecidas las mensualidades de su salario, y éste suele tener una cuantía fija. Por el contrario, el trabajador autónomo no recibe una cuantía fija por su trabajo, hay meses en los que cobra mayores cuantías o por el contrario meses donde recibe menor cuantía que en otros.

Cuando es la empresa la que recibe la utilidad del trabajo y el trabajador sólo una retribución por el mismo estamos hablando de un trabajador por cuenta ajena. En el caso del autónomo, es él quien asume el riesgo económico del negocio y, por tanto, revierten en el mismo tanto las pérdidas como las ganancias, por lo que los ingresos no suelen ser

trabajo núm. 74, Ginebra, 2016, OIT, https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---travail/documents/publication/wcms_479693.pdf

² Davis, Henry, “Trabajo autónomo”, Enciclopedia jurídica y las ciencias sociales, 2018, <https://leyderecho.org/trabajo-autonomo/>

³ Sagardoy de Simón, Iñigo, “Los autónomos y las gig economy”, *El país*, Columna de opinión, par.3, 2018, https://elpais.com/elpais/2018/07/31/opinion/1533035393_775690.html

tan estables.⁴ Por otro lado, es el trabajador por cuenta ajena quien se encuentra sujeto a la organización de la empresa, que es la que determina en qué momento se prestan los servicios. Esta empresa establecerá para el trabajador, por ejemplo, los horarios y cuando son sus vacaciones. En el caso del trabajador autónomo, es él quien se organiza y determina en el momento en que desarrolla su trabajo. Por otra parte, los servicios que realiza el trabajador por cuenta ajena suelen prestarse en el domicilio de la empresa o en otro diferente designado por esta, utilizando los elementos que la misma pone a su disposición. En el caso del trabajador autónomo, éste es quien planifica donde prestará el servicio y suele utilizar sus propias herramientas de trabajo.

La legislación española es modelo clave al aprobar la ley N° 20/2007 del 11 de Julio instituyendo el Estatuto del Trabajador Autónomo, donde la norma lo conceptualiza como aquel trabajador que realiza una actividad económica, de forma habitual, personal, directa y predominante para una persona física o jurídica, denominada cliente, de quien depende económicamente por percibir de ella al menos el 75% de sus ingresos de trabajo y de actividades económicas o profesionales.⁵ Además, con esta ley se intenta resolver el problema de protección social para estos trabajadores. Pero para Colombia la realidad es otra; existe un ausentismo normativo por parte del Estado, por lo que los trabajadores autónomos no están regulados, se encuentran desprotegidos y en situaciones de desventaja frente a su empleador y frente al contexto de la era tecnológica, entrañándose de esta manera a la desigualdad y la precarización laboral.

2.2. Países de la OCDE con más número de trabajadores autónomos

Colombia ostenta un nuevo primer lugar en el mundo y es el de contar con la mayor cantidad de trabajadores por cuenta propia, un indicador que la OIT en el año 2018 estima ya en 61,3% del total de la fuerza laboral. La información ha sido destacada en W Radio, que cita como fuentes a la Revista Forbes y la Organización Internacional del Trabajo. “Los datos más recientes publicados por la OCDE (Organización para la Coope-

⁴ Caurin, Juan, “El trabajador autónomo”, 2009, <https://www.serautonomo.net/?que-es-un-trabajador-autonomo.html>

⁵ *Idem.*

ración y el Desarrollo Económico) muestran que el 61% de la fuerza de trabajo de Colombia trabaja por cuenta propia con informalidad laboral, desigualdad de ingresos y contratos no regulares generalizados en todo el país”⁶. Además, según informe de la OCDE:

Para 2016, Colombia contaba la tasa de trabajadores por cuenta propia más alta del mundo, que llegaba para ese momento a 51,3% del total de trabajadores del país. El ranking, que se elaboró con países seleccionados, contó en el top cinco con naciones como Grecia, que tuvo 34,1% de trabajadores independientes; Brasil con 32,9%; Turquía con 32,4% y México con 31,5%. Según Montes.

La OCDE incluyó en su análisis las horas regulares de trabajo de los trabajadores a tiempo completo, parcial y anual, las horas extraordinarias remuneradas y no remuneradas, y las horas trabajadas en empleos adicionales. Es entonces que de acuerdo con los datos de 2016 (el último) en el empleo informal, la desigualdad de ingresos y no contratos regulares publicadas por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), la mitad de los trabajadores de Colombia son autónomos.⁷

Esto lleva a determinar que los países cuyos ciudadanos tienen menos ingresos per cápita son aquellos que tienen un mayor número de autónomos. Tal vez porque para las personas representa una oportunidad para generar mayores ingresos y mejorar sus condiciones sociales. Esta es una de las principales conclusiones del último informe de la OCDE sobre el estado del empleo en los países miembros de esta Organización (un total de 34 de diferentes continentes).

2.3. Las plataformas digitales: relación laboral disfrazada

Según la OIT (2019) el trabajo en plataformas digitales surgió a principios de los años 2000 con el crecimiento del Internet y la necesidad

⁶ OCDE, “¿Qué países de la OCDE tienen más trabajadores autónomos?”, *El Boletín, Diario de actualidad desde 1992*, Madrid, 2018, <https://www.elboletin.com/noticia/164991/economia/que-paises-de-la-ocde-tienen-mas-trabajadores-autonomos.html>

⁷ Montes, Sebastián, “Colombia tiene la tasa más alta de trabajadores por cuenta propia”, *La República*, 2018, <https://www.larepublica.co/globeconomia/colombia-cuenta-con-la-tasa-de-autoempleo-mas-alta-del-mundo-segun-la-ocde-2743271>

de contar con la participación humana en las tareas necesarias para el buen funcionamiento de las industrias en línea. Los trabajadores pueden trabajar desde cualquier lugar del mundo en tanto tengan una conexión a Internet fiable⁸. El mercado colombiano está lleno de plataformas que conectan prestadores de servicios con personas que quieren adquirirlo, tipo mensajeros urbanos. Según Aguilar (como se citó en Cruz Caicedo, 2018) plantea que:

Es necesario precisar que las plataformas digitales son una web o herramienta de acceso ubicuo a la red de internet por medio de una amplia variedad de dispositivos de usuario (Por ejemplo: teléfonos móviles inteligentes, laptops, tabletas de escritorio, estaciones de trabajo) que permiten desplegar aplicaciones propias, creadas con lenguajes de programación soportadas por el proveedor⁹. Esto significa que estos sitios web hacen parte de las empresas tecnológicas que son las proveedoras de los servicios en la sociedad de la información y que prestan servicios al público en general para que estos accedan, interactúen, realicen negociaciones y gestionen los pagos a través de estas herramientas tecnológicas.

Para Coronel:

La falta de puestos de trabajo ha llevado a que cada vez más personas se vean obligadas a trabajar por cuenta propia, al tiempo que las reformas que han flexibilizado las relaciones laborales en el país contribuyeron a precarizar el empleo: 4 de cada 10 ocupados trabajan por cuenta propia, y 5 de cada 10 tienen un empleo vulnerable.¹⁰

Se supone entonces que el trabajador por cuenta propia es considerado un emprendedor o un empresario de sí mismo, que busca su propia autonomía económica e independencia laboral, que tiene la facultad de manejar su horario, trabajar cuando lo desee, incluso cotizar a su seguridad social si lo considera y “descansar” cuando lo estime necesario. Esto es lo que las plataformas digitales pretenden hacerles creer a sus tra-

⁸ OIT, “Las plataformas digitales y el futuro del trabajo. Cómo fomentar el trabajo decente en el mundo digital”, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, Cap.1, 2019, https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_684183.pdf

⁹ Aguilar, Luis, *Industria 4.0: La cuarta revolución industrial*, Bogotá: Alfaomega, 2017, p. 103-106.

¹⁰ Coronel López, Jorge, “Plataformas digitales: Relación laboral disfrazada”, *Agencia de Información Laboral-AIL*, Medellín, 2018, <http://ail.ens.org.co/opinion/plataformas-digitales-relacion-laboral-disfrazada/>

bajadores evadiendo la verdadera realidad que implica el desarrollo del trabajo mediante una plataforma digital. Coronel López manifiesta que:

Las plataformas digitales sustentan la idea de que trabajar para ellas es muy fácil, es suficiente tener el documento de identidad y un medio de transporte cuando es para mensajería. Lo que piden es que pongan capital y su mano de obra. Conviene recordar que, en el modo de producción capitalista, la fuerza de trabajo le corresponde al trabajador, luego estamos ante un nuevo modo de producción más agresivo que el vigente.¹¹

Además, no tienen un salario fijo, ni mínimo. La empresa les impone cuánto cobrar por servicio, no les exige seguro de riesgo, ni protección social, tampoco seguro contra robo para proteger lo transportado. Los daños de su medio de transporte o de su equipo de comunicaciones (herramienta vital de trabajo) debe asumirlos el trabajador, así como los gastos médicos en caso de accidente. No tienen vacaciones, pues perderían ingresos, y además la empresa los controla desde su plataforma digital. No siendo poco, los “incentivan” económicamente para que traigan más recomendados, tal vez sin percatarse de que al ingresar más personas las probabilidades de atender un servicio son menores, obligándolos a trabajar más horas. El poder de la plataforma es tal, que, en caso de reclamos del trabajador o alguna queja, lo bloquean y no le solucionan el problema.¹²

De igual forma la OIT se ha manifestado planteando diferentes propuestas con miras a garantizar un trabajo decente¹³ en las plataformas digitales de trabajo, estas propuestas están encaminadas en primera medida a otorgar un estatus jurídico para este tipo de trabajadores, permitir que ejerzan sus derechos a la libertad sindical y a la negociación colectiva, tal como ocurrió en Argentina en el año 2018 donde trabajadores como *Rappi*, *Glovo* y *Uber* presentaron en la Secretaría de trabajo de la Nación el primer sindicato de plataformas del país y la región, llamado Asociación de personal de plataformas (*APP*), otra propuesta enunciada por la OIT es garantizar el salario mínimo vigente en el país de residencia

¹¹ *Idem.*

¹² *Idem.*

¹³ El Trabajo Decente es un concepto desarrollado por la Organización Internacional del Trabajo para establecer las características que debe reunir una relación laboral acorde con los estándares internacionales, de manera que el trabajo se realice en condiciones de libertad, igualdad, seguridad y dignidad humana

de los trabajadores, además incluye recomendaciones para adaptar los sistemas de protección social de manera que los trabajadores digitales estén cubiertos en seguridad social en todas las modalidades de empleo, hacer uso de la tecnología para simplificar los pagos de cotizaciones y beneficios, crear y fortalecer mecanismos de protección social universales y financiados con impuestos¹⁴.

Antes bien, el avance de las tecnologías y las nuevas tipologías de empleo deben ser motivo para trabajar por una pronta regulación laboral. Lo cierto es que ya existen pronunciamientos judiciales emitidos en diferentes países que sirven como un antecedente relevante para el contexto colombiano, en el cual se discuten las implicaciones legales de estas plataformas digitales. En primera medida el reconocimiento de una verdadera relación laboral y el estatus de trabajador, tal es el caso donde el Juzgado de lo Social n° 19 de Madrid 2019, estimó la demanda interpuesta por la Tesorería General de la Seguridad Social contra Roodfoods Spain S. L. 'Deliveroo' donde declara que los cerca de 500 repartidores demandantes, conocidos como *riders*, (repartidores de comida a domicilio) estaban sujetos a una relación laboral con la compañía en que prestaron sus servicios entre los años 2015 y 2017. Es decir, no eran trabajadores por cuenta propia (autónomos) como consideraba la empresa. «Los repartidores esencialmente han ejecutado un trabajo personal en unas condiciones organizadas y dirigidas por la empresa, que es la única que controla la marca Deliveroo, su aplicación informática y toda la información que se desprende de ella, señala la sentencia.

A comienzos de 2018 la Inspección obligó a la empresa de reparto de comida a domicilio a contratarlos como asalariados al considerar que existía una relación laboral. De estos *riders*, los que sigan trabajando con la empresa deberán ser contratados inmediatamente como asalariados una vez que la sentencia sea firme. En efecto, aquellos que ya no mantengan una relación laboral con Deliveroo solo podrán pedir a la Seguridad Social que se les devuelva la cuota de autónomos que abonaron entre 2015 y 2017, que es el periodo al que hace referencia el acta de Inspección de Trabajo.

¹⁴ *Ibidem*, p.20.

Además, la compañía de reparto de comida a domicilio deberá abonar las cuotas que debería haber pagado a la Seguridad Social por estos empleados durante los años a los que hace referencia la sentencia. La sentencia concreta: “Declarar, con los efectos legales correspondientes, que los trabajadores codemandados estaban sujetos a una relación laboral con ROOFOODS SPAIN S.L. en el tiempo en el que prestaron respectivamente sus servicios en el período que abarca el acta de liquidación, condenando a la indicada sociedad a estar y pasar por ello”. Con esto, da la razón a los riders y a la Inspección de Trabajo y considera que son trabajadores por cuenta ajena dependientes de la empresa. Como asalariados, estos trabajadores tienen que ser dados de alta en este régimen y cotizar como empleados por cuenta ajena en la Seguridad Social, en vez de como autónomos y encargarse de pagar la cuota correspondiente para este grupo.¹⁵

Otro suceso es lo ocurrido con los jueces de Asturias en junio del 2019 donde dieron la razón a un repartidor al dictaminar que se trata de un falso autónomo, el Tribunal Superior de Justicia ha sentenciado que entre la empresa Catalana Glovo y el repartidor existe una relación laboral, este pronunciamiento del Tribunal Superior de Justicia aclara que “la calificación de los contratos no depende de la denominación que les den las partes contratantes, sino de la configuración efectiva de las obligaciones asumidas en el acuerdo contractual y de las prestaciones que constituyen su objeto”¹⁶.

Por su parte la Asociación Española de la Economía Digital Adigital ha planteado que el Gobierno debe regular “el modelo laboral de las plataformas digitales”.¹⁷ El director general de Adigital, José Luis Zimmermann ha asegurado que es necesario “aportar seguridad jurídica” a todas las partes y que la manera de conseguirlo es “reformular la ley 20/2007 que

¹⁵ Juzgado de lo social núm. 19 de Madrid, Autos núm. 510/18, Sentencia núm. 188/2019, 22/07/2019. <https://www.newtral.es/wp-content/uploads/2019/07/Ido-Social-19-Madrid-22-julio.pdf>

¹⁶ El País, “Un rider logra por primera vez un fallo favorable contra Glovo en un tribunal superior de justicia”, Madrid, 2019. https://elpais.com/economia/2019/08/02/actualidad/1564736650_793370.html

¹⁷ Asociación Española de la Economía Digital (Adigital), “Adigital pide una regulación laboral de los repartidores en línea con Italia”, Madrid, 2019, <https://www.invertia.com/es/noticias/economia/20190808/adigital-pide-una-regulacion-laboral-de-los-repartidores-en-linea-con-italia-292656>

hace referencia al Estatuto del trabajo autónomo, que califique expresamente a los riders como trabajadores autónomos y que corrobore que los profesionales que operan a través de plataformas están encuadrados en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos (RETA) y los dotes de mayores coberturas”.

2.4. Situación actual en Colombia

La pregunta radica en: ¿Existe pronunciamiento por la legislación colombiana frente al tema de las nuevas formas de empleo mediante plataformas digitales?

Colombia necesita una regulación moderna, flexible y útil para las condiciones laborales de las personas que trabajen con aplicaciones tecnológicas, aunque el discurso de los dueños de esas plataformas sigue siendo esquivo a la necesidad de reconocer su responsabilidad como creadores de empleos, la normativa debe encontrar el balance justo entre promover los emprendimientos digitales y proteger a los ciudadanos. Son demasiados los abusos que se están presenciando como para que el Congreso y el Gobierno no hagan nada.¹⁸

Hay una clara desconexión entre la realidad y las palabras empleadas por los dueños de las plataformas digitales. Las empresas tipo Uber se refieren a sus conductores como “socios”, lo que en la práctica pretende marcar una distancia de reconocer derechos básicos que garanticen la dignidad de ese empleo. Al respecto, Iván Daniel Jaramillo, director del Observatorio Laboral de la Universidad del Rosario, señaló que el mecenismo con el que se trabaja en Rappi y otras plataformas no es formal y que Colombia debe buscar regular el trabajo digital cuanto antes. En sus palabras manifestó:

Formalidad no es trabajo con cualquier cosa, eso es trabajar sin derechos, sin protección social y sin libertad sindical, es una confusión de términos. Hoy esos trabajadores son informales, pero este debate no es solo acá, es mundial. Europa ya tiene precedentes como es el caso de la institución del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos RETA donde establece la

¹⁸ El Espectador. “Es hora de regular Rappi, Uber y similares”, Editorial, Colombia, 2019. <https://www.elespectador.com/opinion/editorial/es-hora-de-regular-rappi-uber-y-similares-articulo-871615>

estructura del trabajador autónomo y el reconocimiento de derechos que al igual que todo trabajador convencional tiene la oportunidad de exigir, entre ellos está la inclusión al Sistema de Seguridad Social, afiliación, cotización, acción protectora y prevención de riesgo, el gobierno colombiano debería replantear lo que había trabajado en el proyecto de ley 082 de 2018 por medio del cual se buscaba regular el trabajo digital en Colombia y construir sobre eso¹⁹.

Si bien es cierto el proyecto de ley 082 del 2018 va de la mano con el Plan Nacional de Desarrollo, ambos apuntan a normativizar a los trabajadores que prestan sus servicios mediante una plataforma digital. Según el Plan Nacional de Desarrollo en su artículo 348 estipula:

El Gobierno Nacional, a través del Ministerio del Trabajo, en coordinación con los ministerios de Salud, Hacienda y de las TIC, diseñarán y formularán una política pública que permita, entre otros, caracterizar las condiciones de prestación de servicio, y las modalidades de protección y seguridad social que se puedan generar del uso de estas aplicaciones y plataformas.

El reto fundamentalmente es asegurar coberturas de protección social, que permita el mejoramiento de las condiciones laborales de los trabajadores, pero para ello se tiene que trabajar en conjunto: empresarios, trabajadores y el Estado Colombiano.

2.5. El modelo del Principio de Protección Social

En Colombia las normas básicas están estipuladas en el Código Sustantivo del Trabajo,²⁰ en el artículo 56, según el cual incumben al empleador obligaciones de protección y de seguridad para con los trabajadores, y a éstos obligaciones de obediencia y fidelidad para con el empleador, y el artículo 57, que establece que son obligaciones especiales del empleador: a) poner a disposición de los trabajadores, salvo estipulación en contrario, los instrumentos adecuados y las materias primas necesarias para la realización de las labores, y b) procurar a los trabajadores locales elementos adecuados de protección contra los accidentes y enfermedades

¹⁹ Jaramillo, Iván, "Trabajo por horas en Colombia", El portafolio, Economía, 2019, <https://www.portafolio.co/economia/pro-y-contras-de-la-propuesta-de-trabajo-por-horas-en-colombia-531391>

²⁰ Código sustantivo del trabajo.

profesionales en forma que se garanticen razonablemente la seguridad y la salud.²¹ Es así que Gajardo manifiesta que:

El empleador está obligado a velar por la seguridad y salud de sus trabajadores, lo que debe concretar a través de las obligaciones: poner a disposición de sus trabajadores los instrumentos adecuados de trabajo; definir, divulgar, dirigir y hacer cumplir al interior de la empresa la política de seguridad y salud en el trabajo; realizar la prevención y promoción de riesgos laborales; integrar los aspectos de seguridad y salud en el trabajo al conjunto de sistemas de gestión, procesos, procedimientos y decisiones de la empresa; realizar el plan de trabajo anual y asignar responsabilidades al interior de la empresa.²²

Para afianzar la importancia del principio de protección social como deber de los empleadores, es indispensable revisar cual es la realidad laboral de estos trabajadores autónomos, y apostar a mejorar sus condiciones laborales. Existen pronunciamientos como el que realizó un juez de Buenos Aires (Argentina) el cual emitió un fallo en el que suspende las actividades de las firmas de entregas a domicilio Rappi, Glovo y PedidosYa una vez las empresas demuestren haber cumplido con los requisitos de normas de seguridad vial para los repartidores que se transportan en bicicleta o en motocicleta, y la entrega por su cuenta y cargo la totalidad del personal los implementos de seguridad vial exigidos por la ley como son: casco, indumentaria para visualización nocturna y fijación de caja en rodado, además deberán entregar la acreditación de que el personal de reparto posee libreta sanitaria vigente y las constancias de regularidad laboral y de cobertura de seguros. El juez Roberto Gallardo, dictó una resolución que busca regularizar las prestaciones de las empresas conforme el marco legal vigente e impedir que se continúen produciendo accidentes evitables, que cobren la vida o la integridad física de los empleados repartidores²³.

²¹ Código Sustantivo del Trabajo y Código procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, 2019.

²² Gajardo, María Cristina, "El deber de Seguridad del empleador y el Principio Protector en Latinoamérica", *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, vol. 5, núm 9, 2014, pp. 15-32.

²³ Gómez, Silvia, "Aplicaciones móviles", Argentina, 2019, https://www.clarin.com/ciudades/apelan-fallo-suspendio-aplicaciones-delivery-recusaron-juez-gallardo_0_syIvk8GJt.html

La ausencia de protección social respecto de los trabajadores que prestan servicios para plataformas digitales resulta preocupante como se deriva del estudio realizado por el Parlamento Europeo y la Universidad de Leeds que da cuenta que: “hasta el 70% de los trabajadores de la economía de plataformas afirmó no tener acceso a sistemas básicos como las prestaciones por embarazo, asistencia infantil y vivienda”²⁴.

En Colombia, están vinculadas a modalidades de trabajo a través de plataformas digitales entre 20.000 y 25.000 personas, de las cuales cerca del 45% considera este trabajo como su actividad principal. En este sentido, la evasión del marco de protección social en los esquemas de contratación a través de plataformas demanda esquemas de intervención para incluir en el diseño de políticas públicas mecanismos de inspección, vigilancia y control idóneos para las modalidades de contratación laboral digital.²⁵ Ahora bien, según la Agencia de información laboral AIL:

La incorporación de tecnologías al sistema productivo debe articular estrategias de protección laboral privilegiando el respeto de derechos individuales y colectivos de los trabajadores de plataformas poniendo el acento en la defensa del futuro del trabajo según manifestación de la Organización Internacional del Trabajo²⁶. El auge que se aprecia sobre este tipo de empleos es el reflejo de una incapacidad de encontrar alguna política idónea que permita dignificar el trabajo y evite la explotación, la precarización y el empobrecimiento de los trabajadores.

De ahí, la importancia que el Derecho Laboral debe asumir frente a esta problemática, ya que los trabajadores que brindan sus servicios por cuenta propia mediante las plataformas digitales, tienen la libertad para emprender actividades en la economía digital, pero a la vez, esta opción de trabajo que se ejecuta con cierta flexibilidad debe desarrollarse bajo condiciones equitativas y de plena satisfacción que les aseguren las mínimas garantías como a cualquier trabajador colombiano, una existencia conforme a la dignidad humana.²⁷

²⁴ Portafolio, “El trabajo en plataformas digitales y la Revolución 4.0”, *Economía*, 2018. <https://www.portafolio.co/economia/empleo/el-trabajo-en-plataformas-digitales-e-industria-4-0-516975>

²⁵ *Idem*.

²⁶ *Idem*.

²⁷ Constitución Política de Colombia, 1991.

En ese orden de ideas, está en manos de la legislación colombiana definir cuál es la situación de la relación laboral que existe entre las plataformas tecnológicas y quienes trabajan utilizándolas.

Para Jáuregui, no hay en el momento normatividad especial que lo regule, pero se puede encontrar, por ejemplo, la figura de un contrato especial para personas que trabajan en servicios multinivel, así que para regular la prestación de servicios en plataformas se podría pensar más. Parte de los postulados de una regulación específica para estas plataformas, donde debería tener garantizada la seguridad social²⁸. La Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) determina que la protección social abarca una variedad de políticas y acciones en diversos ámbitos que deben promover el ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) en el mercado laboral, una clave fundamental para evaluar los sistemas de protección social consiste en determinar si logran contribuir a la promoción de los DESC y cómo responden a las dinámicas de riesgos y a su distribución social, para ello se deben efectuar propuestas de diseño e implementación de políticas con el objetivo de consolidar sistemas articulados e inclusivos sobre la base del enfoque de derechos ciudadanos²⁹.

3. CONSIDERACIONES FINALES

Es evidente que vivimos una era de transformación, la denominada Revolución 4.0 donde surge la relación entre el desarrollo tecnológico y el empleo, esto amerita que sea el Estado Colombiano el encargado de realizar acciones que permitan impulsar esa nueva economía colaborativa, pero que no sólo se enfoque en el crecimiento del sector de las tecnologías, sino que además busque alinearse con las nuevas realidades del mercado laboral y que recoja las nuevas tendencias mundiales de trabajo.

Tanto el sector privado como el sector público tienen la responsabilidad de combatir los riesgos que presenta esta era de transformación

²⁸ Jáuregui, David, “Las diferencias que tienen los trabajadores de las plataformas digitales Uber y Rappi”, Asuntos legales, 2018. <https://www.asuntoslegales.com.co/actualidad/las-diferencias-para-los-trabajadores-de-las-plataformas-digitales-uber-y-rappi-2612224>

²⁹ CEPAL, *Por un desarrollo sostenible con Igualdad*, Chile, 2019.

digital, protegiendo a los trabajadores y no a los puestos de trabajo. El sector privado debe centrarse en un cambio radical para las empresas en su estrategia, finanzas, tecnología, cultura y liderazgo.

Colombia es uno de los países que enfrenta uno de los retos más grandes frente al debate sobre la regulación y los derechos laborales de los trabajadores de plataformas digitales, en primera medida se debe aplicar el ordenamiento interno como es la Carta Política, más específicamente en lo referente al artículo 53, que invita al Congreso a expedir el Estatuto del Trabajo con el fin de encontrar inmersos por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales: Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales, garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario, entre otros. El Congreso también debe atender el escenario internacional, darle cabida al bloque de constitucionalidad con los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia y valerse de los precedentes judiciales de otros países que reconocen la estructura de estos trabajadores, su relación de trabajo y sus derechos fundamentales.

Los llamados trabajadores autónomos no cuentan con una regulación legal de acuerdo a su modalidad de trabajo, y es por eso que presentan dificultad para exigir el cumplimiento de sus derechos y no es para mucho ya que las empresas se han encargado de encubrir una verdadera relación laboral bajo la apariencia de un mero intercambio de prestación de servicios; estas niegan la existencia de contratos de trabajo, lo cierto es que la práctica determina lo contrario, ya que según la normatividad laboral y el principio de la realidad sobre las formas, toda persona que preste un servicio para otra, ya sea natural o jurídica, bajo el sometimiento de unas condiciones o subordinación y como contraprestación obtenga una retribución económica, debe declararse la relación de trabajo con el conjunto de derechos reconocidos al trabajador sin importar el tipo de actividad que desarrolle.

En definitiva, estos trabajadores digitales pasarían a ser trabajadores asalariados o trabajadores por cuenta ajena que están sometidos a la jurisdicción laboral, donde sus garantías fundamentales al igual que un trabajo de modalidad convencional deben protegerse, ya que las condi-

ciones laborales que presentan son contrarias a lo que se conoce como trabajo decente, lo que afecta la dignidad humana, este trabajo desarrollado a través de plataformas digitales no implica que los derechos de sus trabajadores sean virtuales, por el contrario deben otorgarse de manera continua y eficaz al trabajador.

En Colombia se encuentra en trámite el proyecto de ley 082 de 2018, que procura la regulación del trabajo digital en Colombia por medio del respeto del principio de primacía de la realidad, la afiliación al sistema integral de seguridad social y el respeto del derecho de asociación y el diálogo social, esto en conjunto con la ley 1955 del 2019 por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo que define a estos trabajadores como autónomos económicamente dependientes los cuales deberán estar afiliados como cotizantes al Sistema de Seguridad Social, donde es responsabilidad de la plataforma de economía colaborativa la verificación del registro, inscripción y cotización del trabajador, donde los aportes del trabajador autónomo al Sistema Integral de Seguridad Social sean asumidos de forma equitativa entre la plataforma de economía colaborativa y el trabajador. Esto determina que si no se encuentran activos en los sistemas de pensiones no podrán prestar sus servicios.

El principio de protección social se entiende implícito en el ordenamiento laboral general, y siendo así debe ser atendido por los operadores jurídicos y particularmente por los empleadores. Esta nueva modalidad de empleo implica un reto y la necesidad de ajustar la legislación laboral, por lo que es necesario potencializar este principio que contiene las garantías básicas para quienes prestan esta clase de servicios. Esto sin dejar de lado la flexibilización necesaria para estimular el crecimiento de estas modalidades de servicio colaborativo.

4. BIBLIOHEMEROGRAFÍA

Bibliografía

Aguilar, Luis, *Industria 4.0: La cuarta revolución industrial*, Bogotá, Alfaomega, 2017.

CEPAL, *Por un desarrollo sostenible con Igualdad*, Chile, 2019.

Hemerografía

Gajardo, María Cristina, “El deber de Seguridad del empleador y el Principio Protector en Latinoamérica”, *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, vol. 5, núm. 9, 2014.

Documentos publicados en Internet

Asociación Española de la Economía Digital (Adigital), “Adigital pide una regulación laboral de los repartidores en línea con Italia”, Madrid, 2019, <https://www.invertia.com/es/noticias/economia/20190808/adigital-pide-una-regulacion-laboral-de-los-repartidores-en-linea-con-italia-292656>

Berg, Janine, “La seguridad de ingreso en la economía bajo demanda: conclusiones y lecciones políticas de una encuesta sobre trabajadores online”, ILO, Documento de trabajo núm. 74, Ginebra, 2016, OIT, https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---travail/documents/publication/wcms_479693.pdf

Caurin, Juan, “El trabajador autónomo”, 2009, <https://www.serautonomo.net/?que-es-un-trabajador-autonomo.html>

Coronel López, Jorge, “Plataformas digitales: Relación laboral disfrazada”, Agencia de Información Laboral-AIL, Medellín, 2018, <http://ail.ens.org.co/opinion/plataformas-digitales-relacion-laboral-disfrazada/>

Davis, Henry, “Trabajo autónomo”, *Enciclopedia jurídica y las ciencias sociales*, 2018, <https://leyderecho.org/trabajo-autonomo/>

El Espectador. “Es hora de regular Rappi, Uber y similares”, Editorial, Colombia, 2019. <https://www.elespectador.com/opinion/editorial/es-hora-de-regular-rappi-uber-y-similares-articulo-871615>

El País, “Un rider logra por primera vez un fallo favorable contra Glovo en un tribunal superior de justicia”, Madrid, 2019. https://elpais.com/economia/2019/08/02/actualidad/1564736650_793370.html

Gómez, Silvia, “Aplicaciones móviles”, Argentina, 2019, https://www.clarin.com/ciudades/apelan-fallo-suspendio-aplicaciones-delivery-recusaron-juez-gallardo_0_syIvk8GJt.html

Jaramillo, Iván, “Trabajo por horas en Colombia”, El portafolio, Economía, 2019, <https://www.portafolio.co/economia/pro-y-contras-de-la-propuesta-de-trabajo-por-horas-en-colombia-531391>

Jáuregui, David, “Las diferencias que tienen los trabajadores de las plataformas digitales Uber y Rappi”, Asuntos legales, 2018. <https://www.asuntos-legales.com.co/actualidad/las-diferencias-para-los-trabajadores-de-las-plataformas-digitales-uber-y-rappi-2612224>

Montes, Sebastián, “Colombia tiene la tasa más alta de trabajadores por cuenta propia”, La República, 2018, <https://www.larepublica.co/globoeconomia/colombia-cuenta-con-la-tasa-de-autoempleo-mas-alta-del-mundo-segun-la-ocde-2743271>

OCDE, ¿Qué países de la OCDE tienen más trabajadores autónomos?, El Boletín, Diario de actualidad desde 1992, Madrid, 2018, <https://www.elboletin.com/noticia/164991/economia/que-paises-de-la-ocde-tienen-mas-trabajadores-autonomos.html>

OIT, “Las plataformas digitales y el futuro del trabajo. Cómo fomentar el trabajo decente en el mundo digital”, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, Cap.1, 2019 https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_684183.pdf

Portafolio, “El trabajo en plataformas digitales y la Revolución 4.0”, Economía. 2018. <https://www.portafolio.co/economia/empleo/el-trabajo-en-plataformas-digitales-e-industria-4-0-516975>

Sagardoy de Simón, Iñigo, “Los autónomos y las gig economy”, El país, Columna de opinión, par.3, 2018, https://elpais.com/elpais/2018/07/31/opinion/1533035393_775690.html

Legislación

Código Sustantivo del Trabajo, 2019.

Constitución Política de Colombia, 1991.

Jurisprudencia

Juzgado de lo social núm. 19 de Madrid, Autos núm. 510/18, Sentencia núm. 188/2019, 22/07/2019. <https://www.newtral.es/wp-content/uploads/2019/07/Jdo-Social-19-Madrid-22-julio.pdf>

LA VIOLENCIA Y EL ACOSO LABORALES COMO RIESGOS PSICOSOCIALES

Labor Violence and Harassment as Psychosocial Risks

Recepción: 12/08/2019

Aceptado para su publicación: 19/09/2019

JACINTO GARCÍA FLORES*

MARÍA DEL SOCORRO ENRIQUETA LÓPEZ MORENO**

JOSÉ DE JESÚS MEDINA CORONA***

MARÍA LUISA FLORES HERNÁNDEZ****

RESUMEN: Se expone principalmente los síntomas, riesgos y causas que existen al fomentar la violencia en el entorno laboral, así como las formas más comunes en las que esta se presenta, pudiendo existir en las personas riesgos psicosociales. Se presentan las características y los elementos de este tipo de violencia según algunas organizaciones como la Organización Internacional del Trabajo, y en el caso de México la Ley Federal del Trabajo. Posteriormente se analiza el Convenio 190 y la Recomendación 206 de la OIT y se concluye sobre la importancia del aporte que ha ofrecido la Organización Internacional del Trabajo en un momento de reingeniería laboral en el que existen diversos perfiles de los trabajadores.

PALABRAS CLAVE: reingeniería laboral, factores psicosociales, riesgos psicosociales.

ABSTRACT: This text exposes the symptoms, risks and causes that exist when promoting violence in the workplace, as well as the most common forms in which this occurs, and as a result, psychosocial risks may exist in people. In addition, it presents the characteristics and elements of this type of violence according to some organizations such as the International Labor Organization, and in the case of Mexico, the Federal Labor Law. Subsequently, it analyzes the ILO Convention 190 and Recommendation 206, and concludes on the importance of the contribution that the International Labor Organization has offered in a time of labor reengineering in which there exist various profiles of workers.

* Doctor en Derecho. Profesor Investigador en la Facultad de Contaduría Pública de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla.

** Dra. en Administración por la Universidad del Desarrollo del Estado de Puebla.

*** Maestro por la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla.

**** Licenciatura en Contaduría Pública por la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla.

KEYWORDS: labor reengineering, psychosocial factors, psychosocial risks.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. CARACTERÍSTICAS DEL ACOSO Y LA VIOLENCIA LABORALES. 3. FORMAS DE VIOLENCIA QUE ENTRAÑAN LA VIOLENCIA Y EL ACOSO LABORALES. 4. ELEMENTOS COMUNES DE LA VIOLENCIA Y EL ACOSO LABORALES. 5. DIFERENCIA ENTRE FACTORES Y RIESGOS PSICOSOCIALES. 6. PROBLEMAS DE SALUD QUE ORIGINAN LA VIOLENCIA Y EL ACOSO. 7. ANÁLISIS DEL CONTENIDO DEL CONVENIO 190 Y LA RECOMENDACIÓN 206 DE LA OIT. 8. CONCLUSIÓN. 9. BIBLIOHEMEROGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

En el mundo contemporáneo que vivimos es frecuente escuchar o hablar de la violencia o *moobing* que existe en las diferentes actividades relacionadas al trabajo que los empleados realizan, este tipo de violencia se puede presentar cuando un directivo o supervisor les da instrucciones para realizar sus labores, cuando les llama la atención en determinado momento, debida o indebidamente; cuando les aplican determinadas medidas disciplinarias que en ocasiones atentan contra su dignidad, o bien cuando llega el momento de pagarles sus salarios; a la par se habla también del acoso, en cualquiera de las formas que presenta, fundamentalmente, el sexual, ya sea de un superior a un inferior, de un compañero a otro u otra de la misma jerarquía laboral o cuando un inferior acosa a un superior.

En otras palabras, el centro de trabajo que de hecho se convierte en el segundo lugar donde mayor tiempo pasan los trabajadores, requiere de la presencia de un clima laboral donde impere el respeto y la seguridad física y emocional, por lo que es de vital importancia una cultura organizacional que ponga en su centro, a la persona humana, de no ser así, el entorno laboral es conflictivo, hay agresiones, apatía, baja producción y productividad, además de maltrato, humillación, insultos gritos, etcétera.

Cabe decir, que tanto la violencia como el acoso laboral repercuten en la salud física y mental de las personas que las sufren y que al paso del tiempo son la causa de un buen número de enfermedades, principalmente de aspectos psíquicos como la depresión que van en aumento de manera cotidiana y que representan para los Estados y las empresas erogaciones económicas muy importantes, por el gasto que representan las indemnizaciones que en su momento han pagado o tendrán que pagar.

De igual manera, se debe resaltar que las conductas mencionadas son consideradas como riesgos psicosociales.

2. CARACTERÍSTICAS DEL ACOSO Y LA VIOLENCIA LABORALES

Las figuras mencionadas, a decir del Acuerdo Marco Europeo sobre acoso y violencia en el trabajo se caracterizan por:

El acoso y la violencia son la expresión de comportamientos inaceptables adoptados por una o más personas, y pueden tomar muy diversas formas, algunas más fácilmente identificables que otras. La exposición de las personas al acoso y a la violencia puede depender del entorno de trabajo.

Se da acoso cuando se maltrata a uno o más trabajadores o directivos varias veces y deliberadamente, se les amenaza o se les humilla en situaciones vinculadas con el trabajo.

Se habla de violencia cuando se produce la agresión de uno o más trabajadores o directivos en situaciones vinculadas con el trabajo.

El acoso y la violencia pueden provenir de uno o más directivos o trabajadores, con la finalidad o el efecto de perjudicar la dignidad de la víctima, dañar su salud o crearle un entorno de trabajo hostil.¹

Por su parte, la Oficina de Asesoramiento sobre Violencia Laboral argentina señala que la violencia laboral es:

Toda acción, omisión o comportamiento, destinado a provocar, directa o indirectamente, daño físico, psicológico o moral a un trabajador o trabajadora, sea como amenaza, o acción consumada. La misma incluye violencia de género, acoso psicológico, moral y sexual en el trabajo, y puede provenir de niveles jerárquicos superiores, del mismo rango o inferiores.²

La Organización Internacional del Trabajo define al acoso laboral como:

¹ Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo por la que se transmite el acuerdo marco europeo sobre el acoso y la violencia en el trabajo COM/2007/0686 final, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52007DC0686>

² Oficina de Asesoramiento sobre violencia laboral “¿Qué es la violencia laboral?”, <https://www.argentina.gob.ar/trabajo/oavl/esviolencialaboral>

La acción verbal o psicológica de índole sistemática, repetida o persistente por la que, en el lugar de trabajo o en conexión con el trabajo, una persona o un grupo de personas hiere a una víctima, la humilla, ofende o amedrenta.³

Para el caso de México, la Ley Federal del Trabajo en su artículo 3 primer párrafo señala:

El trabajo es un derecho y un deber social. (*omissis*) exige respeto para las libertades y dignidad de quien lo presta, así como el reconocimiento a las diferencias entre hombres y mujeres para obtener su igualdad ante la ley. Debe efectuarse en condiciones que aseguren la vida digna y la salud para las y los trabajadores.⁴

En su tercer párrafo establece: “Es de interés social garantizar un ambiente laboral libre de discriminación y de violencia.”

Por su parte el artículo 3 bis de la Ley mencionada establece:

Para efectos de esta Ley se entiende por:

- a) Hostigamiento, el ejercicio del poder en una relación de subordinación real de la víctima frente al agresor en el ámbito laboral, que se expresa en conductas verbales, físicas o ambas; y
- b) Acoso sexual, una forma de violencia en la que, si bien no existe la subordinación, hay un ejercicio abusivo del poder que conlleva a un estado de indefensión y de riesgo para la víctima, independientemente de que se realice en uno o varios eventos.⁵

Es pertinente señalar que la Comisión Nacional de Derechos Humanos de México, en su obra *Acoso Laboral Moobing*, cita la Tesis de Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia mexicana, número 1a. CCLI/2014 (10a.) de la Primera Sala, en la que se establecen los componentes a evidenciar en caso de iniciar una acción jurídica por acoso laboral, siendo estos:

- i. El objetivo de intimidar, opacar, aplanar, amedrentar o consumir emocional o intelectualmente (o moralmente) al demandante, con

³ ¿Cómo define el acoso laboral la OIT?, https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/--americas/---ro-lima/---sro-san_jose/documents/publication/wcms_220029.pdf

⁴ Ley Federal del Trabajo, publicada en el Diario Oficial de la Federación del 1 de abril de 1930. Última Reforma publicada el 2 de julio de 2019.

⁵ *Idem*.

miras a excluirlo de la organización o satisfacer la necesidad, por parte del hostigador, de agredir, controlar y destruir.

Es necesario mencionar, que se ha llegado a denominar acoso moral al acoso laboral, cuando se trata de otra vertiente de afectación y daño en la esfera ético moral de cada persona, diferenciable del psicológico que viola el derecho a la salud. El acoso moral incluye un trato objetivamente humillante, que afecta la integridad moral y que causa un perjuicio moral.

Además, también se presenta el acoso por razón de sexo en donde “el elemento determinante es que la conducta acosadora se realice en función del sexo de la víctima”, conforme a la jurisprudencia española, citada por María Teresa Velasco Portero, dir., *Mobbing, acoso laboral y acoso por razón de sexo: guía para la empresa y las personas trabajadoras*. Madrid, Tecnos, 2010.

- ii. Que esa agresividad o el hostigamiento laboral ocurra, bien entre compañeros del ambiente del trabajo, o por parte de sus superiores jerárquicos.
- iii. Que esas conductas se hayan presentado sistemáticamente, es decir, a partir de una serie de actos o comportamientos hostiles, pues un acto aislado no puede constituir acoso.

Aunque, con relación a la sistematicidad es necesario analizar cada caso, en las regulaciones de Canadá, Colombia y Francia un solo acto puede constituir acoso laboral atendiendo a la gravedad de este y/o al daño causado.

- iv. Que la dinámica en la conducta hostil se desarrolle según los hechos relevantes descritos en la demanda.⁶

3. FORMAS DE VIOLENCIA QUE ENTRAÑAN LA VIOLENCIA Y EL ACOSO LABORALES

Ahora bien, con lo anteriormente señalado permite apreciar que las formas de violencia laboral que llegan a sufrir los trabajadores al interior

⁶ Comisión Nacional de Derechos Humanos, *Acoso Laboral `Moobing`*, <http://appweb.cndh.org.mx/biblioteca/archivos/pdfs/Acoso-Laboral-Mobbing.pdf>

del centro de trabajo donde desarrollan sus actividades productivas, se manifiestan fundamentalmente en tres grandes rubros, a saber:

- a) Las agresiones de índole física: Esta clase de agresiones está constituida por conductas que de manera directa o indirecta provocan daños físicos en el cuerpo de los trabajadores, por ejemplo, cuando lo golpean.
- b) Las agresiones de índole sexual: En este caso se encuadran las diversas conductas, comentarios o insinuaciones que el agresor hace al ofendido reiteradamente, con tintes de connotación sexual, las cuales ocurren por regla general, en áreas donde se encuentran solos en determinados momentos.
- c) Las agresiones de índole psicológico: Estas se caracterizan por una serie de conductas en las que una o varias personas, individual o concertadamente, ejercen maltratos mediante actos o frases, esporádica o continuamente, durante la jornada de trabajo, con el ánimo de “desestabilizarlo, aislarlo, destruir su reputación, deteriorar su autoestima y disminuir su capacidad laboral” con la finalidad de que abandone o renuncie al puesto que tiene en la empresa.

4. ELEMENTOS COMUNES DE LA VIOLENCIA Y EL ACOSO LABORALES

La violencia y el acoso laborales, objeto de esta investigación, tienen como elementos comunes, los que a continuación se señalan:

- a) Abuso del poder que tiene una persona sobre otra, cuya finalidad es excluirla, someterla o denigrarla, en todas las formas posibles.
- b) Se exteriorizan por el sujeto activo como agresión física, acoso sexual o violencia psicológica.
- c) Se presentan tanto en sentido vertical, es decir, de superiores a inferiores o viceversa, como entre pares.
- d) Se ejercen por acción, o sea, mediante la ejecución de determinados actos, o por omisión, es decir, dejar de hacer determinada conducta para afectar a la víctima.
- e) Las consecuencias que manifiesta la víctima son la afectación de su salud física o mental, así como de su bienestar.

- f) Su materialización, da como resultado una violación a los derechos humanos y laborales reconocidos por los marcos jurídicos nacionales e internacionales.
- g) Correlativamente, las consecuencias que va a enfrentar la organización donde el trabajador presta sus servicios tienen que ver un clima de malestar entre los trabajadores, se disminuye la producción y la productividad y desde luego, se afectan los ingresos económicos o utilidades.
- h) Socialmente hablando, “se consolida la discriminación, favorece el descreimiento en las instituciones y en la justicia.”

5. DIFERENCIA ENTRE FACTORES Y RIESGOS PSICOSOCIALES

Cabe decir que la diferencia entre factores y riesgos psicosociales es muy sutil, lo que lleva a confundirlos, por lo que es necesario ser cuidadoso en su conceptualización.

El término riesgos psicosociales es un tanto nuevo, el concepto que de ellos proporciona la Organización Internacional del Trabajo, es el siguiente:

Los factores psicosociales en el trabajo consisten en interacciones entre el trabajo, su medio ambiente, la satisfacción en el trabajo y las condiciones de su organización, por una parte, y por la otra, las capacidades del trabajador, sus necesidades, su cultura y su situación personal fuera del trabajo, todo lo cual, a través de percepciones y experiencias, pueden influir en la salud y en el rendimiento y la satisfacción en el trabajo.⁷

A su vez, atinadamente señala el Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo de España que:

Los riesgos psicosociales laborales no son autónomos, sino que tienen sus antecedentes en los factores psicosociales de riesgo. El acoso laboral, el acoso sexual o la violencia general tienen sus antecedentes en los factores psicosociales de riesgo o estrés. Pero los riesgos psicosociales no pueden

⁷ Factores psicosociales en el Trabajo; Naturaleza, incidencia y prevención, *Definición*, Serie: Seguridad, Higiene y Medicina del Trabajo, <http://www.factorpsicosociales.com/wp-content/uploads/2019/02/FPS-OIT-OMS.pdf>

ser reducidos a sus antecedentes, no son la suma lineal de ellos, sino que tienen un valor situacional y contingencial propio que no agota su varianza en sus antecedentes lógicos y empíricos. Eso supone que el estrés, la violencia, o el acoso no pueden ser evaluados sólo a través de sus antecedentes, sino que debe hacerse a través de indicadores propios directos, lo que supone su evaluación directa.⁸

Por su parte la Norma Oficial Mexicana NOM-035-STPS-2018 denominada “Factores de riesgo psicosocial en el trabajo-Identificación, análisis y prevención”, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 28 de octubre de 2018, y que de acuerdo con lo dispuesto por el artículo primero transitorio “entrará en vigor al año siguiente de su publicación”, da el siguiente concepto de ellos:

4.7 Factores de Riesgo Psicosocial: Aquellos que pueden provocar trastornos de ansiedad, no orgánicos del ciclo sueño-vigilia y de estrés grave y de adaptación, derivado de la naturaleza de las funciones del puesto de trabajo, el tipo de jornada de trabajo y la exposición a acontecimientos traumáticos severos o a actos de violencia laboral al trabajador, por el trabajo desarrollado.

Comprenden las condiciones peligrosas e inseguras en el ambiente de trabajo; las cargas de trabajo cuando exceden la capacidad del trabajador; la falta de control sobre el trabajo (posibilidad de influir en la organización y desarrollo del trabajo cuando el proceso lo permite); las jornadas de trabajo superiores a las previstas en la Ley Federal del Trabajo, rotación de turnos que incluyan turno nocturno y turno nocturno sin períodos de recuperación y descanso; interferencia en la relación trabajo-familia, y el liderazgo negativo y las relaciones negativas en el trabajo.⁹

Por otro lado, al hablar de riesgos psicosociales se hace referencia a los siguientes cinco aspectos relacionados con las empresas, a saber: I. Características de la tarea. II. Estructura de la organización. III. Caracte-

⁸ Moreno Jiménez, Bernardo, Báez León, Carmen e Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo, *Factores y riesgos psicosociales, formas, consecuencias, medidas y buenas prácticas*, Madrid, 2010, <http://comisionnacional.insht.es/InshtWeb/Contenidos/Documentacion/PUBLICACIONES%20PROFESIONALES/factores%20riesgos%20psico.pdf>

⁹ Norma Oficial Mexicana NOM-035-STPS-2018, Factores de riesgo psicosocial en el trabajo-Identificación, análisis y prevención, publicada en el Diario Oficial de la Federación del 28 de octubre de 2018.

rísticas del empleo. IV. Características de la empresa, y V. Organización del tiempo de trabajo.

En cada uno de tales aspectos va a tener un papel relevante el empresario o su personal directivo, pues deben establecer una serie de lineamientos o políticas que complementen el bienestar de los trabajadores con los objetivos de la empresa y los beneficios económicos que pretende obtener.

Lo antes señalado permite establecer que los riesgos psicosociales laborales tienen como antecedentes a los factores psicosociales de riesgo laboral, donde se encuentran el acoso laboral, el acoso sexual y la violencia general en el trabajo, que a su vez originan el estrés en que viven los trabajadores y estos a los riesgos de trabajo, o dicho en otros términos, en primer lugar se hallan los factores psicosociales de riesgo laborales, representados por el estrés, que dan origen al acoso laboral, al acoso sexual y la violencia general, que son la causa de los riesgos de trabajo traducidos en las enfermedades y accidentes que llegan a sufrir los trabajadores en ejercicio o con motivo del trabajo y en segundo lugar se hallan los riesgos psicosociales que a decir del Departamento de Asistencia Técnica para la Prevención de Riesgos Laborales son:

Aquellas condiciones presentes en una situación laboral directamente relacionadas con la organización del trabajo y la realización de la tarea, y que se presentan con capacidad para afectar el desarrollo del trabajo y la salud del trabajador/a.¹⁰

6. PROBLEMAS DE SALUD QUE ORIGINAN LA VIOLENCIA Y EL ACOSO

Cuando la edad biológica de los trabajadores y su salud son satisfactorios para desarrollar las labores de producción que se les han asignado en la empresa donde prestan sus servicios, no presentan o manifiestan ningún problema para la empresa ni su salud, sin embargo, cuando la violencia y el acoso laborales sufridos o enfrentados durante determina-

¹⁰ Departamento de Asistencia Técnica para la Prevención de Riesgos Laborales UGT Andalucía, *Guía de prevención de riesgos psicosociales en el trabajo*, Andalucía, 2009, http://portal.ugt.org/saludlaboral/publicaciones_new/files_riesgospsicosocialesand/publication.pdf

do tiempo afectan la salud del trabajador, no es de extrañar que presente problemas como los siguientes: a) ansiedad, b) irritabilidad, c) dormir mal, d) tensión, e) depresión, f) desgano, g) incapacidad para concentrarse, h) dolor de cuello, i) dolor de cabeza, j) sensación de agobio, k) cansancio, l) fatiga crónica, m) enfermedades psicosomáticas, n) alergias, o) trastornos intestinales, p) traumas físicos que llegar a dejar secuelas que producen patologías.

7. ANÁLISIS DEL CONTENIDO DEL CONVENIO 190 Y LA RECOMENDACIÓN 206 DE LA OIT

Como se reconoce a nivel mundial, tanto la violencia como el acoso laboral son un flagelo que afecta tanto a hombres como mujeres en el entorno laboral donde desarrollan su trabajo, así sea una empresa o un domicilio particular, por ello la Organización Internacional del Trabajo ha expresado lo siguiente: “Reconociendo que la violencia y el acoso en el mundo del trabajo afecta a la salud psicológica, física y sexual de las personas, a su dignidad, y a su entorno familiar y social.”¹¹

Apoyándose en lo anterior, la OIT se ha dado a la tarea de tratar de eliminarlas gracias a la celebración, entre los Países Miembros de la Organización, del Convenio número 190, denominado “Convenio sobre la eliminación de la violencia y el acoso en el mundo del trabajo”, adoptado en su 108 reunión celebrada el 21 de junio de 2019 y a la recomendación 206 intitulada “Recomendación sobre la eliminación de la violencia y el acoso en el mundo del trabajo”, adoptada en la citada reunión.

El análisis de ambos documentos nos permite apreciar la forma y el interés en que la OIT aborda esta problemática, involucrando tanto a los patrones con una serie de obligaciones a cumplir, como a los estados que deben elaborar o reformar su marco jurídico laboral, tomando en cuenta lo establecido al respecto.

El Convenio citado hace las siguientes definiciones:

1. A efectos del presente Convenio:

- a) la expresión «violencia y acoso» en el mundo del trabajo designa un conjunto de comportamientos y prácticas inaceptables, o de amena-

¹¹ Convenio sobre la violencia y el acoso, 2019.

zas de tales comportamientos y prácticas, ya sea que se manifiesten una sola vez o de manera repetida, que tengan por objeto, que causen o sean susceptibles de causar, un daño físico, psicológico, sexual o económico, e incluye la violencia y el acoso por razón de género, y

- b) la expresión «violencia y acoso por razón de género» designa la violencia y el acoso que van dirigidos contra las personas por razón de su sexo o género, o que afectan de manera desproporcionada a personas de un sexo o género determinado, e incluye el acoso sexual.

2. Sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados a) y b) del párrafo 1 del presente artículo, la violencia y el acoso pueden definirse en la legislación nacional como un concepto único o como conceptos separados.¹²

Aunado a lo anterior, establece el ámbito de aplicación del Convenio, en los siguientes términos:

Artículo 2.

1. El presente Convenio protege a los trabajadores y a otras personas en el mundo del trabajo, con inclusión de los trabajadores asalariados según se definen en la legislación y la práctica nacionales, así como a las personas que trabajan, cualquiera que sea su situación contractual, las personas en formación, incluidos los pasantes y los aprendices, los trabajadores despedidos, los voluntarios, las personas en busca de empleo y los postulantes a un empleo, y los individuos que ejercen la autoridad, las funciones o las responsabilidades de un empleador.

2. Este Convenio se aplica a todos los sectores, público o privado, de la economía tanto formal como informal, en zonas urbanas o rurales.

Artículo 3.

El presente Convenio se aplica a la violencia y el acoso en el mundo del trabajo que ocurren durante el trabajo, en relación con el trabajo o como resultado de este:

- a) en el lugar de trabajo, inclusive en los espacios públicos y privados cuando son un lugar de trabajo;
- b) en los lugares donde se paga al trabajador, donde éste toma su descanso o donde come, o en los que utiliza instalaciones sanitarias o de aseo y en los vestuarios;

¹² *Idem.*

- c) en los desplazamientos, viajes, eventos o actividades sociales o de formación relacionados con el trabajo;
- d) en el marco de las comunicaciones que estén relacionadas con el trabajo, incluidas las realizadas por medio de tecnologías de la información y de la comunicación;
- e) en el alojamiento proporcionado por el empleador, y
- f) en los trayectos entre el domicilio y el lugar de trabajo.¹³

Por lo que hace a los principios fundamentales estatuye lo siguiente:

Artículo 4.

1. Todo Miembro que ratifique el presente Convenio deberá respetar, promover y asegurar el disfrute del derecho de toda persona a un mundo del trabajo libre de violencia y acoso.

2. Todo Miembro deberá adoptar, de conformidad con la legislación y la situación nacional y en consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, un enfoque inclusivo, integrado y que tenga en cuenta las consideraciones de género para prevenir y eliminar la violencia y el acoso en el mundo del trabajo. Este enfoque debería tener en cuenta la violencia y el acoso que impliquen a terceros, cuando proceda, y consiste, en particular en:

- a) prohibir legalmente la violencia y el acoso;
- b) velar por que las políticas pertinentes aborden la violencia y el acoso;
- c) adoptar una estrategia integral a fin de aplicar medidas para prevenir y combatir la violencia y el acoso;
- d) establecer mecanismos de control de la aplicación y de seguimiento o fortalecer los mecanismos existentes;
- e) velar por que las víctimas tengan acceso a vías de recurso y reparación y a medidas de apoyo;
- f) prever sanciones;
- g) desarrollar herramientas, orientaciones y actividades de educación y de formación, y actividades de sensibilización, en forma accesible, según proceda, y

¹³ *Idem.*

- h) garantizar que existan medios de inspección e investigación efectivos de los casos de violencia y acoso, incluyendo a través de la inspección del trabajo o de otros organismos competentes.

3. Al adoptar y aplicar el enfoque mencionado en el párrafo 2 del presente artículo, todo Miembro deberá reconocer las funciones y atribuciones diferentes y complementarias de los gobiernos, y de los empleadores y de los trabajadores, así como de sus organizaciones respectivas, teniendo en cuenta la naturaleza y el alcance variables de sus responsabilidades respectivas.¹⁴

Sumado a lo anterior, sus artículos 7, 8 y 9 aluden a la protección y prevención que los países deben adoptar contra la violencia y el acoso laboral, al ordenar:

Artículo 7.

Sin perjuicio del artículo 1 y en consonancia con sus disposiciones, todo Miembro deberá adoptar una legislación que defina y prohíba la violencia y el acoso en el mundo del trabajo, con inclusión de la violencia y el acoso por razón de género.

Artículo 8.

Todo Miembro deberá adoptar medidas apropiadas para prevenir la violencia y el acoso en el mundo del trabajo, en particular:

- a) reconocer la importante función de las autoridades en el caso de los trabajadores de la economía informal;
- b) identificar, en consulta con las organizaciones de empleadores y de trabajadores concernidas y por otros medios, los sectores u ocupaciones y las modalidades de trabajo en los que los trabajadores y otras personas concernidas están más expuestos a la violencia y el acoso, y
- c) adoptar medidas para proteger de manera eficaz a dichas personas.

Artículo 9.

Todo Miembro deberá adoptar una legislación que exija a los empleadores tomar medidas apropiadas y acordes con su grado de control para prevenir la violencia y el acoso en el mundo del trabajo, incluidos la violencia

¹⁴ *Idem.*

y el acoso por razón de género, en particular, en la medida en que sea razonable y factible:

- a) adoptar y aplicar, en consulta con los trabajadores y sus representantes, una política del lugar de trabajo relativa a la violencia y el acoso;
- b) tener en cuenta la violencia y el acoso, así como los riesgos psicosociales asociados, en la gestión de la seguridad y salud en el trabajo;
- c) identificar los peligros y evaluar los riesgos de violencia y acoso, con participación de los trabajadores y sus representantes, y adoptar medidas para prevenir y controlar dichos peligros y riesgos, y
- d) proporcionar a los trabajadores y otras personas concernidas, en forma accesible, según proceda, información y capacitación acerca de los peligros y riesgos de violencia y acoso identificados, y sobre las medidas de prevención y protección correspondientes, inclusive sobre los derechos y responsabilidades de los trabajadores y otras personas concernidas en relación con la aplicación de la política mencionada en el apartado a) del presente artículo.¹⁵

Por lo que hace al Control de la aplicación y Vías de Recurso y Reparación, estatuye lo siguiente:

Artículo 10.

Todo Miembro deberá adoptar medidas apropiadas para:

- a) hacer un seguimiento y controlar la aplicación de la legislación nacional relativa a la violencia y el acoso en el mundo del trabajo;
- b) garantizar un fácil acceso a vías de recurso y reparación apropiadas y eficaces y a mecanismos y procedimientos de notificación y de solución de conflictos en los casos de violencia y acoso en el mundo del trabajo, que sean seguros, equitativos y eficaces, tales como:
 - i) procedimientos de presentación de quejas e investigación y, si procede, mecanismos de solución de conflictos en el lugar de trabajo;
 - ii) mecanismos de solución de conflictos externos al lugar de trabajo;
 - iii) juzgados o tribunales;

¹⁵ *Idem.*

- iv) medidas de protección de los querellantes, las víctimas, los testigos y los informantes frente a la victimización y las represalias, y
- v) medidas de asistencia jurídica, social, médica y administrativa para los querellantes y las víctimas;
- c) proteger la privacidad de las personas implicadas, así como la confidencialidad, en la medida de lo posible y según proceda, y velar por que estos requisitos no se utilicen de manera indebida;
- d) prever sanciones, cuando proceda, para los casos de violencia y acoso en el mundo del trabajo;
- e) prever que las víctimas de violencia y acoso por razón de género en el mundo del trabajo tengan acceso efectivo a mecanismos de presentación de quejas y de solución de conflictos, asistencia, servicios y vías de recurso y reparación que tengan en cuenta las consideraciones de género y que sean seguros y eficaces;
- f) reconocer los efectos de la violencia doméstica y, en la medida en que sea razonable y factible, mitigar su impacto en el mundo del trabajo;
- g) garantizar que todo trabajador tenga el derecho de alejarse de una situación de trabajo sin sufrir represalias u otras consecuencias indebidas si tiene motivos razonables para considerar que ésta presenta un peligro grave e inminente para su vida, su salud o su seguridad a consecuencia de actos de violencia y acoso, así como el deber de informar de esta situación a la dirección, y
- h) velar por que la inspección del trabajo y otras autoridades pertinentes, cuando proceda, estén facultadas para actuar en caso de violencia y acoso en el mundo del trabajo, incluyendo el dictado de órdenes que requieran la adopción de medidas de aplicación inmediata, o que impongan la interrupción de la actividad laboral en caso de peligro inminente para la vida, la salud o la seguridad de los trabajadores, a reserva de cualquier recurso judicial o administrativo que pueda prescribir la legislación.¹⁶

Por lo que hace a la Recomendación 206 sobre la eliminación de la violencia y el acoso en el mundo del trabajo, que complementa el Convenio, estatuye en el apartado II Protección y Prevención, lo siguiente:

¹⁶ *Idem.*

II. PROTECCIÓN Y PREVENCIÓN

6. Las disposiciones sobre seguridad y salud en el trabajo relacionadas con la violencia y el acoso contenidas en la legislación y las políticas nacionales deberían tener en cuenta los instrumentos pertinentes de la Organización Internacional del Trabajo sobre seguridad y salud en el trabajo como el Convenio sobre seguridad y salud de los trabajadores, 1981 (núm. 155), y el Convenio sobre el marco promocional para la seguridad y salud en el trabajo, 2006 (núm. 187).

7. Los Miembros deberían especificar en la legislación, según proceda, que los trabajadores y sus representantes deberían participar en la elaboración, la aplicación y el seguimiento de la política del lugar de trabajo mencionada en el artículo 9, a), del Convenio, y dicha política debería:

- a) afirmar que la violencia y el acoso no serán tolerados;
- b) establecer programas de prevención de la violencia y el acoso, si procede, con objetivos medibles;
- c) definir los derechos y las obligaciones de los trabajadores y del empleador;
- d) contener información sobre los procedimientos de presentación de quejas e investigación;
- e) prever que todas las comunicaciones internas y externas relacionadas con incidentes de violencia y acoso se tengan debidamente en consideración y se adopten las medidas que correspondan;
- f) definir el derecho de las personas a la privacidad y la confidencialidad, como se establece en el artículo 10, c), del Convenio, manteniendo un equilibrio con el derecho de los trabajadores a estar informados de todos los riesgos, y
- g) incluir medidas de protección de los denunciantes, las víctimas, los testigos y los informantes frente a la victimización y las represalias.

8. En la evaluación de riesgos en el lugar de trabajo que se menciona en el artículo 9, c), del Convenio se deberían tener en cuenta los factores que aumentan las probabilidades de violencia y acoso, incluyendo los peligros y riesgos psicosociales. Debería prestarse especial atención a los peligros y riesgos que:

- a) se deriven de las condiciones y modalidades de trabajo, la organización del trabajo y de la gestión de los recursos humanos, según proceda;

- b) impliquen a terceros como clientes, proveedores de servicios, usuarios, pacientes y el público, y
- c) se deriven de la discriminación, el abuso de las relaciones de poder y las normas de género, culturales y sociales que fomentan la violencia y el acoso.

9. Los Miembros deberían adoptar medidas apropiadas para los sectores o las ocupaciones y las modalidades de trabajo más expuestos a la violencia y el acoso, tales como el trabajo nocturno, el trabajo que se realiza de forma aislada, el trabajo en el sector de la salud, la hostelería, los servicios sociales, los servicios de emergencia, el trabajo doméstico, el transporte, la educación y el ocio.

10. Los Miembros deberían adoptar medidas legislativas o de otra índole para proteger a los trabajadores migrantes, y particularmente a las trabajadoras migrantes, contra la violencia y el acoso en el mundo del trabajo, con independencia de su estatus migratorio, en los países de origen, tránsito o destino, según proceda.

11. Al facilitar la transición de la economía informal a la economía formal, los Miembros deberían proporcionar recursos y asistencia a los trabajadores y empleadores de la economía informal, y a sus asociaciones, para prevenir y abordar la violencia y el acoso en ésta.

12. Los Miembros deberían velar por que las medidas de prevención de la violencia y el acoso no resulten en la restricción ni la exclusión de la participación de las mujeres o de los grupos mencionados en el artículo 6 del Convenio en determinados empleos, sectores u ocupaciones.

13. La referencia a los grupos vulnerables y a los grupos en situación de vulnerabilidad en el artículo 6 del Convenio debería interpretarse de conformidad con las normas internacionales del trabajo y los instrumentos internacionales sobre derechos humanos aplicables.¹⁷

Por lo que se refiere al apartado III. Control de la aplicación, vías de recurso y reparación y asistencia establece:

14. Las vías de recurso y reparación mencionadas en el artículo 10, b), del Convenio podrían comprender:

¹⁷ Recomendación 206 sobre la eliminación de la violencia y el acoso en el mundo del trabajo, https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_711721.pdf

- a) el derecho a dimitir y percibir una indemnización;
- b) la readmisión del trabajador;
- c) una indemnización apropiada por los daños resultantes;
- d) la imposición de órdenes de aplicación inmediata para velar por que se ponga fin a determinados comportamientos o se exija la modificación de las políticas o las prácticas, y
- e) el pago de los honorarios de asistencia letrada y costas, de conformidad con la legislación y la práctica nacionales.

15. Las víctimas de violencia y acoso en el mundo del trabajo deberían poder percibir una indemnización en caso de daños o enfermedades de naturaleza psicosocial, física, o de cualquier otro tipo, que resulten en una incapacidad para trabajar.

16. Los mecanismos de presentación de quejas y de solución de conflictos en casos de violencia y acoso por razón de género mencionados en el artículo 10, e), del Convenio, deberían comprender medidas tales como:

- a) tribunales con personal especializado en asuntos de violencia y acoso por razón de género;
- b) una tramitación diligente y eficiente de los casos;
- c) asistencia y asesoramiento jurídicos para los denunciantes y las víctimas;
- d) guías y otros medios de información disponibles y accesibles en los idiomas de uso corriente en el país, y
- e) la inversión de la carga de la prueba, si procede, en procedimientos distintos de los penales.

17. El apoyo, los servicios y las vías de recurso y reparación para las víctimas de violencia y acoso por razón de género que se mencionan en el artículo 10, e), del Convenio, deberían comprender medidas tales como:

- a) apoyo a las víctimas para reincorporarse al mercado de trabajo;
- b) servicios accesibles, según proceda, de asesoramiento e información;
- c) un servicio de atención telefónica disponible las 24 horas;
- d) servicios de emergencia;
- e) la atención y tratamientos médicos y apoyo psicológico;
- f) centros de crisis, incluidos los centros de acogida, y

- g) unidades especializadas de la policía o de agentes con formación específica para ayudar a las víctimas.

18. Entre las medidas apropiadas para mitigar el impacto de la violencia doméstica en el mundo del trabajo que se mencionan en el artículo 10, f), del Convenio se podrían incluir:

- a) licencia para las víctimas de violencia doméstica;
- b) modalidades de trabajo flexibles y protección para las víctimas de violencia doméstica;
- c) protección temporal de las víctimas de violencia doméstica contra el despido, según proceda, salvo que el motivo del mismo no esté relacionado con la violencia doméstica y sus consecuencias;
- d) la inclusión de la violencia doméstica en la evaluación de los riesgos en el lugar de trabajo;
- e) un sistema de orientación hacia mecanismos públicos de mitigación de la violencia doméstica, cuando existan, y
- f) la sensibilización sobre los efectos de la violencia doméstica.

19. Los autores de actos de violencia y acoso en el mundo del trabajo deberían rendir cuentas de sus actos y contar con servicios de asesoramiento u otras medidas, según proceda, para evitar la reincidencia y, si procede, facilitar su reincorporación al trabajo.

20. Los inspectores del trabajo y los agentes de otras autoridades competentes, según proceda, deberían recibir formación específica sobre las cuestiones de género para poder detectar y tratar la violencia y el acoso en el mundo del trabajo, incluidos los peligros y riesgos psicosociales, la violencia y el acoso por razón de género y la discriminación ejercida contra determinados grupos de trabajadores.

21. El mandato de los organismos nacionales responsables de la inspección del trabajo, la seguridad y salud en el trabajo, y de la igualdad y la no discriminación, incluida la igualdad de género, debería abarcar la cuestión de la violencia y el acoso en el mundo del trabajo.

22. Los Miembros deberían recopilar datos y publicar estadísticas sobre violencia y acoso en el mundo del trabajo, desglosados por sexo, por forma de violencia y acoso y por sector de actividad económica, en particular

respecto de los grupos a los que se hace referencia en el artículo 6 del Convenio.¹⁸

8. CONCLUSIÓN

La violencia y el acoso laborales han adquirido dimensiones enormes en las empresas de los diferentes países del orbe por la reingeniería laboral que han llevado a cabo, obligando a los trabajadores a adecuar su actuar a los requerimientos empresariales, a nuevos procesos de producción y a sufrir directa e indirectamente las consecuencias que dicho escenario origina, por ello, la Organización Internacional del Trabajo ha tomado cartas en el asunto, para tal efecto ha descrito en qué consisten, las personas que en ellos intervienen, sus elementos y sus consecuencias en la salud física y mental de los trabajadores, por ello ha elaborado el convenio número 190 y la recomendación 206, cuyo análisis permite ver la dimensión pro trabajadores que contiene.

9. BIBLIOHEMEROGRAFÍA

Documentos publicados en Internet

Comisión Nacional de Derechos Humanos, *Acoso Laboral `Moobing`*, <http://appweb.cndh.org.mx/biblioteca/archivos/pdfs/Acoso-Laboral-Mobbing.pdf>

Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo por la que se transmite el acuerdo marco europeo sobre el acoso y la violencia en el trabajo COM/2007/0686 final, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52007DC0686>

Departamento de Asistencia Técnica para la Prevención de Riesgos Laborales UGT Andalucía, *Guía de prevención de riesgos psicosociales en el trabajo*, Andalucía, 2009, http://portal.ugt.org/saludlaboral/publicaciones_new/files_riesgospsicosocialesand/publication.pdf

Factores psicosociales en el Trabajo; Naturaleza, incidencia y prevención, *Definición*, Serie: Seguridad, Higiene y Medicina del Trabajo, <http://www.factorpsicosociales.com/wp-content/uploads/2019/02/FPS-OIT-OMS.pdf>

¹⁸ *Idem.*

Moreno Jiménez, Bernardo, Báez León, Carmen e Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo, *Factores y riesgos psicosociales, formas, consecuencias, medidas y buenas prácticas*, Madrid, 2010, <http://comision-nacional.insht.es/InshtWeb/Contenidos/Documentacion/PUBLICACIONES%20PROFESIONALES/factores%20riesgos%20psico.pdf>

Oficina de Asesoramiento sobre violencia laboral ¿Qué es la violencia laboral?, <https://www.argentina.gob.ar/trabajo/oavl/esviolencialaboral>

OIT, ¿Cómo define el acoso laboral la OIT?, https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---sro-san_jose/documents/publication/wcms_220029.pdf

Recomendación 206 sobre la eliminación de la violencia y el acoso en el mundo del trabajo, https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_711721.pdf

Legislación

Ley Federal del Trabajo, publicada en el Diario Oficial de la Federación del 1 de abril de 1930. Última Reforma publicada el 2 de julio de 2019.

Norma Oficial Mexicana NOM-035-STPS-2018, Factores de riesgo psicosocial en el trabajo-Identificación, análisis y prevención, publicada en el Diario Oficial de la Federación del 28 de octubre de 2018.

Tratados y convenios internacionales

Convenio sobre la violencia y el acoso, 2019.

CONTRATO TRIPARTITA EN EL RÉGIMEN DE SUBCONTRATACIÓN, ALTERNATIVA EN CONTRA DE LA DESLABORALIZACIÓN

Tripartite Contract in the Subcontracting Regime, an Alternative Against De-Laboration

Recepción: 12/08/2019

Aceptado para su publicación: 30/09/2019

ARTURO DE LA GARZA COLEMAN*

RESUMEN: El posicionamiento de la subcontratación dentro del Derecho Laboral, en adición a la falta de una conceptualización puntual de la misma, constituyen, a nuestra manera de ver, dos errores esenciales que provocan un sinnúmero de malas interpretaciones por parte de todos los actores y especialmente de los administradores de justicia, al momento en el que intentan dilucidar cualquier cuestión o problema relacionado con la figura en estudio. En la legislación laboral mexicana no existe obligación para el proveedor y el contratista de participar de sus relaciones a los trabajadores, quienes finalmente serán los que realicen la actividad productiva, por lo tanto, consideramos que al estar esta figura legal (subcontratación) integrada en el Derecho Laboral, los proveedores y contratistas deben tener la obligación de participar en conjunto en el proceso de contratación de cada trabajador, para que desde el principio se definan los derechos y obligaciones de cada una de las tres partes contratantes.

PALABRAS CLAVE: Derecho Laboral, outsourcing, contrato de trabajo.

ABSTRACT: The positioning of subcontracting within labor law and the lack of a specific conceptualization of it, constitute, in our view, two essential errors that cause endless misinterpretations by all actors and especially by the administrators of justice, at the moment in which they try to elucidate any question or problem related to the issue under study. In Mexican labor law, there is no obligation for the supplier and the contractor to participate in a relationship with the workers, who will

* Licenciado en Derecho, Especialista en relaciones laborales, Maestro y Doctor en Derecho laboral. Catedrático de Derecho del Trabajo Individual, Colectivo, Procesal y Administrativo Laboral. Conferencista. Director Adjunto en la firma "Martínez y González Asociados, S.C". Miembro de número de la Asociación Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Miembro de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados A.C.; Miembro de la Academia Mexicana del Derecho Procesal del Trabajo.

ultimately be the ones to carry out the productive activity. Therefore, we consider that, as this legal figure (subcontracting) is integrated into labor law, suppliers and contractors should have the obligation to participate together in the process of hiring each worker, so that from the beginning, the rights and obligations are defined for each of the three parties in the contract.

KEYWORDS: Labor law, outsourcing, labor contract.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. ANTECEDENTES. 3. GENERALIDADES. 4. DEFINICIONES. 5. CONSECUENCIAS. 6. REFORMA LABORAL DE DICIEMBRE DE 2012 (SUBCONTRATACIÓN). 7. PROPUESTA. 8. BIBLIOHEMEROGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

La subcontratación como figura jurídica, necesariamente implica una relación comercial entre cuando menos dos sujetos, un contratante del servicio y un proveedor del mismo. Ahora bien, está claro que cualquiera de los integrantes de este binomio mercantil pueden ser personas físicas o morales, por ende quien solicita el servicio y quien lo proporciona pueden indistintamente revestir tal carácter, con la única diferencia de que el proveedor deberá en todo caso ser patrón o empleador de aquella persona o personas que constituirán la fuerza de trabajo de la que el éste último se va a valer para cumplir con el objeto materia del contrato en cuestión; de lo contrario, si no tuviera esa condición (patrón), se trataría de una persona quien en todo caso, será considerada como una persona física prestadora de servicios.

De acuerdo con lo anterior, la primera reflexión que podemos realizar en lo que a la subcontratación se refiere, es: ¿Por qué se encuentra insertada en el derecho laboral? Efectivamente, como ya hemos señalado, la esencia del proceso de subcontratación tiende a regular la relación entre cuando menos dos entidades comerciales, evento que compete al Derecho Mercantil. Éstos contratantes, dependiendo de en que parte de la ecuación se encuentren, podrán a su vez tener o no a sus propios trabajadores, y serán precisamente esas relaciones las que serán reguladas por la Ley Federal del Trabajo; y no así la que armonice las relaciones entre el contratante y el proveedor.

Parte del texto del artículo 15-A del también llamado código obrero, indica que “el trabajo en régimen de subcontratación es aquel por medio del cual un patrón denominado contratista ejecuta obras o presta servi-

cios con sus trabajadores bajo su dependencia, a favor de un contratante, persona física o moral, la cual fija las tareas del contratista y lo supervisa en el desarrollo de los servicios o la ejecución de las obras contratadas”;¹ es decir, regula las relaciones por medio de las cuales dos seres productivos se deberán administrar; y no las que cada uno tenga para con sus trabajadores.

2. ANTECEDENTES

Con anterioridad al año 2012, en México la subcontratación no había sido objeto de una regulación específica, por lo que, ante la gran popularidad y excesivo uso que se le dio a esta figura desde las últimas décadas del siglo pasado, su inserción en alguna regulación además de necesaria era inminente. A finales del año 2012 la Ley Federal del Trabajo, fue objeto de una Reforma con la cual se pretendía actualizar el rezago que durante más de tres décadas (la última reforma realmente relevante fue en 1980) se había acumulado sobre ese compendio legislativo vigente desde 1970. De esta manera, fue por vez primera que apareció la figura del *régimen de subcontratación*,² así como un intento por regularla. Previo a ello, la misma legislación solo contemplaba al *intermediario*³ como lo que ahora sería un precario símil de lo que podemos identificar como un *agente de colocación*.

Así las cosas, la *intermediación* aparentemente no merecía mayor estudio, más allá del hecho de considerar si el intermediario contaba o no con elementos propios, necesarios y suficientes para realizar sus actividades, de ser así, se le consideraba empleador y no intermediario; en caso contrario, la empresa beneficiaria sería considerada como responsable solidario de las obligaciones contraídas por el primero para con sus trabajadores.⁴

A pesar de que en México desde mediados de los años 80’s la subcontratación adquirió gran popularidad, convirtiéndose en una herramienta de uso cotidiano, esa figura no contaba con un marco regulatorio, esto

¹ cfr. Artículo 15, Ley Federal del Trabajo, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 1 de abril de 1970. Última reforma publicada el 02 de julio de 2019.

² *Idem*.

³ *vid. Ibidem*, artículos del 12 al 14.

⁴ *Ibidem*, artículo 15.

es, no se encontraba contemplada en ninguna legislación. Ello resultaba particularmente problemático debido a que, como ahora sabemos, la subcontratación es un fenómeno que se puede abordar de manera interdisciplinaria, esto es, su aplicación genera repercusiones en prácticamente todas las ramas del Derecho, como la civil, fiscal, administrativa, mercantil y por supuesto la laboral; debido a que siempre existirán puntos de conexión entre todos los participantes de esta forma de contratación; lo que desde luego dificulta la determinación del grado de responsabilidad de cada uno de los actores al momento en que se generan las controversias.

Como señalamos, a partir del primero de diciembre del dos mil doce, la subcontratación en nuestro país se contempló de otra manera, debido a la inclusión en la legislación laboral mexicana de cuatro nuevos artículos que de manera directa pretendían regularla como una nueva figura jurídica dentro del Derecho Laboral, esto es, se crearon los artículos 15 A, B, C y D, como complementos del ya existente artículo 15; en adición a otros tres preceptos que también hacen referencia a esa figura; uno en lo que respecta a la temática de la participación de los trabajadores en las utilidades de las empresas (127 IV Bis) y los otros dos con respecto a la posibilidad de imponer multas y sanciones a las personas que no cumplan o acaten las otrora nuevas disposiciones (1004 B y C).

3. GENERALIDADES

El *outsourcing* es un anglicismo para identificar a lo que nosotros conocemos como *subcontratación*, el cual, bajo un esquema explicativo exageradamente somero, se genera cuando una organización transfiere la propiedad de un proceso de negocio a otra que la suplirá en la realización de los mismos; siempre y cuando (de acuerdo a la reforma del 2012) el proceso o actividad no forme parte de las *prácticas principales* de la organización. Por *prácticas principales* debemos entender a todas aquellas actividades que forman el negocio central de la empresa y en las que se tienen ventajas competitivas con respecto de la competencia.⁵

⁵ Regino, Alberto, *La Regulación Jurídica de la Subcontratación, Tercerización u Outsourcing para evitar la Violación de Derechos Sociales*, Tesis Doctoral, México, agosto de 2011, pp. II y III.

No cabe duda de que, a lo largo de los últimos años, la subcontratación laboral se ha convertido en una tendencia a nivel internacional; y en nuestro país se ha visto como una herramienta de flexibilización aplicada a nuevos modelos de negocio, con el objetivo principal de reducir costos, eficientizar procesos, delegar actividades secundarias, adquirir tecnología e infraestructura propia, logrando con ello, dirían algunos, que el productor haga lo que mejor sabe hacer.

El uso de esta figura alcanza su auge gracias a la necesidad de delegar responsabilidades y compromisos que no son inherentes a la esencia del negocio; para que así las empresas sean más competitivas en los mercados globales, permitiéndoles a otras que asuman algunas de sus responsabilidades no productivas, por poseer la capacidad suficiente de servicios para coadyuvar con ellos las estrategias de crecimiento.

No podemos pasar por alto el lamentable hecho de que algunas empresas la han utilizado como vehículo para evadir responsabilidades de diversas índoles, especialmente las de corte fiscal y laboral por medio de simulaciones con las que se pretende y de hecho lo hacen, desvincularse de las responsabilidades que tienen para con aquellas personas que a fin de cuentas realizan las actividades productivas, y de esta manera evadir el pago de impuestos y obligaciones sociales.

En efecto, la subcontratación de servicios, en su concepción pura debe buscar la agilización y economía de los procesos productivos para el cumplimiento eficiente de los objetivos de las empresas, de modo que ellas se concentren en lo que les son propios.

Encontrar nuevos proveedores y nuevas formas de asegurar la entrega de materias primas, artículos, componentes y servicios, significa utilizar el conocimiento la experiencia y la creatividad de nuevos proveedores a los que anteriormente no se recurría.⁶

En otras palabras, la figura de la subcontratación u *outsourcing*,⁷ originalmente se generó como una solución de las empresas para efectuar funciones que no son su objeto principal y con ello poderse centrar en lo que mejor saben hacer, al permitirles con ello focalizar su atención y

⁶ Rothery, Bryan y Robertson, Ian, *Outsourcing. La Subcontratación*, México, Editorial Limusa, 2008, p. 4.

⁷ En Inglés *outsourcing*, (cuyo significado es “abastecimiento de fuera”).

sus recursos en sus procesos esenciales; de ésta manera se delga la realización de una actividad concreta a un especialista, con lo que la empresa se releva de la obligación de destinar una buena parte de sus recursos (humanos y materiales) a la realización de una actividad que en esencia le es ajena a su fin principal, logrando con ello ahorrar al eficientizar sus procesos, maximizando así sus ganancias, buscando con ello generar mayores recursos a efecto de, en el mejor de los casos, destinarlos a la producción.

La subcontratación como consecuencia es un mecanismo de soporte que permite, entre otras cosas, que las empresas asimilen, que transiten hacia los procesos de globalización, para lograr mayor competitividad; con ello se busca ahorrar tiempos y costos, centrando la atención en labores específicas propias de su objetivo central, que al final de cuentas son para lo que fueron creadas; por ello, podemos aseverar que el surgimiento de esta figura es netamente económico (con consecuencias laborales) pero con una característica esencial: la búsqueda de elaboración de bienes y servicios a un costo menor.

4. DEFINICIONES

Diversos tratadistas en el ámbito laboral –unos más radicales que otros– pero a fin de cuentas con algunos puntos de coincidencia, han abordado el fenómeno de diferentes maneras:

Néstor De Buen⁸ señala que: “el *outsourcing* es un fraude empresarial pues ha permitido incrementar el empleo en los países de menor desarrollo en la misma proporción en que disminuye en los países en los que radican las grandes empresas.”

El maestro Juan Raso de la República Oriental del Uruguay nos señala que el concepto de *outsourcing*, en cuanto a su traducción literaria es el “*de fuente externa, de origen externo*”. Y refiriéndose a Purcell, se define como “la utilización de servicios subcontratados ofrecidos por proveedores especializados”.⁹

⁸ De Buen Lozano, Néstor, *El Outsourcing. Visión Iberoamericana*, México, Porrúa, 2011, p. 38.

⁹ *Idem*, citando a Raso, Juan, pp. 135-138.

Emilio Morgado Valenzuela, tratadista chileno establece que desde el marco conceptual “se puede sostener que en Chile el outsourcing puede ser entendido como un conjunto de modalidades mediante las cuales la contratación laboral deja de ser directa entre el que recibe el trabajo y el que lo realiza. En consecuencia, migra desde el ámbito de las vinculaciones directamente establecidas entre el empleador y el trabajador –base de la relación laboral del contrato de trabajo clásico– y se domicilia en un ámbito externo, se externaliza.”¹⁰

Rivero Llamas define al *outsourcing*: “como una forma de organizar el proceso productivo para la obtención de bienes y servicios basada en una técnica de gestión que consiste en contratar con proveedores externos ciertas fases o actividades de la empresa no consideradas competencias básicas de ésta, con independencia de que con anterioridad las viniera o no desempeñando.”¹¹

Para *Mariana Domenzain* el outsourcing es “la subcontratación de procesos productivos, administrativos o de soporte, con la finalidad de optimizar la eficiencia, la efectividad y/o calidad en las operaciones de una empresa.”¹²

Como podemos observar, existe una vorágine de términos y conceptos en los que a ciencia cierta los tratadistas no terminan de ponerse de acuerdo, empero, precisamente ante esta falta de definición, nosotros nos permitimos afirmar que la *subcontratación* debe entenderse como: *El proceso por medio del cual una entidad productora de bienes o servicios (física o moral) denominada Contratista le transfiere a otra (física o moral) la responsabilidad del desarrollo de una parte del proceso productivo directamente relacionado con su objeto principal, para suplirla y así realizarla con elementos y recursos propios.*

En contrapartida con lo indicado en el párrafo precedente, también concluimos que todo lo que la entidad productora pacte con cualquier tercero para la realización de actividades diversas a su objeto principal se

¹⁰ *Ibidem* Citando a Morgado, Emilio, pp. 79-80.

¹¹ Rivero, *cit.* Alburquerque F., Rafael *et. al*, *El Outsourcing. Visión Iberoamericana*, México, Porrúa, 2011, p. 22.

¹² Domenzain, Mariana, *Las Empresas Prestadoras de Servicios de Subcontratación y Outsourcing en el Derecho laboral Mexicano*, Tesis Profesional, México, 2002, p. 62.

debe identificar simple y sencillamente como un *contrato* sin condicionarlo o etiquetarlo con el prefijo *sub*.

5. CONSECUENCIAS

Como ya hemos señalado, el régimen de subcontratación si bien tiene beneficios para quien lo utiliza correctamente, también, como cualquier proceso tiene su contraparte: su aplicación puede generar desventajas.

En el año 2008 en un estudio realizado en materia de subcontratación por parte de la Cámara de la Industria de Transformación (Canacintra) y su Comisión de Subcontratación (México) se encontró que el proceso podía generar indistintamente:

Oportunidades	Obstáculos
1. Fortalecer los procesos, la interdependencia y la complementariedad entre empresas. 2. Sustituir las importaciones. 3. Permitir una mayor integración de las empresas de menor tamaño a los procesos de manufactura y ensamble de bienes. 4. Alternativa idónea para seguir operando e iniciar su incursión en el mercado internacional, ya sea en forma directa o indirecta. 5. Mejoramiento de la calidad.	1. Dificultades de las empresas micro, pequeñas y medianas para incorporarse al sistema de subcontratación por la falta de conocimiento de los mercados. 2. Baja calidad de los productos de los subcontratistas. 3. Falta de conocimiento. 4. Poca capacidad técnica. 5. Incumplimiento de plazos de entrega. 6. Falta de una adecuada gestión empresarial.

Fuente: García, Anselmo, Mertens, Leonard y Wilde, Roberto, *Procesos de subcontratación y cambios en la calificación de los trabajadores. Estudios de caso en México*, CEPAL, <https://repositorio.cepal.org/handle/11362/4652>

Si entendemos que las unidades elementales de toda sociedad son los propios seres humanos, siendo éstos los que a su vez generan y realizan actividades con fines productivos (riqueza), tenemos entonces que el conjunto de estas unidades generadoras de riqueza se traduce en empresas; en consecuencia, la conducta de las empresas se encuentra in-

trínsecamente relacionada con la conducta humana. Con ello en mente, no podemos negar que la gran mayoría de las empresas tienen como fin fundamental la creación de riqueza, por ello, cualquier proceso que le permita incrementar éstas, será bien recibido.

La subcontratación en esencia no es ilegal, sin embargo, el mal uso de ella, desvirtuando su finalidad si lo es. En muchos países, como lo es lamentablemente el caso de México, esta figura desgraciadamente ha involucionado, ya que lejos de ser utilizada como una herramienta destinada a incrementar la productividad, en consecuencia, las ganancias y en general el bienestar de todos los elementos que integran a la empresa, especialmente a los trabajadores; muchas veces se ha utilizado como un vehículo para simular la existencia de la relación jurídica laboral entre un empleador y sus trabajadores, para y con el principal propósito de evadir obligaciones.

En los casos en los cuales el trabajador se encuentra en régimen de subcontratación, su vida laboral se desarrolla dentro de un parámetro de incertidumbre, ya que las constantes variaciones en sus condiciones de trabajo convierten la actividad en sí en algo totalmente inestable y como consecuencia de ello, su vida productiva será, necesariamente ínfima en relación con otros trabajadores que no laboren bajo ese mismo régimen.

Al haberse tergiversado la naturaleza de esta figura, se realizan actos “jurídicos” que en sustancia no tiene nada que ver con el régimen laboral, como son la celebración de los contratos de suministro de personal, de maquila, de prestación de servicios profesionales, entre otros; se comercia con algo que por su naturaleza jurídica se encuentra fuera del mercado,¹³ destruyendo con ello pilares fundamentales del Derecho Laboral como lo son, entre otros, la estabilidad en el empleo, que en esencia es el derecho del que gozan los trabajadores cuando, de no existir una causa razonable para ser separados de la fuente de trabajo, gozan de inamovilidad en el mismo.

En el caso de la subcontratación el principio de *estabilidad en el empleo* no existe, ya que la inamovilidad no depende más que de la voluntad de la empresa proveedora como de la que lo recibe, esto es, del “cliente”, ya que aún y cuando nos encontráramos en el supuesto de que no concu-

¹³ cfr. Artículo 3º Ley Federal del Trabajo, *op. cit.*

rrieran las causas razonables, establecidas en la Ley Federal del Trabajo, para dar por terminada la relación de trabajo, la simple voluntad de éste binomio comercial, afecta de manera fundamental e inmediata a los trabajadores, es decir, día con día los trabajadores están en el supuesto de que, si así se decide, pueden ser removidos de su empleo.

6. REFORMA LABORAL DE DICIEMBRE DE 2012 (SUBCONTRATACIÓN)

La ahora no tan novedosa reforma laboral realizada a finales del año 2012, tuvo como uno de sus principales rubros el intento de regularizar lo que tuvo a bien denominar el *trabajo en régimen de subcontratación*, figura que como ya observamos tenía plena vigencia desde hacía más de tres décadas. La inclusión formal de esta figura en el código obrero tuvo dos fines principales; establecer la responsabilidad *solidaria* entre los contratantes y procurar el pago de la participación de utilidades a los laborantes bajo este régimen.

Debemos precisar que, para lograr los fines precitados, el legislador incluyó seis artículos al ya existentes 15 de la Ley Federal del Trabajo, pretendiendo con ello definir, regular y sancionar la que se había venido realizando desde hacía muchos años.

No podemos pasar por alto que con anterioridad al año 2012, en México se consideraba una práctica común el que una empresa con estructura, activos, ingresos, elementos y bienes, no tuviera empleados (se conocen como empresas huecas) y aun así generaban ganancias, sin embargo éstas ganancias (ni siquiera parte de ellas), no tenían como destino final a los trabajadores, por el contrario, en su totalidad se enviaban a los corporativos transnacionales en el extranjero bajo las etiquetas de *regalías*, *pago de asesoría*, *uso de tecnología*, etc.

Prácticas como la señaladas en el párrafo anterior, se lograban y se siguen logrando, mediante el uso de empresas prestadoras de servicios, las cuales eran utilizadas sin restricción o regulación alguna, a fin de que tuvieran contratados a la totalidad de los trabajadores; desde el más modesto de los empleados hasta el director general; sin que existiera ninguna normatividad que lo impidiera; tan era así, que era común que estas empresas compartieran no solo el nombre de la empresa hueca, sino su cuerpo accionario, la participación directa a nivel administrativo de una sobre la otra y hasta sus domicilios, tanto el físico como el fiscal.

Ahora bien, la reforma de 2012, como ya hemos señalado, tuvo por objeto, entre otros, el de regular la figura de la subcontratación y so pena de que “el contratante sea considerado patrón para todos los efectos de la ley, incluyendo las obligaciones en materia de seguridad social”¹⁴ se establecieron, precisamente en el artículo 15-A, en una redacción poco afortunada, tres condicionantes básicas que, todo aquel que utilice a este tipo de *servicios* debe cumplir, a fin de que no se materialice la sanción antes transcrita.

- a) No podrá abarcar la totalidad de las actividades, iguales o similares en su totalidad, que se desarrollen en el centro de trabajo.
- b) Deberá justificarse por su carácter especializado.
- c) No podrá comprender tareas iguales o similares a las que realizan el resto de los trabajadores al servicio del contratante.

En adición a lo anterior, también se agregaron al texto de la legislación laboral, tres artículos sobre el mismo tema y con el mismo fin esencial.

El primero, en adición a las tres condicionante ya analizadas, nos proporciona la definición de lo que se debe entender por el régimen de subcontratación:

Artículo 15-A. El trabajo en régimen de subcontratación es aquel por medio del cual un patrón denominado contratista ejecuta obras o presta servicios con sus trabajadores bajo su dependencia, a favor de un contratante, persona física o moral, la cual fija las tareas del contratista y lo supervisa en el desarrollo de los servicios o la ejecución de las obras contratadas.

El segundo nos indica las características que debe contener el contrato que se celebra para recibir o proporcionar el servicio de subcontratación; pero principalmente le impone al contratante la obligación de convertirse en un ente fiscalizador que deberá, cuando menos al momento de celebrar el contrato, verificar que el contratista cuente con la documentación y los elementos propios suficientes para cumplir con sus obligaciones.

Artículo 15-B. El contrato que se celebre entre la persona física o moral que solicita los servicios y un contratista, deberá constar por escrito.

¹⁴ *Ibidem*, Segundo párrafo del artículo 15-A.

La empresa contratante deberá cerciorarse al momento de celebrar el contrato a que se refiere el párrafo anterior, que la contratista cuenta con la documentación y los elementos propios suficientes para cumplir con las obligaciones que deriven de las relaciones con sus trabajadores.

En tercer lugar, nuevamente encontramos la intención del legislador de hacer al contratante un ente inspector transfiriéndole la obligación de verificar en todo momento que el proveedor de los servicios cumpla con las disposiciones aplicables en materia de seguridad, salud y medio ambiente en el trabajo.

Artículo 15-C. La empresa contratante de los servicios deberá cerciorarse permanentemente que la empresa contratista, cumple con las disposiciones aplicables en materia de seguridad, salud y medio ambiente en el trabajo, respecto de los trabajadores de esta última.

Lo anterior, podrá ser cumplido a través de una unidad de verificación debidamente acreditada y aprobada en términos de las disposiciones legales aplicables.

Por último y no menos importante, establece la sanción cuando sea evidente un daño a la colectividad laborante.

Artículo 15-D. No se permitirá el régimen de subcontratación cuando se transfieran de manera deliberada trabajadores de la contratante a la subcontratista con el fin de disminuir derechos laborales; en este caso, se estará a lo dispuesto por el artículo 1004-C y siguientes de esta Ley.

Este último, es decir el artículo 1004-C, en concordancia con el 14-D, a título de sanción económica establece:

Artículo 1004-C.- A quien utilice el régimen de subcontratación de personal en forma dolosa, en términos del artículo 15-D de esta Ley, se le impondrá multa por el equivalente de 250 a 5000 veces el salario mínimo general.

La sanción, de acuerdo con el también reformado con el artículo 992 será aplicada por cada violación generada y por cada trabajador afectado.¹⁵

¹⁵ Penúltimo párrafo del artículo 992 de la Ley Federal del Trabajo: “Cuando en un solo acto u omisión se afecten a varios trabajadores, se impondrá sanción por cada uno de los trabajadores afectados. Si con un solo acto u omisión se incurre en diversas

7. PROPUESTA

No cabe la menor duda que, ante la globalización y con la constante evolución de la tecnología, las fronteras físicas y jurídicas que existen entre los países día a día se van disolviendo, es por ello que la subcontratación fue, es y seguirá siendo uno de los métodos más comunes para contratar y suministrar talento laboral. Por ello, es nuestra responsabilidad como juristas que ésta figura no sirva como un medio de evasión, sino que, por el contrario, se fomente su uso a efecto de emplear para incorporar a las filas productivas la mayor cantidad de personas que hoy día, como consecuencia de las practicas económicas en Latinoamérica (y gran parte del resto del mundo), no cuentan con un trabajo estable.

Desde luego que estamos totalmente en contra de la creación y uso de empresas huecas, ya que éstas únicamente benefician a ellas mismas, esto es, no generan ninguna derrama de beneficios sociales, ni en su entorno inmediato ni en el nacional; por el contrario, es claro que éstas sirven principalmente como trampolín para enviar los beneficios generados en un país a otro.

Consideramos que cuando exista justificación la subcontratación no solo debe ser utilizada, sino que debe ser fomentada, ya que, si los gobiernos lejos de estrangular a esta *industria* se proponen regularlas con más detalle, procurando que los trabajadores tengan cuando menos una estabilidad relativa, beneficios sociales y una garantía de reinserción al mundo productivo en caso de terminaciones anticipadas, estamos seguros que el fantasma del desempleo empezaría a desvanecerse.

Si tomamos en consideración lo estricto que es cada gobierno para autorizar la creación de cualquier empresa; por ejemplo, las de corte financiero (bancos) ¿Por qué no se hace lo mismo con las que manejan no los recursos económicos, sino los humanos? es decir, los trabajadores que son sino el más, si uno de los eslabones más importantes en las cadenas productivas.

Todos los gobiernos delegan a sus departamentos o secretaria del trabajo la obligación de *controlar* en mayor o menor medida, los procesos

infracciones, se aplicarán las sanciones que correspondan a cada una de ellas, de manera independiente.”

productivos que se generan en cada entidad; desde su creación, administración, desarrollo y hasta su cierre, pero esto por lo regular se realiza desde un punto de vista económico. Se debe ver al trabajador como lo que es, un ser humano, el que gracias a su trabajo, cualquiera que este sea, genera riqueza; de tal suerte que deberán ser los gobiernos quienes *certifiquen la existencia* y buena operación de cada una de estas empresas prestadoras de servicios, aval sin el cual las mismas legalmente no deberían de operar, al no premiárseles justificar sus transacciones comerciales, especialmente en lo que al aspecto impositivo se refiere.

Por último, con el propósito de quitarle la venda con la que la gran mayoría de los trabajadores laboran, al desconocer quién o quiénes son su empleadores y por ende los responsables de sus relaciones de trabajo, proponemos que en adición a la certificación gubernamental antes señalada, que todas las contrataciones en las que se requieran los servicios de subcontratación deberán estar documentadas (contrato) con toda precisión, no solo por el subcontratista y sus trabajadores, sino también por el solicitante del servicio a título de aval o garante del primero, para que de esta manera todos los extremos de la operación queden perfectamente delimitados, de tal suerte que los derechos y responsabilidades de cada uno de los tres integrantes que participaran en y durante el proceso productivo conozcan de manera recíproca sus derechos y obligaciones; generando con ello certeza no solo entre los particulares, sino en las autoridades que por cualquier circunstancia conocerán de los mismos.

8. BIBLIOHEMEROGRAFÍA

Bibliografía

- De Buen Lozano, Néstor, *El Outsourcing. Visión Iberoamericana*, México, Porrúa, 2011.
- Domenzain, Mariana, *Las Empresas Prestadoras de Servicios de Subcontratación y Outsourcing en el Derecho Laboral Mexicano*, Tesis Profesional, México, 2002.
- Regino, Alberto, *La Regulación Jurídica de la Subcontratación, Tercerización u Outsourcing para evitar la Violación de Derechos Sociales*, Tesis Doctoral, México, agosto de 2011.
- Rothery, Bryan y Robertson, Ian, *Outsourcing. La Subcontratación*, México, Editorial Limusa, 2008.

Documentos publicados en Internet

García, Anselmo, Mertens, Leonard y Wilde, Roberto, “Procesos de subcontratación y cambios en la calificación de los trabajadores. Estudios de caso en México”, *CEPAL*, <https://repositorio.cepal.org/handle/11362/4652>

Legislación

Ley Federal del Trabajo. Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 1 de abril de 1970. Última reforma publicada el 02 julio de 2019.

EL FUTURO DE LOS REGÍMENES PENSIONALES EN AMÉRICA LATINA: BRASIL, MÉXICO, CHILE, ARGENTINA Y COLOMBIA, RETOS Y PERSPECTIVAS

The Future of Pension Regimes in Latin America: Brazil, Mexico, Chile, Argentina and Colombia. Challenges and Perspectives

Recepción: 15/01/2019

Aceptado para su publicación: 12/09/2019

ÁNGEL GUILLERMO RUIZ MORENO*

RESUMEN: Se realiza un análisis de los regímenes pensionales en América Latina tomando en cuenta el marco legal de México, Chile, Argentina y Colombia, así como las características económicas de cada país, a partir de lo cual se hace un esbozo de la calidad de vida que podrían tener los futuros pensionados en cada Estado. Se comienza el estudio con México, se abordan las instituciones encargadas de realizar el manejo de las cuentas de ahorro para el retiro de los trabajadores, así como otras encargadas de velar por el buen actuar de las primeras. Después de abordar a fondo el funcionamiento de las afores en nuestro país. Establecidas las bases del funcionamiento del Sistema de pensiones mexicano, se procede a analizar los sistemas de algunos países de América Latina, a partir de dicho análisis se ofrecen algunas recomendaciones para mejorar el sistema de retiro de los trabajadores y, por ende, su calidad de vida en la vejez.

PALABRAS CLAVE: CONSAR, afore, seguridad social, sistema de pensión, sistema de retiro.

ABSTRACT: This text analyzes the pension regimes in Latin America, taking into account the legal frameworks and the economic characteristics of Mexico, Chile, Argentina and Colombia, from which we derive an outline of the quality of life that future pensioners could have in each country. The study begins by analyzing the institutions in charge of managing the savings accounts for the retirement of the workers in Mexico, as well as other branches in charge of ensuring the good performance of those. Subsequently, this text discusses in depth the functioning of the Retirement Funds Administrators in this country. Once the bases of the operation of the Mexican pension system are established, we proceed to scrutinize similar systems in other Latin American countries. From this analysis we offer some

* Abogado y Maestro en Derecho del Trabajo y Seguridad Social, por la Universidad de Guadalajara (UDG), México.

recommendations in order to improve the retirement system and therefore the quality of life in old age.

KEYWORDS: CONSAR, Retirement Funds Administration, pension system, retirement system.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LOS SISTEMAS PENSIONARIOS EN MÉXICO. 3. CONSAR. 4. LAS AFORES. 5. LOS TRIBUNALES. 6. ESTUDIO COMPARADO CON BRASIL, CHILE, ARGENTINA Y COLOMBIA. 7. RECOMENDACIONES. 8. CONCLUSIONES. 9. BIBLIOHEMEROGRAFÍA.

El sistema de gobierno más perfecto es aquel que produce mayor suma de felicidad posible, mayor suma de Seguridad Social y mayor suma de estabilidad política.

Simón Bolívar

1. INTRODUCCIÓN

Una de las funciones fundamentales de cualquier Estado es velar por la protección y bienestar integral de sus gobernados, esta obligación comprende la cobertura de seguridad social del mayor número de habitantes de un país, sin embargo, dicho compromiso no involucra únicamente al gobierno, implica una participación general entre gobiernos, empleadores, trabajadores y la población en general, este reto presenta varias directrices a seguir e implica un análisis económico político y social del entorno de cada país, lo que incide directamente en un mercado laboral inestable y políticas públicas adaptadas al momento histórico vivido y al fijar lineamientos para la promulgación de leyes en materia de seguridad social, por lo cual no puede establecerse el mismo modelo de aplicación a regímenes pensionarios pues dependerá en cada caso del panorama global que enfrente cada Nación.

El presente análisis pretende dar un panorama de los regímenes pensionales que existen en diversos países de América Latina, especialmente el de México.

En la declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), artículo veintidós, se observa la internacionalización de la Seguridad Social que a la letra indica: «Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la Seguridad Social y a obtener mediante el esfuerzo nacional y la

cooperación internacional, habida cuenta de la organizaciones y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad».¹

A partir de los años treinta del siglo XX, se crearon y se expandieron alrededor de toda la región regímenes de seguros sociales. Ecuador (1935), Perú (1936), Venezuela (1940), Panamá y Costa Rica (1941), México y Paraguay (1943); Colombia y Guatemala (1946); Republica Dominicana (1947), El Salvador y Bolivia (1949); Honduras (1952) y Nicaragua (1955).²

La Organización Internacional del Trabajo OIT define como, Seguridad Social:

La protección que la sociedad proporciona a sus miembros, mediante una serie de medidas públicas, contra las privaciones económicas y sociales que de otra manera derivarían en la desaparición de una fuerte reducción de sus ingresos a consecuencia de; enfermedad, maternidad, accidente de trabajo o enfermedad profesional, desempleo, invalidez, vejez y muerte; y también la protección en forma de asistencia médica y de ayuda a las familias con hijos.³

2. LOS SISTEMAS PENSIONARIOS EN MÉXICO

Estos se otorgan por los Institutos de seguridad social más importantes:

2.1. IMSS

La seguridad social en la República Mexicana tiene por finalidad garantizar el derecho a la salud, la asistencia médica, la protección de los

¹ Fernando Flores Macías, *El estudio de la Seguridad Social: Tres enfoques de evolución diferenciada, Inglaterra, Chile y México. Un caso. «La caja de previsión de la policía preventiva del departamento del Distrito Federal»*, Tesis para obtener el Título de Lic. En Relaciones Internacionales, UNAM, México, 1994, p. 65. Declaración Universal de los Derechos Humanos, 1948.

² Lothar Wi tte, *La Seguridad Social en perspectiva: Europa-América Latina- Cuba*, 2003, p. 36.

³ Centro Interamericano de Estudios de la Seguridad Social (CIESS), *Marco Conceptual de la Seguridad Social*, México, 1984, p. 15.

medios de subsistencia y los servicios sociales necesarios para el bienestar individual y colectivo, así como el otorgamiento de una pensión garantizada por el Estado.

Para estos fines, por Decreto Presidencial del 31 de diciembre de 1942, publicado en el Diario Oficial del 19 de enero de 1943, se constituyó el Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS o el Instituto) como un organismo público descentralizado con personalidad jurídica y patrimonio propio, de integración operativa tripartita donde concurren los sectores público, social y privado con carácter de Organismo Fiscal Autónomo.

A la fecha cuenta con 47.9 millones de derechohabientes, 20 millones aproximadamente de asegurados permanentes y 2.4 millones de pensionados.⁴

La Ley del Seguro Social es reglamentaria de la fracción XXIX del apartado A) del artículo 123 Constitucional.

La Ley del Seguro Social comprende:

- El Régimen obligatorio
- El Régimen voluntario

El Régimen obligatorio comprende los seguros de:

- Riesgos de trabajo
- Enfermedades y Maternidad
- Invalidez y Vida
- Retiro, cesantía en edad avanzada y vejez
- Guarderías y prestaciones sociales

Esta Ley les dio oportunidad a los trabajadores y beneficiarios para que eligieran u optaran por la aplicación de la ley de 1973 cuando ya habían cotizado en el tiempo de su vigencia y se dieran los supuestos en ella establecidos.

⁴ Conoce al IMSS, <http://www.imss.gob.mx/conoce-al-imss>

2.2. ISSSTE

La Ley de Pensiones y de Retiro promulgada el 12 de agosto de 1925 constituye el principal antecedente inmediato de la Ley del ISSSTE.

En 1959, el presidente Adolfo López Mateos anunció que presentaría al Congreso de la Unión la iniciativa de Ley que daría origen al Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado, la cual fue discutida, aprobada y publicada en el Diario Oficial de la Federación el 30 de diciembre de 1959. Es de orden público, de interés social y de observancia en toda la República.⁵

Ley reglamentaria de la fracción XI del apartado B, del artículo 123 constitucional.

La Ley del Instituto comprende:

- a) El régimen obligatorio, y
- b) El régimen voluntario.

Se establecen con carácter obligatorio los siguientes seguros:

- a) De salud, que comprende:
 - Atención médica preventiva;
 - Atención médica curativa y de maternidad, y
 - Rehabilitación física y mental;
- b) De riesgos del trabajo;
- c) De retiro, cesantía en edad avanzada y vejez, y
- d) De invalidez y vida.

También se aplica el artículo decimo transitorio, el cual prevé pensiones de jubilación, retiro por edad y tiempo de servicios y por cesantía en edad avanzada, para aquellos trabajadores que eligieron quedarse en estos supuestos del artículo mencionado

⁵ Junta Directiva del ISSSTE, <https://www.gob.mx/issste/acciones-y-programas/h-junta-directiva-del-issste>

2.3. Reformas a las legislaciones de seguridad social en nuestro país más recientes

Las reformas se inician a partir del año de 1992 se aterrizan en el IMSS en 1997 y en el ISSSTE en 2007 adoptando el Sistema de Capitalización Individual y se lo denomino Sistema del Ahorro para el Retiro, las diferencias con el chileno es que en México el patrón cubre una cuota del 2% para el Seguro de Retiro, cesantía avanzada y vejez, a los que se suman las aportaciones de los demás sujetos.

3. CONSAR

La Ley que regula el financiamiento de los Sistemas de Ahorro para el retiro es la denominada Ley de los sistemas de ahorro para el retiro.⁶

Se aplica al IMSS, al ISSSTE e INFONAVIT.

La regulación, coordinación, supervisión y vigilancia estará a cargo de la *Comisión Nacional del Sistema de Ahorro para el Retiro*, como Órgano Desconcentrado de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público la “CONSAR”.

Es necesario que la Comisión participe más en el desenvolvimiento de este Sistema estableciendo reglas claras, como en la devolución de saldos de las cuentas individuales, hacer campañas para incentivar el ahorro de los trabajadores, pedirles a las administradoras que soliciten a sus afiliados nombren beneficiarios sustitutos y la posible unificación de cuentas individuales de aquellos trabajadores que no obstante es su obligación de acuerdo con la Ley no lo hacen.

Esto último es un problema real porque hay miles de cuentas individuales que no se reclaman sus saldos y están a la deriva, en el olvido, cantidades exorbitantes sin que aparezcan los titulares o propietarios de ellos y esto no puede seguir sucediendo porque es en detrimento de sus propietarios o a última instancia de sus beneficiarios que jamás van a saber de ellas.

⁶ Ley de los sistemas de ahorro para el retiro, publicada en el Diario Oficial de la Federación del 23 de mayo de 1996. Última Reforma publicada el 10 de enero de 2014.

De no haber una campaña para designar a sus titulares, por no estar obligados a hacerla, la recomendación sería que esas cantidades extraordinarias se utilizaran por el estado para atender asuntos de carácter social, como hospitales geriátricos, compra de medicamentos, lugares de esparcimiento para adultos y cuestiones asistenciales. La Ley prevé que, a los 10 años cuando estas cuentas no son reclamadas, prescriban a favor de los Institutos de Seguridad, ya pasan más de esos años y no tengo información que se hayan reenviado a los mismos, creo que no deben prescribir y que en caso de reclamos posteriores el garante o aval debería ser el mismo estado.

3.1. Funciones

- a) La CONSAR establece las reglas para que el SAR funcione adecuadamente.
- b) Vigila que se resguarden adecuadamente los recursos de los trabajadores.
- c) Supervisa que los recursos de los trabajadores se inviertan de acuerdo a los parámetros y límites establecidos por la Comisión (Régimen de inversión).
- d) Se asegura de que brinden la información requerida para los trabajadores (que te envíen tu Estado de cuenta tres veces por año, por ejemplo).
- e) Está facultada para imponer multas a las AFORE y sanciones a los empleados de éstas en caso de algún incumplimiento.⁷

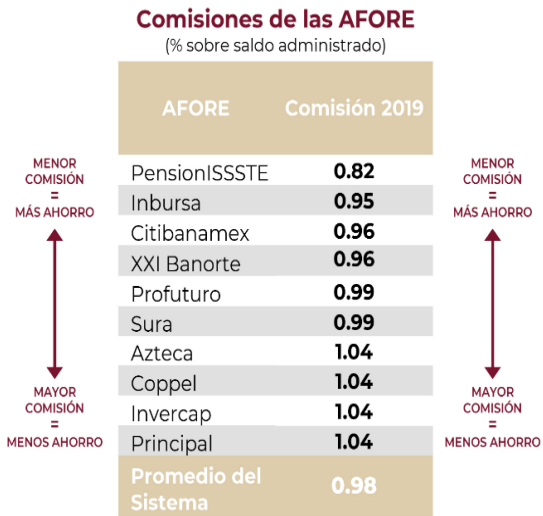
4. LAS AFORES

En 1997 inició el Sistema de Ahorro para el Retiro (SAR) y se crearon las Administradoras de Fondos para el Retiro (AFORE). En esas instituciones se depositan los ahorros con los que contará el trabajador para su retiro. Para que dichas administradoras cubran sus costos de operación

⁷ CONSAR, ¿Qué hacemos?, <https://www.gob.mx/consar/que-hacemos>

que esencialmente incluyen la facultad de cobrar una comisión al trabajador o cuentahabiente, también la de invertir los recursos para capitalizar los fondos por medio de las SIEFORES, dar servicios al cliente (registros y envíos de estados de cuenta), de promoción y mercadeo y de cumplimiento de la regulación.

Así mismo entre otras enviar por lo menos tres veces al año de forma cuatrimestral a los trabajadores sus estados de cuenta, pagar los retiros parciales con cargo a las cuentas individuales, etc.



Fuente: Comisiones vigentes en 2019
<https://www.gob.mx/consar/articulos/comisiones-vigentes-en-2016>

Las afores en inversiones para la capitalización de fondos han sufrido minusvalías, éstas señalan que en el tiempo dichas pérdidas económicas se recuperarán, sin embargo, cabe una reflexión, “para los titulares de los dineros lo que no se recupera es el tiempo”.

Las administradoras de los fondos para el retiro han venido evolucionando, no al ritmo que deberían de hacerlo, porque se menciona esto, en primer lugar deberían incentivar a sus clientes a tener un mayor ahorro de carácter voluntario, que sus comisiones fueran cada vez más baratas, que les explicaran a sus afiliados en forma sencilla y no técnica los alcances de sus aportaciones y el futuro real de las pensiones que puedan al-

canzar y los efectos de sus cotizaciones, cuando solicitan retiros parciales de sus saldos, porque al solicitar su pensión no saben que dichos retiros se restan a sus cotizaciones y al final no cumplen con los requisitos que establecen las pensiones.

Algo que se tiene que resaltar sobre las afores son las minusvalías famosas, que desafortunadamente se presentan por cuestiones de mercados, las administradoras nos dicen que no son pérdidas para los titulares de las cuentas, que con el tiempo se puede recuperar el valor, como en días pasados hubieron notas periodísticas que así lo hicieron saber, el problema es que lo que se pierde es el tiempo para los trabajadores y estos no se recuperan, porque ellos no pueden estar sometidos a los sobresaltos del mercado, los tiempos de cesantía en edad avanzada y vejez no pueden esperar ante las contingencias o riesgos que se presenten y lo que haya en el fondo es lo que se utiliza para adquirir la pensión correspondiente, si se esperan a la recuperación de los valores en el mercado puede ser muy tarde.

Por lo que se debería tener más cuidado en las inversiones y el ajuste legal siempre debe ser una obligación para que continuamente haya un incremento capitalizable en los fondos de las cuentas individuales. “Se recupera quizá el valor, pero el tiempo, jamás”.

Por otro lado, hay una política de las administradoras que no se entiende al solicitarles a los beneficiarios de dichas cuentas individuales que ocurran a los Tribunales competentes para que los designen beneficiarios, haciendo caso omiso de lo que la Ley expresamente señala quienes son los beneficiarios legales, de conformidad con los artículos 193 y 78 de la Ley del IMSS⁸ y del ISSSTE,⁹ respectivamente, después habla de beneficiarios sustitutos en caso de que no haya legales y si hay conflicto que los señalen los Tribunales de conformidad con el artículo 501 de la Ley Federal del Trabajo.¹⁰

⁸ Ley del seguro social, publicada en el Diario Oficial de la Federación del 21 de diciembre de 1995. Última Reforma publicada el 2 de julio de 2019.

⁹ Ley del Instituto de seguridad y servicios sociales de los trabajadores del Estado, publicada en el Diario Oficial de la Federación del 31 de marzo de 2007. Última Reforma publicada el 4 de junio de 2019.

¹⁰ Ley federal del trabajo, publicada en el Diario Oficial de la Federación del 1 de abril de 1970. Última Reforma publicada el 2 de julio de 2019.

Esto ha provocado un sinnúmero de asuntos de carácter paraprocesal ante los Tribunales y ese no es el problema mayor, el verdadero problema es que los interesados pasan por un viacrucis terrible hasta lograr la resolución correspondiente, ahí no termina el problema, ahora les dicen que tienen que presentar una demanda para que estos sean condenados a la devolución de los saldos.

Lo anterior, no es un buen manejo del dinero que es propiedad de los asegurados o de sus beneficiarios, esto debe cambiar en un futuro por muchas razones, la principal es que se entreguen los fondos de forma inmediata sin que exista de por medio procesos que no están contemplados en principio y segundo que por razones de un juicio jurisdiccional se atrasen las devoluciones en perjuicio de estos, además que haya una sobrecarga en los Tribunales laborales incumpliendo con la celeridad en los procedimientos, retrasando la entrega de dichos saldos, estas entidades financieras tienen la obligación de efectuar todas las gestiones necesarias para la obtención de una adecuada rentabilidad y seguridad en las inversiones en las SIEFORES, atendiendo exclusivamente el interés de los trabajadores.

En ese sentido los costos de administración deberían ser más aceptables, los riesgos en los dineros más cuidados e informar con mayor claridad los servicios y beneficios que ofrecen a sus afiliados y enterarlos de cómo van sus dineros para que en caso de estado de necesidad los puedan utilizar como más les convenga por los retiros parciales que actualmente vienen presentándose.

4.1. Cuentas individuales de los asegurados

Es la Ley del Seguro Social en su Capítulo sexto del Seguro de Retiro Cesantía en edad avanzada y vejez en su séptima sección, se establece el derecho de todo trabajador asegurado de contar con una cuenta individual, que se integra por las subcuentas: de retiro, cesantía en edad avanzada y vejez; de vivienda y de aportaciones voluntarias.

La individualización y administración de los recursos de las cuentas individuales para el retiro, estará a cargo de las Administradoras de Cuentas de Fondo para el Retiro (AFORES).

Estas disposiciones obligan a los trabajadores a no tener más de una cuenta individual y a promover los procedimientos de unificación o tras-

paso correspondientes, lo cual causa, en la vida real daños irreparables para los trabajadores y sus beneficiarios, porque la realidad nos dice que los titulares de esas cuentas desconocen en donde se hacen los depósitos más aun sus familiares.

En la Ley del ISSSTE en el mismo Capítulo sexto, en su sección V, de la Cuenta Individual son similares las disposiciones, la excepción es que cada trabajador abrirá una cuenta individual en el PENSIONISSTE o si así lo elige en una AFORE, en su sección I. la cuenta individual se integrara por las subcuentas de: retiro, fondo de la vivienda, *ahorro solidario*, aportaciones complementarias de retiro, aportaciones voluntarias y de ahorro a largo plazo, además, si cotizan simultáneamente o sucesivamente al ISSSTE o la IMSS deberán acumular los recursos del seguro de retiro en una misma cuenta individual, sin perjuicio de que se identifique por separado cada una mediante subcuentas.

En ambos casos, los beneficiarios legales del trabajador titular del seguro de retiro en edad avanzada y vejez serán los familiares derechohabientes que establece la sección de pensión por causa de muerte del seguro de invalidez y vida.

5. LOS TRIBUNALES

La competencia es la facultad que tienen los jueces para conocer de ciertos negocios, y esa facultad debe serles atribuida por la ley o puede derivarse de la voluntad de las partes.

5.1. De la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje

Además del marco constitucional que señala en su artículo 123 apartado A fracción XXIX que le da vida al IMSS como ya se expresó, la competencia se encuadra en su ley reglamentaria específicamente en su artículo 295 que a la letra dice:

Las controversias entre los asegurados o sus beneficiarios y el instituto sobre las prestaciones que esta ley otorga, deberán tramitarse ante los Tribunales Federales en materia laboral, en tanto que las que se presenten entre el Instituto y los patrones y demás sujetos obligados, se tramitarán ante el Tribunal Federal de Justicia Administrativa.

Así como en el artículo 899 - A de los conflictos individuales de la seguridad social de la Ley Federal del Trabajo relata:

Los conflictos individuales de seguridad social son los que tienen por objeto reclamar el otorgamiento de prestaciones en dinero o en especie, derivadas de los diversos seguros que componen el régimen obligatorio del Seguro Social, organizado y administrado por el Instituto Mexicano del Seguro Social, y de aquellas que conforme a la Ley del Seguro Social y la Ley del Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores, deban cubrir el Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores y las Administradoras de Fondos para el Retiro, así como las que resulten aplicables en virtud de contratos colectivos de trabajo o contratos-Ley que contengan beneficios en materia de seguridad social.

La competencia para conocer de estos conflictos, por razón de territorio corresponderá al Tribunal del lugar en el que se encuentre la clínica del Instituto Mexicano del Seguro Social a la cual se encuentren adscritos los asegurados o sus beneficiarios.

En caso de que se demanden únicamente prestaciones relacionadas con la devolución de fondos para el retiro y vivienda, corresponderá la competencia al Tribunal Federal de la entidad federativa donde se encuentre el último centro de trabajo del derechohabiente.

5.2. Del Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje

a) Marco constitucional:

El artículo 123 constitucional en su fracción XI del apartado B, enmarca la seguridad social para los trabajadores al servicio del estado y la fracción XII le da sustento al tribunal.

Ley federal de los trabajadores al servicio del estado, en su título quinto, se encuentra comprendido el Capítulo de los riesgos profesionales y las enfermedades no profesionales.

El artículo 110 dice que “los riesgos profesionales que sufran los trabajadores se registrarán por las disposiciones de la ley del instituto de seguridad y servicios sociales de los trabajadores del estado y de la ley federal del trabajo, en su caso.

El artículo 111 regula las licencias en el caso de enfermedades de carácter no profesional.

La ley del ISSSTE en su artículo 78 establece la competencia de este tribunal para designar a los legítimos beneficiarios cuando no exista designación de beneficiarios sustitutos o legales que establece dicho ordenamiento.

En virtud de la última reforma a la ley federal del trabajo, se adiciona el capítulo XVIII, “de los procedimientos especiales, Sección Primera, conflictos individuales de seguridad social”.

Esta reforma se aplica de conformidad con el artículo 11 de la ley burocrática, al ser supletoria de la Ley Federal del Trabajo.

Es plausible esta reforma porque dará celeridad a los juicios de seguridad social en beneficio de los justiciables, ya que simplifican el procedimiento, sobretudo en el desahogo de la pericial médica, ya que solo estará a cargo de los que nombre el órgano jurisdiccional y dará certeza y seguridad jurídica a todas las partes.

5.3. Del Tribunal Federal de Justicia Administrativa.

Ley orgánica del Tribunal Federal de Justicia Administrativa:¹¹

Artículo 3. El Tribunal conocerá de los juicios que se promuevan contra las resoluciones definitivas, actos administrativos y procedimientos que se indican a continuación:

- VI. Las que nieguen o reduzcan las pensiones y demás prestaciones sociales que concedan las leyes en favor de los miembros del Ejército, de la Fuerza Aérea y de la Armada Nacional o de sus familiares o derechohabientes con cargo a la Dirección de Pensiones Militares o al erario federal, así como las que establezcan obligaciones a cargo de las mismas personas, de acuerdo con las leyes que otorgan dichas prestaciones. Cuando para fundar su demanda el interesado afirme que le corresponde un mayor número de años de servicio que los reconocidos por la autoridad respectiva, que debió ser retirado con grado superior al que consigne la resolución impugnada o que su situación militar sea diversa de la que le fue reconocida por la Secretaría de la Defensa Nacional o de Marina, según el caso; o cuando se versen cuestiones de jerarquía, antigüedad en el grado o tiempo de servicios

¹¹ Ley orgánica del Tribunal Federal de Justicia Administrativa, publicada en el Diario Oficial de la Federación del 18 de julio de 2006.

militares, las sentencias del Tribunal sólo tendrán efectos en cuanto a la determinación de la cuantía de la prestación pecuniaria que a los propios militares corresponda, o a las bases para su depuración;

VII. Las que se dicten en materia de pensiones civiles, sea con cargo al erario federal o al Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado;

a) Indicadores en el Tribunal federal de justicia administrativa

Respecto de los indicadores generales de estas Salas, se informa lo siguiente:

- A las Salas ingresaron 6,812 expedientes.
- Se concluyeron 6,211 por sentencia definitiva y 462 causaron baja por acuerdo, para un total de 6,673 expedientes.
- Siendo su inventario final de 119 expedientes. De las 6,211 sentencias emitidas en el periodo 2018, se llevaron a instancia constitucional 1,027 (215 corresponden a juicios de amparo y 812 a recursos de revisión), lo que significa que se impugnó el 16.54% de dichas sentencias. De los medios de impugnación referidos, se han resuelto 106 (1.70%), en los cuales el Poder Judicial de la Federación revocó 4 sentencias.¹²

b) Indicadores de la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje

La Junta Federal de Conciliación y Arbitraje (JFCA) dejará a la próxima administración 428,500 juicios laborales de carácter individual pendientes, la cifra más alta de las últimas tres administraciones, a la que se suman los 1,505 juicios colectivos para totalizar una carga de trabajo de 430,005 expedientes, informó su presidente, José Francisco Maciel Amaya.

Respecto a los juicios individuales, 34% se concentra en demandas por seguridad social (es decir. 146,201 expedientes), 16% en el tema de afores, y 21% se encuentra en demandas al sector privado (ya sea por despidos injustificados).¹³

¹² Tribunal federal de justicia administrativa, “Memoria anual 2018”, http://www.tfjfa.gob.mx/media/media/memorias/MemoriaAnual2018/archivos/pdf/memoria_2018.pdf

¹³ Del Pilar Martínez, María, “Hay 430,005 juicios laborales pendientes”, *El economista*, <https://www.eleconomista.com.mx/gestion/Hay-430005-juicios-laborales-pendientes-20181128-0027.html>

c) Indicadores del Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje

En el Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje, actualmente se cuenta con un universo de 7000 juicios en materia de seguridad social.

5.4. Suprema Corte de Justicia de la Nación

La Suprema Corte de Justicia de nuestro país se ha pronunciado al respecto en tesis jurisprudenciales que crean precedente en la resolución de juicios en materia de seguridad social, algunas de ellas son:

Pensión por viudez: El acreditamiento de la dependencia económica respecto de la trabajadora asegurada fallecida a que condiciona el artículo 130, párrafo segundo, de la ley del seguro social para su otorgamiento, se estableció tanto para el viudo como para el concubinario, sin embargo, tal condicionante ha sido declarada inconstitucional por la suprema corte de justicia de la nación.¹⁴

ISSSTE: La limitación de la pensión por incapacidad o invalidez a los 65 años de edad se encuentra justificada (legislación vigente a partir del 1o. de abril de 2007).¹⁵

Problemática de los saldos de cuentas individuales que no son reclamados por los titulares o beneficiarios.

La obligación de los trabajadores asegurados de contar con una sola cuenta individual y de iniciar el proceso para la unificación de los saldos, cuando cuentan con más de una, ha creado un problema terrible por desconocimiento de dicha regla por parte de los trabajadores y más aun de los beneficiarios originando con ello, que un número insospechado de cuentas no sean reclamadas, es decir, estamos hablando de miles de millones de pesos que en perjuicio de los trabajadores y sus familias no son entregados, a los que denominó como “saldos mostrencos y vacantes”, en el primero, porque están abandonados y perdidos cuyo dueño se ignora y los segundos porque no tiene dueño cierto y conocido. Los efectos son desastrosos por que los únicos beneficiados desgraciadamente son las instituciones finan-

¹⁴ Tesis: 2a./J. 132/2009, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, tomo XXX, septiembre de 2009, p. 643, Materia(s): Constitucional, Laboral.

¹⁵ Tesis: P./J. 147/2008, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, tomo XXVIII, octubre de 2008, p. 45, Materia(s): Laboral.

cieras que administran dichos fondos, en este sentido la ley se equivoca, porque la CONSAR como órgano regulatorio debería obligar a las AFORES a realizar las unificaciones, o bien, estas emplazar a los titulares de las cuentas para informarles si los saldos son de ellos en cuentas perdidas.

Las leyes, en este sentido, establecen que si los saldos de las cuentas no son reclamadas en el término de 10 años, estas prescriben a favor de los institutos, lo cual desde mi particular punto de vista es incorrecto, porque lo titulares de los dineros son los propietarios y deberían de considerarse imprescriptibles y en el término antes señalado la Cámara de Diputados podría ejercerlos en presupuesto para obra social y en caso de aparecer un reclamante o beneficiario el Estado sería el garante de dicho reembolso.

6. ESTUDIO COMPARADO CON BRASIL, CHILE, ARGENTINA Y COLOMBIA

El sistema pensionario *brasileño* contempla dos subsistemas complementarios, por un lado, la previsión social a cargo del Estado, sufragada por los trabajadores, los patrones y el gobierno y por otro, el sistema de contribución comprende a los trabajadores independientes contratados, con aportaciones por parte de las empresas y de los trabajadores.

En *Chile* existe un sistema de capitalización individual que comprende los seguros de vejez, invalidez y sobrevivencia, su financiamiento se da por medio de cotizaciones de sus afiliados durante su vida laboral activa, en el cual las cotizaciones son ingresadas a una cuenta individual generándose así un fondo de pensiones, la finalidad es que cuanto mayor sea el fondo que se acumule en la Cuenta Individual del afiliado, mayor será el nivel de la pensión que este podrá obtener, o generar para sus beneficiarios en caso de muerte.

En *Argentina*, la Ley 26.425, en su artículo 1° establece: “Dispónese la unificación del Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones en un único previsional público que se denominará Sistema Integrado Previsional Argentino (SIPA), financiado a través de un sistema solidario de reparto, garantizando a los afiliados y beneficiarios del régimen de capitalización vigente hasta la fecha idéntica cobertura y tratamiento que le brinda por el régimen previsional público, en cumplimiento del mandato previsto por el artículo 14 bis de la Constitución Nacional”.

En *Colombia*, de acuerdo con la Ley 100 de 1993, el Sistema de Seguridad Social Integral se compone de los sistemas de pensiones, de salud y de riesgos laborales y de los servicios sociales complementarios.

Además de lo contemplado en la ley 100, existen otros sistemas que hacen parte del Sistema de Seguridad Social en Colombia, tales como Cesantías, Subsidio Familiar y Beneficios Económicos Periódicos (BEPS).¹⁶

7. RECOMENDACIONES

- a) La CONSAR debe establecer un programa para informar a los trabajadores que deben nombrar beneficiarios sustitutos. Como obligación los empleadores y las dependencias al momento de la contratación deben solicitar a los trabajadores los requisitos para su ingreso, la designación de beneficiarios, con ello se evitaría ese peregrinar o calvario que sufren para recobrar los saldos de las cuentas individuales.
- b) Crear Salas Regionales del Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje para acercar la justicia y facilitar a los interesados este proceso y no tener que trasladarse a esta Ciudad de México los que viven en el interior de la República.

Evitando cubrir con ello gastos por honorarios, transporte, hospedaje y comidas, lo que causa un desamino y una afectación a su economía, así mismo, una espera de tiempo insospechado por la devolución de sus fondos.

- c) Creación de un Tribunal Federal de Seguridad Social, con dos propósitos, la especialización y la descarga de miles de juicios que por estas circunstancias se tramitan ante los diferentes tribunales laborales, ayudando con ello al cumplimiento constitucional de otorgar una justicia pronta y expedita, que con mayor razón se tiene que realizar en los casos de designación de beneficiarios en la reclama-

¹⁶ Departamento Nacional de Planeación, <https://www.dnp.gov.co/programas/desarrollo-social/subdireccion-de-empleo-y-seguridad-social/Paginas/Seguridad-Social-Integral.aspx>

ción de los saldos de las cuentas individuales, por obvias razones al presentarse estados de necesidad en la mayoría de los casos.

- d) Con una reforma *fast track* regresar a lo establecido por la ley del ISSSTE ABROGADA en su artículo 90 BIS-S que a la letra señalaba:

La potestad a favor del trabajador asegurado que al momento de la apertura de una cuenta individual del Sistema de Ahorro para el Retiro designaba beneficiarios, pudiéndoles en cualquier momento sustituir o modificar en su caso la proporción correspondiente a cada una de ellas, *anexando la nulidad cuando no se nombran a los hijos menores o discapacitados como beneficiarios.*

8. CONCLUSIONES

No es fácil poder encontrar el régimen de pensiones ideal en cualquier sistema económico en el mundo, por las razones que los que analizan la materia de seguridad social tienen presente, ver el futuro de los actuales, especialmente el de capitalización individual, el del sistema para el ahorro, el de reparto no son la solución, quizá un complementario, mixto o incrementando las cuotas patronales y a los demás involucrados.

Los regímenes en México se encontrarán con un problema de financiamiento enorme que en un futuro cercano tendría que revisarse y seguro estoy modificarse, porque los saldos en las cuentas individuales no serán suficientes para obtener una renta o pensión dignas y el estado deberá cubrir las cantidades complementarias cada día más para siquiera otorgar las pensiones garantizadas.

Hay que decirlo, la mayoría de las pensiones que se otorgan en los sistemas que se aplican en nuestra zona latinoamericana son de carácter paliativo y no son capaces de otorgar pensiones dignas que superen las expectativas de los asegurados y que de seguir en esa tendencia serán en un futuro a corto plazo un problema económico serio para los países que estén en la etapa de madurez del sistema.

El desempleo es uno de los principales factores para que los ciudadanos no puedan aportar cantidad alguna para su futuro pensionario, en eso deben los gobiernos poner mucho cuidado, sobre todo en quedarse sin trabajo en las generaciones de 50 años o más, porque como todos sabe-

mos es muy difícil de reincorporarse al empleo formal y no tenemos una cultura del ahorro o a las incorporaciones en forma voluntaria en los regímenes obligatorios que otorgan los Institutos de Seguridad Social, hay que hacer programas de políticas públicas en ese sentido, en beneficio de los más vulnerables.

Veo solo la punta del iceberg que se asoma y no nos damos cuenta la mayoría de personas, del volumen gigantesco de la problemática que se avecina; un panorama de pensiones con problemas serios, más aún que se han venido separando de su trabajo ya sea voluntariamente o por la separación forzada miles de ciudadanos, lo que influye en la no cotización o la pensión anticipada.

Se vislumbra la intención de establecer solo una pensión para cada individuo, se terminarán las posibilidades de obtener más de una a corto plazo por eso la medida de la portabilidad ya establecida en la Ley del ISSSTE vinculada con la Ley del IMSS e INFONAVIT.

Creo que lo anterior, es la intención gubernamental desde hace tiempo, pero al margen de intenciones lo que está muy claro es que se debe buscar que las pensiones sean dignas o decentes como ahora se utiliza dicho concepto para que cuando los ciudadanos se encuentren en un estado de necesidad puedan vivir con la mayor comodidad y tranquilidad como sea posible.

Sabemos que todo sistema de pensiones tiene su etapa de madurez y es cuando se presenta la mayor problemática de carácter financiero y de remplazo generacional por eso hay que apurarnos a encontrar el mejor camino que de viabilidad sin olvidar que todos estamos involucrados y comprometidos y que el estado benefactor es el que con mayor participación debe apoyar sobre todo al que menos tiene, al ciudadano más vulnerable porque es una obligación de carácter moral y social e intrínseca de un derecho humano que les de tranquilidad y bienestar en forma universal.

9. BIBLIOHEMEROGRAFÍA

Bibliografía

Bonilla García, Alejandro y Alfredo Conde-Grand, *Pensiones en América Latina. Dos décadas de reforma*, 3ª Edición, Perú, Oficina Internacional del Trabajo, 2001.

Centro Interamericano de Estudios de la Seguridad Social (CIESS), *Marco Conceptual de la Seguridad Social*, México, 1984.

Fernando Flores Macías, *El estudio de la Seguridad Social: Tres enfoques de evolución diferenciada, Inglaterra, Chile y México. Un caso. «La caja de previsión de la policía preventiva del departamento del Distrito Federal»*, Tesis para obtener el Título de Lic. En Relaciones Internacionales, UNAM, México, 1994.

Kurczyn, Patricia y Rafael Tena (coords.), *Temas selectos de derecho laboral. Liber amicorum: homenaje a Hugo Ítalo Morales Saldaña*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014.

Lothar Witte, *La Seguridad Social en perspectiva: Europa-América Latina-Cuba*, 2003.

Mendizábal Bermúdez, Gabriela, *La Seguridad Social en México*, Porrúa, México, 2007.

Morales Ramírez, María Ascensión, *La Recepción del modelo chileno en el sistema de pensiones mexicano*, México, UNAM, 2005.

Documentos publicados en Internet

Comisiones vigentes en 2019, <https://www.gob.mx/consar/articulos/comisiones-vigentes-en-2016>

Conoce al IMSS, <http://www.imss.gob.mx/conoce-al-imss>

CONSAR, ¿Qué hacemos?, <https://www.gob.mx/consar/que-hacemos>

Del Pilar Martínez, María, “Hay 430,005 juicios laborales pendientes”, en *El economista*, <https://www.eleconomista.com.mx/gestion/Hay-430005-juicios-laborales-pendientes-20181128-0027.html>

Departamento Nacional de Planeación, <https://www.dnp.gov.co/programas/desarrollo-social/subdireccion-de-empleo-y-seguridad-social/Paginas/Seguridad-Social-Integral.aspx>

Junta Directiva del ISSSTE, <https://www.gob.mx/issste/acciones-y-programas/h-junta-directiva-del-issste>

Tribunal federal de justicia administrativa, “Memoria anual 2018”, http://www.tfjfa.gob.mx/media/media/memorias/MemoriaAnual2018/archivos/pdf/memoria_2018.pdf

Legislación

Ley de los sistemas de ahorro para el retiro, publicada en el Diario Oficial de la Federación del 23 de mayo de 1996. Última Reforma publicada el 10 de enero de 2014.

Ley del Instituto de seguridad y servicios sociales de los trabajadores del Estado, publicada en el Diario Oficial de la Federación del 31 de marzo de 2007. Última Reforma publicada el 4 de junio de 2019.

Ley del seguro social, publicada en el Diario Oficial de la Federación del 21 de diciembre de 1995. Última Reforma publicada el 2 de julio de 2019.

Ley federal del trabajo, publicada en el Diario Oficial de la Federación del 1 de abril de 1970. Última Reforma publicada el 2 de julio de 2019.

Ley orgánica del Tribunal Federal de Justicia Administrativa, publicada en el Diario Oficial de la Federación del 18 de julio de 2006.

Convenios y tratados internacionales

Declaración Universal de los Derechos Humanos, 1948.

Jurisprudencia

Tesis: 2a./J. 132/2009, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, tomo XXX, septiembre de 2009, p. 643, Materia(s): Constitucional, Laboral.

Tesis: P./J. 147/2008, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, tomo XXVIII, octubre de 2008, p. 45, Materia(s): Laboral.

LA SEGURIDAD SOCIAL EN UN DETERIORO DEPENDIENTE DE LOS MOVIMIENTOS ECONÓMICOS

Social Security within a Deterioration that Depends on Economic Movements

Recepción: 12/08/2019

Aceptado para su publicación: 27/09/2019

RAFAEL NAVARRO MORA*

RESUMEN: A partir de los conceptos de seguridad social, Derecho Social, justicia distributiva acciones afirmativas y los ajustes razonables, se analiza si el cambio que se está produciendo en los sistemas de pensiones en América Latina considera estas características a efecto de mejorar la seguridad social o a crear un sistema de pensiones en donde todos los beneficiarios tengan una mejor pensión y en consecuencia una mejor calidad de vida. Señalaremos lo que es el concepto de seguridad social y sus componentes como el Derecho Social y la justicia distributiva. La importancia de la intervención del Estado para hacer realidad la nivelación de las desigualdades sociales solo se puede combatir si generamos mecanismos como los ajustes razonables y las acciones positivas. Los grupos económicamente débiles o vulnerables por cuestión de discriminación histórica son quienes más necesitan de estos sistemas para colocarse en un plano de igualdad de oportunidades frente a la sociedad.

PALABRAS CLAVE: Derecho Social, justicia distributiva, acciones afirmativas, grupos vulnerables.

ABSTRACT: Based on the concepts of social security, social law, distributive justice, affirmative actions and reasonable adjustments, we make an analysis on whether the change that is taking place in the pension systems in Latin America considers these characteristics in order to improve social security or to create a retirement system where all beneficiaries have a better pension and consequently a better quality of life. In addition, we point out the concept of social security and its components such as social law and distributive justice. The importance of state intervention to

* Licenciado en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México, Maestro en Derecho Laboral por el Instituto de Postgrado en Derecho, Doctor en Derecho Laboral por el Instituto de Postgrado en Derecho, Diplomados de Seguridad Social Universidad la Salle, Derecho de Huelga por la Barra Latinoamericana de Abogados, y diversas especializaciones en el Instituto Mexicano del Seguro Social.

make the leveling of social inequalities a reality can only be significant if we generate mechanisms such as reasonable adjustments and positive actions. Economically weak or vulnerable groups due to historical discrimination are the ones who need these systems the most to place themselves on an equal plane of opportunities within society.

KEYWORDS: Social law, distributive justice, affirmative actions, vulnerable groups.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. DEFINICIÓN DE SEGURIDAD SOCIAL. 3. GRUPOS VULNERABLES. 4. ACCIONES AFIRMATIVAS Y AJUSTES RAZONABLES. 5. LOS SISTEMAS DE PENSIONES EN AMÉRICA LATINA. 6. CONDICIONES QUE INFLUYEN EN LOS CAMBIOS DE LAS LEYES DE SEGURIDAD SOCIAL. 7. OCUPACIÓN CON SEGURIDAD SOCIAL. 8. BIBLIOHEMEROGRAFÍA.

Somos partidarios de limitar el
poder cuando son otros los que lo tienen;
pero si somos nosotros quienes lo poseemos,
nunca será demasiado grande.

Bertrand De Jouvenel

1. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene como objetivo definir lo que es la seguridad social, establecer con claridad los elementos que la componen. Identificar la importancia que tiene la intervención del Estado en la protección de estos sistemas y señalar con especial atención a los grupos vulnerables a los que van dirigidos los mecanismos que se han implementado para equilibrar las desigualdades en la sociedad. Trataré de definir lo que son los grupos vulnerables y por qué pertenecen a las categorías sospechosas, qué significa este término y el tratamiento que se le ha dado a nivel internacional.

La importancia del concepto de justicia distributiva está intrínsecamente relacionada con estos sistemas de seguridad social y su funcionamiento.

Adicionalmente, se dará un breve repaso por los sistemas pensionarios de Latinoamérica y daremos algunos datos estadísticos para detectar el problema que lleva al cambio de las legislaciones de seguridad social que nos llevan cada vez más al sistema de capitalización individual.

2. DEFINICIÓN DE SEGURIDAD SOCIAL

En 1944, la Declaración de Filadelfia estableció que “todos los seres humanos, sin distinción de raza, credo o sexo tienen derecho a perseguir su bienestar material y su desarrollo espiritual en condiciones de libertad y dignidad, de seguridad económica y en igualdad de oportunidades”.¹

Cuatro años después, en 1948, la Declaración Universal de los Derechos Humanos reconoce la necesidad de garantizar, sin distinción alguna, una vida en condiciones de dignidad señalando que toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad.²

Los textos anteriores nos van aportando los elementos necesarios para definir de una manera más clara el concepto de la seguridad social, que implica la protección de derechos fundamentales, la intervención del Estado y un conjunto de normas que garantizan el respeto a esos derechos.

La seguridad social es un sistema organizado de protección contra las consecuencias de los riesgos a que todo individuo se encuentra expuesto durante el transcurso de su vida, cuyo propósito es contribuir a su desarrollo físico e intelectual en sociedad y a su dignificación hasta el término de su existencia.³

La seguridad social es la realización efectiva de los derechos sociales a través de los principios de la justicia distributiva.

El primer elemento importante que encontramos son los derechos sociales que constituyen un conjunto de normas protectoras en favor de grupos vulnerables o económicamente débiles.

Uno de los autores que, de manera más asertiva, ha abordado el tema de la justicia distributiva, ha sido el filósofo norteamericano John Bordley Rawls.

¹ Declaración relativa a los fines y objetivos de la Organización Internacional del Trabajo, Declaración de Filadelfia, 10 de mayo de 1944.

² Declaración Universal de los Derechos Humanos, 1948, artículo 22.

³ Gustavo, C. G., *Derecho de la Seguridad Social*, 3ª Edición, México, Porrúa, 2014, p. 100.

Las desigualdades de riqueza y autoridad, sólo son justas si producen beneficios compensadores para todos y, en particular, para los miembros menos aventajados de la sociedad.⁴

La justicia distributiva constituye entonces el equilibrio de esta protección, en donde todas las personas pueden disfrutar y acceder a bienes imprescindibles como la salud y alimentación en condiciones óptimas para acceder a una vida digna, encontrándose presente el compromiso del Estado para lograr la nivelación de las desigualdades.

Continuando con la idea estructural de Rawls, sostiene que el gobierno intenta asegurar iguales oportunidades de enseñanza y cultura, estableciendo un sistema de escuelas públicas, igualdad de oportunidades en las actividades económicas y en la libre elección de ocupación. Así mismo, garantiza un mínimo social, a través de asignaciones familiares y subsidios especiales, por enfermedad y desempleo, o por medios como por ejemplo un complemento al ingreso, como lo denomina el autor, impuesto negativo sobre la renta [por ejemplo, lo que en México se conoce como el subsidio al empleo.

3. GRUPOS VULNERABLES

Si hablamos de igualdad relacionada al concepto de justicia social y la obligación del Estado de generar acciones para mantener el equilibrio de las desigualdades propias de una sociedad, debemos hacer referencia necesariamente a los grupos vulnerables para tener claros los objetivos de la seguridad social.

Los grupos vulnerables son aquellos grupos de personas, organizadas o no, que por sus condiciones permanentes o temporales se encuentran en condiciones de riesgo, inseguridad, indefensión y desventaja.

Generalmente se identifican la edad, el sexo, las condiciones de salud, el estado civil y el origen étnico, como las principales condiciones o características directamente asociadas a la vulnerabilidad de las personas.

⁴ Rawls, J., *Teoría de la Justicia*, 1ª Edición, Traducido por González, M. D., Cambridge, Mass: The Belknap Press of Harvard University Press, 1971, p. 27.

De forma más sintética, los grupos vulnerables son grupos de personas que padecen una serie de desventajas derivadas de un conjunto de factores sociales y de características jurídicas, personales y culturales.

Así, se considera como vulnerables a diversos grupos de la población entre los que se encuentran: las niñas, los niños y jóvenes en situación de calle, las personas con discapacidad y las personas adultas mayores.⁵

Estos grupos vulnerables pertenecen a las denominadas categorías sospechosas con motivo de su condición y características particulares, que además han sido históricamente discriminados, violentados y marginados siendo víctimas de una desmedida e injustificada desigualdad social.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación refiere que las categorías sospechosas son el sexo, género, preferencias/orientaciones sexuales, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, el estado civil, raza, color, idioma, origen nacional, social o étnico, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. Enumeración que de ningún modo es limitativa y son categorías que han sido reconocidas en la Constitución mexicana.⁶

Considero de vital importancia integrar en el presente trabajo a los grupos vulnerables, por ser el objetivo primordial de los programas sociales y así comprender con claridad la importancia de establecer un adecuado y funcional sistema de seguridad social.

Desde una visión objetiva, no podemos ignorar que todos los seres humanos sin excepción, estamos expuestos a la falta de empleo, a los riesgos ya sean profesionales o no que pueden provocar secuelas incapacitantes. También es una realidad innegable que en algún momento envejeceremos, y evidentemente el ciclo de la vida se cierra con la muerte.

Derivado de lo anterior, en algún momento, no nada más nos beneficiaremos de la seguridad social, sino que, además, pasaremos a formar parte de estos grupos vulnerables a los que nos hemos referido.

⁵ Definición obtenida del Programa de trabajo de la Comisión de Atención a Grupos Vulnerables, Senado de la República, septiembre de 2013, p. 7.

⁶ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2015.

Entre más conscientes estemos de esto y nos esforcemos por implementar más y mejores programas de seguridad social, tendremos una mejor calidad de vida en el futuro y las eventualidades las podremos afrontar en condiciones dignas.

Estos grupos vulnerables a los que nos hemos referido, requieren de una principal protección para que exista un verdadero principio de igualdad.

Este principio que se hace consistir en que todas las personas son iguales ante la Ley, para que sea materialmente posible, debe encontrarse reforzado por mecanismos implementados por el Estado para poner en un plano de igualdad a estos grupos en condiciones de desventaja, entre los que podemos encontrar las acciones afirmativas y los ajustes razonables, mecanismos que sirven para mantener este equilibrio y de los cuales hablaremos a continuación.

4. ACCIONES AFIRMATIVAS Y AJUSTES RAZONABLES

La discriminación positiva o acción afirmativa es el término que se da a una acción que, a diferencia de la discriminación negativa (o simplemente discriminación), pretende establecer políticas que dan a un determinado grupo social, étnico, minoritario o que históricamente haya sufrido discriminación a causa de injusticias sociales, un trato preferencial en el acceso o distribución de ciertos recursos o servicios, así como acceso a determinados bienes. Con el objeto de mejorar la calidad de vida de grupos desfavorecidos, y compensarlos por los perjuicios o la discriminación de la que fueron víctimas en el pasado.⁷

Es de señalarse que las acciones afirmativas, tienen una principal tendencia a la protección de la mujer, sin embargo, estas acciones se han utilizado también a efecto de generar igualdad de oportunidades en favor de los grupos en situación de vulnerabilidad, discriminación histórica, o bien, económicamente débiles.

Un ejemplo claro de lo que son las acciones afirmativas lo podemos encontrar en la llamada cuota de género, una serie de mecanismos dise-

⁷ Arámbula Reyes, A., *Acciones afirmativas*, México, Centro de Documentación, Información y Análisis de la Cámara de Diputados Estado de México, 2008.

ñados para que no exista desigualdad laboral debido a la contratación de un grupo mayor de hombres que de mujeres en los sectores empresariales o gubernamentales.

La obligación del Estado de crear estos mecanismos se encuentra regulada como principio Constitucional. Un ejemplo claro de ello es el artículo 75.23 de la Constitución de la Nación Argentina que señala en su primer párrafo:

ARTÍCULO 75.- Corresponde al Congreso:

23. Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad.⁸

El texto deja clara la obligación de promover la igualdad a través de las acciones positivas dirigidas a los grupos vulnerables y de principal protección Constitucional.

En conclusión, las acciones positivas tienen como objetivo establecer un trato preferencial a los grupos vulnerables a efecto de colocarlos en igualdad de oportunidades en la sociedad.

Por otra parte, un diverso mecanismo encaminado a la protección de las personas con discapacidad son los denominados ajustes razonables.

La Ley General para la Inclusión de las Personas con Discapacidad, en el artículo 2, fracción II define lo que son los ajustes razonables.

Artículo 2. Para los efectos de esta Ley se entenderá por:

II. Ajustes Razonables. Se entenderán las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales;⁹

⁸ Constitución de la Nación Argentina, sancionada del 15 de diciembre de 1994.

⁹ Ley general para la inclusión de personas con discapacidad, publicada en el Diario Oficial de la Federación del 30 de mayo de 2011. Última Reforma publicada el 12 de julio de 2018.

Este mecanismo tiene como principal objetivo adaptar las condiciones necesarias en el entorno social a efecto de que las personas con discapacidad estén en posibilidad de que, sin ningún obstáculo puedan ejercer sus derechos en un plano igualitario.

Es un hecho comprobado que el ejercicio efectivo de los derechos de las personas con discapacidad se haya condicionado por el grado de accesibilidad de los entornos, entendidos en el sentido más amplio posible, donde estos han de verificarse. En función de si un entorno reúne o no condiciones de accesibilidad, un mismo derecho reconocido normativamente, podrá ejercitarse o no por una persona, dependiendo de si esta presenta o no una discapacidad. En el caso de la persona con discapacidad, se requiere, para el disfrute del derecho, que el entorno sea accesible, a guisa de presupuesto determinante; de lo contrario, el derecho y la posibilidad de ejercerlo se verá imposibilitada o mermada en gran medida, quedando la persona en una posición de desigualdad por vulneración los derechos que posee como persona.¹⁰

El eje central de los ajustes razonables es la accesibilidad que tengan las personas con discapacidad en la sociedad a los bienes, servicios, impartición de justicia y todos aquellos elementos que les proporcionen una vida en condiciones de dignidad y no discriminación.

La diferencia que puedo apuntar en función del análisis de las acciones afirmativas y los ajustes razonables, consiste en que las primeras proporcionan un trato preferencial al acceso de ciertos bienes y servicios, en tanto que los ajustes razonables tienen como finalidad la adaptación de condiciones para acceder con facilidad al goce y ejercicio de sus derechos en condiciones de igualdad.

Las coincidencias son evidentes, ambos mecanismos son incluyentes y tienen como principal objetivo nivelar las desigualdades de grupos vulnerables dentro de la sociedad.

¹⁰ Pérez Bueno, Luis C., *In 2003-2012: 10 años de legislación sobre no discriminación de personas con discapacidad en España*, España, Cinca, 2012. Luis Cayo Pérez Bueno es Presidente del Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI) y Presidente de la Fundación Derecho y Discapacidad. Es también Presidente del Consejo Editorial de la revista de análisis jurídico-social *Anales de Derecho y Discapacidad*.

Sin embargo, un elemento limitante de los ajustes razonables, es precisamente el concepto de razonabilidad. El sujeto obligado a generar esas modificaciones y adaptaciones a efecto de que las personas con discapacidad estén en posibilidades de acceder o ejercer sus derechos y su participación en la comunidad plenamente, debe hacerlo siempre y cuando esto no implique una carga desmedida o desproporcionada (irracional).

Es relevante señalar que en nuestras legislaciones encontramos los ajustes razonables, en la Ley Federal del Trabajo y en la Ley de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores al Servicio del Estado.

En efecto, el artículo 499 de la Ley Federal del Trabajo le impone la obligación al patrón de admitir a un trabajador víctima de un riesgo de trabajo en algún otro puesto en donde pueda desarrollar sus actividades de acuerdo con su capacidad laboral residual (aptitudes para el trabajo).¹¹

Ahora bien, la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado, obliga al Titular de la dependencia a readmitir al trabajador en un puesto adecuado a sus capacidades si ha sufrido un riesgo de trabajo.

Cuando el Trabajador pueda dedicarse a otras funciones porque sólo haya disminuido parcialmente su capacidad para el desempeño de su trabajo, las Dependencias y Entidades podrán prever su cambio de actividad temporal, en tanto dure su rehabilitación. Si la pérdida funcional o física, de un órgano o miembro es definitiva, su actividad podrá ser otra de acuerdo con su capacidad.¹²

Sin embargo, estos ajustes razonables no pueden ser una carga para el sujeto obligado.

Los ajustes razonables son aquellas modificaciones y adaptaciones (ajustes) necesarias y adecuadas (razonables) requeridas para garantizar a la persona con discapacidad física, sensorial, mental y/o intelectual el

¹¹ Ley Federal del trabajo, publicada en el Diario Oficial de la Federación del 1 de abril de 1917. Última Reforma publicada el 2 de julio de 2019. Artículo 499.- Si un trabajador víctima de un riesgo no puede desempeñar su trabajo, pero sí algún otro, el patrón estará obligado a proporcionárselo, de conformidad con las disposiciones del contrato colectivo de trabajo.

¹² Ley de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado, publicada en el Diario Oficial de la Federación del 31 de marzo de 2007. Última Reforma publicada el 4 de junio de 2019. Artículo 62 fracción II segundo párrafo.

pleno ejercicio del Derecho al Trabajo en igualdad de condiciones que los demás trabajadores.¹³ Esto no se traduce en un derecho absoluto, sino que deben darse las condiciones adecuadas para ello.

En México, por ejemplo, la otrora 4ª Sala de la Suprema Corte de justicia de la Nación, sostenía que cuando un trabajador sufría un riesgo de trabajo y quedaba en aptitud para ocupar algún otro, el patrón tenía la obligación de admitirlo sólo en caso de que estuviera en posibilidades de hacerlo, es decir, si contaba con el puesto, sin embargo, el patrón no estaba obligado a crearlo solo para ese efecto.¹⁴ Sin embargo, ello también concluyó que no bastaba con que el patrón señalara que no tenía el puesto de trabajo, sino que si realizaba dicha afirmación debía probarlo.¹⁵

En conclusión, este tipo de mecanismos lo que intentan es la protección de los grupos vulnerables a través de la intervención del Estado para colocarlos en un plano de igualdad frente a la sociedad, no obstante, debemos darnos cuenta de que tienen sus limitaciones y tenemos que ir avanzando en ello para no retroceder de nuevo a una desigualdad manifiesta.

5. LOS SISTEMAS DE PENSIONES EN AMÉRICA LATINA

Al desarrollar el presente trabajo, inicié hablando del concepto de seguridad social, el Derecho Social y la justicia distributiva como sus ejes rectores.

Nos referimos también a los grupos vulnerables y las acciones del Estado para equilibrar las desigualdades, como son las *acciones afirmativas* y los *ajustes razonables*.

El orden en el que se presentaron todos estos elementos obedece a analizar si efectivamente el cambio que se está produciendo en los sistemas de pensiones en América Latina considera estas características a efecto de mejorar la seguridad social o a crear un sistema de pensiones

¹³ Vereau, M. J., “ius360.com”, *Ius et verit*, 08 de agosto de 2016, <http://ius360.com/privado/laboral/los-ajustes-razonables-para-las-personas-con-discapacidad-en-el-lugar-de-trabajo/>

¹⁴ Registro: 275309, Semanario Judicial de la Federación, Sexta Época, vol. XL, Quinta Parte XL, p. 38.

¹⁵ Registro: 381025, Semanario Judicial de la Federación, Quinta Época, t. LI, p. 698.

en donde quienes tienen un mayor ingreso, tendrán una mejor pensión y en consecuencia una mejor calidad de vida.

Todos los sistemas de seguridad social se componen de dos factores fundamentales; las aportaciones económicas y los tiempos de espera. Incluso el convenio 102 establece en el artículo 1 inciso f:

1. A los efectos del presente Convenio:

(f) la expresión *período de calificación* significa un período de cotización, un período de empleo, un período de residencia o cualquier combinación de los mismos, según pueda ser prescrito.¹⁶

Sin embargo, al ser una norma mínima, también encontramos en algunas legislaciones, prestaciones de asistencia social. “la Asistencia Social en cuanto a su actividad está fundada en un verdadero y generoso espíritu altruista y para ayudar al necesitado en sus más diversas carencias”.¹⁷

En consecuencia, no se requiere de mayores requisitos, en tanto que la seguridad social impone algunas cargas para poder acceder a ella, como hemos mencionado en líneas anteriores.

Abordar el tema de los diferentes esquemas de pensiones en el presente trabajo sería mucho muy extenso, sin embargo, daremos un breve recorrido por Colombia, Argentina, Chile, Brasil y México, tratando de generar un panorama de similitudes entre todos estos sistemas pensionarios.

Refiriéndonos a la seguridad social como sistema de protección para hacer frente a las contingencias de vida, podemos afirmar que todos ellos protegen de lo principal, los riesgos de trabajo, la invalidez, la cesantía en edad avanzada y la muerte, además de estar interrelacionados con los sistemas de salud, que son las prestaciones en especie adicionales a las prestaciones económicas que se otorgan.

En Colombia, la Ley 100, se refiere a los esquemas de pensiones que contempla un sistema de seguridad social integral, un sistema general de pensiones y un fondo de solidaridad pensional con dos regímenes combinados que son: régimen solidario de prima media con prestación definida y régimen de ahorro individual con solidaridad.

¹⁶ Convenio sobre la seguridad social (norma mínima) 1952.

¹⁷ García, G. C., *Derecho de la Seguridad Social*, 3ª Edición, México, Porrúa, 2014, p. 105.

5.1. Régimen solidario de prima media con prestación definida

Cubre las pensiones de vejez e invalidez y garantiza una amplia cobertura con mecanismos que atienden al principio Constitucional de Solidaridad, cubriendo a todos los sectores.

La dirección, coordinación y control de la seguridad social se encuentran a cargo del Estado, cuenta con un sistema general de pensiones, régimen de solidaridad con prima media con prestaciones definidas y un régimen de ahorro individual con solidaridad.

Existe entonces un fondo de solidaridad pensional que es manejado a través de un fideicomiso o administradoras del sector social solidario y que tiene por objeto subsidiar los aportes al régimen general de pensiones de los grupos más desprotegidos.

Así mismo, se debe cumplir con la afiliación y aportes, se garantiza la pensión mínima y si no se cumplen los requisitos para tener derecho a la pensión se devuelven los fondos aportados por el asegurado. Es importante mencionar que se requiere de 1000 semanas de cotización y 57 años de edad para las mujeres y 62 para los hombres a efecto de tener acceso a la pensión de vejez.

La protección al monto de pensión; el ingreso base de cotización no podrá ser inferior al salario mínimo.

Limite Cotizable. El límite de cotización es de 25 salarios mínimos. Quien perciba más de 25 salarios mínimos, la aportación podrá ser de hasta de 45 salarios mínimos para percibir una pensión de 25.

Los aportes de los afiliados y sus rendimientos constituyen un fondo de naturaleza pública y garantiza el pago de quienes tengan a calidad de pensionado en cada vigencia.¹⁸

Taza de remplazo; por 1000 semanas de cotización se recibe el 65% del ingreso base de cotización, este porcentaje aumenta en relación a cada 50 semanas adicionales de cotización hasta llegar a 1400 semanas

¹⁸ Se señala que de esta manera funcionan los sistemas de reparto, en un fondo común en donde la población económicamente activa formal financia con sus aportes las pensiones de quienes en ese momento gozan del derecho.

con el 85% del ingreso base de liquidación. Lo que representa el tope máximo de ingreso pensional.

Garantía de devolución; las personas que hayan llegado a la edad, pero no tengan el número suficiente de semanas, recibirán en sustitución de la pensión una indemnización que resulte del promedio del salario base de liquidación por el número de semanas laboradas.

Por lo que respecta a la invalidez no profesional, es la disminución orgánica funcional del 50% o más derivada de un accidente o enfermedad general.

La pensión no podrá ser superior al 75% del salario base de liquidación, sin embargo, no podrá ser inferior a la pensión mínima y se pagará a partir de que se produzca tal estado.

La pensión se fija en el 45% más el 1.5% por cada 50 semanas excedentes con posterioridad a las primeras 500, si la afectación es del 50% o más pero menor al 66% y 54% más 2% de dicho ingreso por cada 50 semanas después de las 800, si la afectación es igual o superior al 66%, lo que nos deja ver que se fija de acuerdo con el porcentaje de disminución orgánica funcional.

Así mismo, al fallecer el asegurado, los beneficiarios recibirán el 80% del monto que haya correspondido a la pensión de vejez, resultandos beneficiarios, principalmente la esposa, los hijos menores de Los hijos menores de dieciocho años o los mayores hasta 25 recibirán la pensión de orfandad siempre que se encuentren estudiando.

5.2. Régimen de ahorro individual con solidaridad

Este sistema cubre las mismas prestaciones que el anterior, sin embargo, el sistema es diferente y depende de los aportes que realicen el trabajador y el patrón a la administradora que se elija.

Es un sistema de ahorro con solidaridad en función de que, en primer término, si al cumplir los 57 años las mujeres y 62 años los hombres y aún no han reunido los requisitos para tener derecho a la pensión mínima, si cotizaron 1150 semanas, tienen derecho a que el gobierno les otorgue la parte faltante para adquirir el derecho (pensión garantizada).

Para obtener la pensión de vejez, a cualquier edad, solo se necesita tener en la cuenta individual los fondos suficientes para recibir una pensión mayor al 110% del salario mínimo legal mensual vigente.

La pensión de invalidez se financia con los aportes que realizan el patrón y el trabajador a la cuenta individual y los bonos de pensión. Los aportes voluntarios no formarán parte para su cuantificación a menos que así lo decida el asegurado.

El Estado también garantiza la pensión mínima de invalidez a razón de un salario mínimo mensual legal vigente.

El asegurado que no reúna los requisitos para tener derecho a la pensión de invalidez tendrá derecho a que se le devuelvan sus aportaciones con los rendimientos financieros y los bonos de pensión.

La pensión de sobrevivencia (viudez y orfandad), seguirá las mismas reglas y dependerá del monto de la pensión que hubiera recibido el asegurado con relación a lo ahorrado en su cuenta individual. Los hijos menores de dieciocho años o los mayores hasta 25 recibirán la pensión de orfandad siempre que se encuentren estudiando.

Así mismo garantiza la pensión de sobrevivientes a efecto de que gocen de una pensión mínima igual al 100% del salario mínimo legal mensual vigente.

5.3. Argentina

La Ley 24.241 proporciona a la República Argentina la protección de la seguridad social en cuanto a prestaciones de invalidez vejez y sobrevivencia. Se denomina la Ley Nacional de Jubilaciones y Pensiones.

Funciona en dos esquemas diferentes: el sistema de reparto y el de capitalización individualizada.

Se capitaliza de las aportaciones de los trabajadores y patrones, la aportación no puede ser inferior a 3 veces el valor del módulo previsional (mopre), las aportaciones voluntarias y los trabajadores independientes tienen un límite de aportación de hasta 75 veces el (mopre).¹⁹

¹⁹ Exposición de motivos del Decreto 833/97, modificación al artículo 21 de la Ley 24.241 Que la modalidad introducida por la Ley N° 24.463 de “Solidaridad Previsional” que sujeta a la Ley de Presupuesto la movilidad de los beneficios otorgados y la necesidad de mantener la equidad y transparencia del sistema, evitando que los indicadores de recaudación influyan en los mecanismos de movilidad previstos por la citada Ley N° 24.241, obliga a un replanteo que permita su cálculo acorde

Los aportes al sistema de seguridad social los realizan los trabajadores y empleadores, y se capitaliza además de la recaudación de impuestos, multas, recargos, entre otros ingresos del Estado.

El régimen de reparto asistido obedece a un principio de solidaridad y para la Prestación básica universal los requisitos son tener 65 años los hombres y 60 años de edad las mujeres, más 30 años de servicio para ambos.

Se pueden compensar los años de edad por los años de servicio, por cada dos años excedentes de edad es uno de servicios faltante.

Así mismo, gozan de una prestación compensatoria y una prestación por edad avanzada, 70 años cumplidos y 10 años de servicio, y se paga en un monto igual al 70% del importe de la pensión Básica universal.²⁰

a) Sistema de capitalización:

Tendrán derecho a la jubilación ordinaria los trabajadores con 65 años y las mujeres con 60 años de edad.

Tendrán derecho a la pensión de invalidez quien presente un 66% de disminución orgánico funcional.

El sistema de capitalización se compone de los aportes, imposiciones voluntarias y depósitos convenidos.

Se calculan las prestaciones con un límite no inferior al 70 % de la base jubilatoria promedio mensual de las remuneraciones aportadas durante los cinco años anteriores a la fecha de solicitud de la prestación, ni tres veces el importe de la máxima prestación básica universal.

con las posibilidades presupuestarias. Sistema integrado de jubilaciones y pensiones. Artículo 1°- Sustitúyase el artículo 21 de la Ley N° 24.241, modificado por la Ley N° 24.347, por el siguiente texto: "Artículo 21.- modulo previsional - el módulo previsional (MOPRE) se considerará como unidad de referencia para establecer la movilidad de las prestaciones del Régimen de Reparto y el valor de la renta presunta de los trabajadores autónomos. Su valor será fijado anualmente por la autoridad de aplicación de acuerdo con las posibilidades emergentes del Presupuesto general de la administración nacional para cada ejercicio".

²⁰ Ley N° 24.463. Artículo 3. La Ley de Presupuesto determinará el importe mínimo y máximo de las prestaciones a cargo del régimen previsional público.

Para la prestación compensatoria su límite es una vez el AMPO²¹ por año de servicios con aportes computados.

Cubre las contingencias de invalidez y fallecimiento, las que se calculan de la misma manera, sin embargo, los beneficiarios reciben, la viuda si no existen hijos el 70%, la viuda y los hijos, el 50% y 20% para cada uno de los hijos respectivamente o la proporción dependiendo del número de hijos.

El sistema tiene tres opciones de pago:

- Renta vitalicia previsional.
- Retiros programados
- Rentas fraccionarias.

De igual forma es importante mencionar que el Estado garantiza las prestaciones de este régimen.

5.4. Chile

Chile, por su parte, cuenta con protección de invalidez, vejez y fallecimiento siendo su principal esquema de pensiones el de capitalización individual derivada de la Ley 3.500 de 1980. También se basa en un sistema de pensiones solidarias.

Tienen derecho a la pensión de vejez aquellos que cumplan 60 años de edad las mujeres y 65 años de edad los hombres que no tengan derecho al régimen previsional pertenecientes a grupos familiares en estado de pobreza.

Las pensiones se incrementan conforme al índice nacional de precios al consumidor.

De igual forma, las pensiones de vejez invalidez y fallecimiento se financiarán de los fondos acumulados en las cuentas individuales. Para la pensión de vejez es necesario cumplir 65 años los hombres y 60 años de edad las mujeres.

²¹ Máximo AMPO \$84,459.47 PENSIONES \$11,528.44, \$5,446.47, \$9,222.75. El peso argentino respecto del peso mexicano en el 2019 a tipo de cambio de \$1.00 peso argentino equivale a \$0.35 pesos mexicanos.

La pensión de invalidez exige que el asegurado presente una disminución orgánica funcional de dos tercios, lo que resulta en un 66%.

Los montos de las pensiones se determinan de acuerdo al importe que se contenga en las cuentas individuales y los bonos pensionarios.

El fallecimiento protege a la viuda y los huérfanos de acuerdo a los importes establecidos en la ley que van del 60% al 15% dependiendo del número de hijos.

El estado ha plasmado la Garantía respecto de las pensiones en la diversa Ley 20.255, estableciendo las pensiones mínimas garantizadas y los requisitos para tener derecho a ellas.

5.5. Brasil

Durante el gobierno de Lula Da Silva, en el año 2000, se aprueba el “Fondo de Combate a la Pobreza”, propio de los incrementos financieros de un incremento del 5% sobre productos industriales y donaciones. Con estos recursos el Gobierno inició un conjunto de programas de transferencia en efectivo a las familias pobres, estos programas agregados en uno solo la Bolsa Familia, constituyeron la andera política del Gobierno de Lula.²²

Ha sido uno de los más interesantes sistemas de reparto que ha cumplido con todos los elementos de la seguridad social que hemos tratado en el presente trabajo.

No obstante, el actual presidente Jair Bolsonaro, ha presentado una iniciativa de reforma a la Ley de Seguridad Social que integra una edad mínima para pensionarse y apoya en gran medida el sistema de capitalización.

La propuesta de Bolsonaro consiste en establecer la edad de 60 años de edad para las mujeres y 15 años de servicio y 65 para los hombres y 20 años de servicio. Pretende con ello recuperar la economía del gobierno brasileño para invertir en sectores clave. Señala que el sistema actual de pensiones es insostenible.

²² Raquel, A. P., en *Biblioteca Jurídica Virtual*, 2012, *Biblojuridica.org*

Aún no sabemos que vaya a pasar con la seguridad social en Brasil, ya que por tratarse de un aspecto de seguridad social se tienen que revisar más de 500 enmiendas al texto básico. Sin embargo, habremos de estar atentos al estudio de la reforma y conocer si efectivamente cumple con los objetivos de protección a los grupos vulnerables y si va a ser viable para lograr las finalidades económicas que pretende el actual Presidente de Brasil.

5.6. México

En México, la seguridad social ha sufrido transformaciones significativas, teniendo dos leyes federales de seguridad social, la ley del Seguro Social y la Ley de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado.

Estas dos leyes, nacieron con los sistemas de reparto, en la actualidad subsisten combinados.

Aún existen trabajadores que pertenecen al régimen de la Ley del Seguro Social de 1973, y las nuevas generaciones de trabajadores a partir de 1997, se encuentran en el nuevo esquema de capitalización individual.

Pasa lo mismo con la reforma del 2007 a la Ley de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado.

Ambas leyes cubren principalmente las contingencias en cuanto a riesgos de trabajo, enfermedades y maternidad, invalidez, vejez, cesantía en edad avanzada y muerte.

Es de destacarse que anteriormente, las pensiones se pagaban con las cotizaciones realizadas por el Estado, el patrón y los trabajadores. Se requería de tiempos mínimos de espera y se calculaba con el salario base de cotización.

Por ejemplo, para obtener una pensión por vejez se requería de 500 cotizaciones semanales y 65 años de edad; pensión que se pagaba al 100% del salario base de cotización.

Para la pensión de invalidez se necesitaban 500 cotizaciones semanales, y que el asegurado no se pudiera procurar mediante un trabajo igual una remuneración superior al 50% de la habitual percibida durante el último año de trabajo. Pensión que se pagaba al 60% del salario base de cotización.

La viuda de un asegurado recibía el 90% de la pensión que le correspondería al asegurado por vejez, o en caso de estar pensionado el 90% de la pensión percibida en caso de no haber descendencia. En caso de existir, los huérfanos recibirán el 20% de pensión, prorrateada la cantidad entre la viuda y los hijos hasta lograr el monto del 90% señalado.

Actualmente, se requiere para la pensión de vejez, tener 1250 semanas de cotización y 65 años de edad. Adicionalmente, tener en la cuenta individual los fondos suficientes para contratar con la aseguradora la renta vitalicia más el seguro de sobrevivencia.

Para tener derecho a la pensión de invalidez se requiere que el asegurado este imposibilitado para procurarse mediante un trabajo igual, una remuneración superior al 50% de la habitual percibida durante el último año de trabajo y que tenga reconocidas ante el Instituto un mínimo de 250 semanas de cotización, si la valuación es superior al 75% de disminución orgánico funcional, solo se requieren 150 cotizaciones semanales.

Todas estas pensiones se financian con los recursos de la cuenta individual, sin embargo, en caso de no tener los fondos suficientes, el Gobierno garantizará la pensión a razón de un salario mínimo mensual Vigente.

Los recursos se denominan monto constitutivo, este es el importe suficiente para contratar con la aseguradora la renta vitalicia y el seguro de sobrevivencia.

Existe también la suma asegurada, que es el importe que resulta de restar del monto constitutivo los recursos de la cuenta individual del asegurado.

Esta diferencia existente la garantiza el gobierno para que pueda contratar la renta vitalicia y el seguro de sobrevivencia a razón de un salario mínimo mensual vigente.²³

Después de haber expuesto de manera muy breve algunas características de los sistemas de seguridad social en Latinoamérica, podemos ver que se va perdiendo de alguna forma ese sentido de solidaridad que dio origen a estos mecanismos de protección sobre la base de un esquema de protección comunitaria entre los miembros de una sociedad.

²³ Ley del Seguro Social, publicada en el Diario Oficial de la Federación del 21 de diciembre de 1995. Última Reforma publicada el 02 de julio de 2019. Artículo 170.

Una de las teorías del riesgo social consiste en hacer frente a las contingencias con los recursos de toda una colectividad para evitar insolvencia y contar con una mayor capacidad de respuesta en favor de los trabajadores y sus beneficiarios, haciendo referencia a la presencia de la justicia social que esto implica.

Con esta teoría se pretende la cobertura de los trabajadores de una manera global en donde también queden cubiertas las contingencias tales como las enfermedades no profesionales, el desempleo, la maternidad, la vejez e incluso la muerte, accidentes y enfermedades profesionales, y distribuye la responsabilidad para hacer frente a estos eventos con los recursos de la sociedad organizada para ello.²⁴

Lo que podemos visualizar es como cada uno de nosotros debemos ahorrar lo suficiente a efecto de contar en la vejez con una pensión digna, para hacer frente a las condiciones propias de la edad, como las enfermedades, tratamientos, medicamentos, y además los elementos de condición óptima para vivir bien, con recreaciones, alimentos, acceso al deporte, etc., estando el gobierno presente únicamente para garantizar el mínimo vital cuando más necesitamos de los recursos, por lo menos en un monto igual al salario percibido como trabajador activo, sin embargo nos damos cuenta de que en todos los esquemas de pensión la tasa de remplazo del ingreso laboral al ingreso pensionario varía del 100% a entre un 65% a un 85% mensual, lo que disminuye nuestro poder adquisitivo, que merma aún más si las condiciones económicas del país no son del todo óptimas.

6. CONDICIONES QUE INFLUYEN EN LOS CAMBIOS DE LAS LEYES DE SEGURIDAD SOCIAL

Las condiciones económicas de los países, el desempleo, la falta de oportunidades, el crecimiento económico, son factores que influyen en la modificación de los sistemas de seguridad social.

Esto obliga a que la seguridad social óptima dependa, como lo hemos señalado en algunas legislaciones del presente trabajo, del presupuesto de egresos para estos programas.

²⁴ Ruiz Moreno, A., *Nuevo Derecho de la Seguridad Social*, 13ª Edición, México, Porrúa, 2008.

El presupuesto para la seguridad social en México para el 2019, fue de \$3,956,976,358 mdp.²⁵

Se hace cada vez más difícil sin una economía óptima, soportar las cantidades referidas solo para uno de los rubros que debe cubrir el Gobierno Federal.

Es por ello que no me atrevo a hablar de una regresión en los sistemas de seguridad social, si tomamos en consideración las condiciones económicas del país.

En la sentencia n.º 509/2002, se afirmó que la prohibición del retroceso social sólo podría funcionar en casos-límite, de forma que se respetase el principio de la alternancia democrática y la posibilidad de revisión de las opciones legislativas. Tales casos-límite se corresponderían con el núcleo esencial de los derechos sociales, así como con el mínimo necesario para una existencia digna. Fuera de esos casos-límite, y respetados los demás principios constitucionales, el legislador podría, en principio, revisar libremente las opciones en materia de derechos sociales.

Por otro lado, el pleno cumplimiento del programa constitucional de los derechos sociales depende “esencialmente de factores financieros y materiales que, en gran medida, el Estado no domina”.²⁶ Así, la materialización legislativa de los derechos sociales la lleva a cabo el legislador en función de los recursos disponibles en cada momento histórico. “De este modo, la idea de la preservación del ‘núcleo esencial’ no se puede confundir con la idea de un principio de ‘prohibición del retroceso social’, cuyo concepto, en estado puro, es impracticable, ya que presupondría la idea de que los recursos disponibles irían siempre en aumento en el futuro”²⁷.

En este contexto, no es posible calificar de retroceso social la modificación de los sistemas pensionarios, para reducir cargas al Gobierno,

²⁵ vid. Presupuesto de Egresos de la Federación para el Ejercicio Fiscal 2019. Ramo 19.

²⁶ Reis Novais, Jorge, *As Restrições aos Direitos Fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, Coimbra, 2003, p. 147. Cit. Gil, M. J., “Prestaciones Sociales y Ciudadanía”, *XVIII Conferencia Trilateral de los Tribunales de España, Italia y Portugal*, Portugal, Lisboa, Tribunal Constitucional de Portugal, 2016, p. 42.

²⁷ *Ibidem*, p. 243.

cuando estos derechos dependen mucho de las condiciones económicas y de diversos factores que influyen en el crecimiento de un país.

La carencia de empleos o el empleo informal, el incumplimiento por parte de los patrones de inscribir a los trabajadores en el régimen de seguridad social, el poco crecimiento económico, son factores determinantes para contar con una adecuada seguridad social.

En Colombia para el mes de julio de 2019, la tasa de desempleo fue 10,7%, lo que representó un aumento de 1,0 puntos porcentuales respecto a julio de 2018 (9,7%). La tasa de ocupación se ubicó en 56,2%, lo que significó una disminución de 1,2 puntos porcentuales respecto al mismo mes de 2018 (57.4%). Finalmente, la tasa global de participación se ubicó en 63.0%, en el mismo mes del año anterior esta tasa fue 63.6%.

En julio de 2019, la tasa de desempleo en el total de las 13 ciudades y áreas metropolitanas fue 10.3%, la tasa global de participación 66.4% y la tasa de ocupación 59.5%. Para el mismo mes de 2018, estas tasas se ubicaron en 10.1%, 67.1% y 60.3%, respectivamente.

La tasa de desempleo nacional del trimestre móvil mayo-julio 2019 fue 10.2%, lo que significó un aumento de 0.7 puntos porcentuales frente al trimestre móvil mayo-julio 2018 (9.5%). La tasa global de participación fue 63.2%, lo que representó una disminución de 0,8 puntos porcentuales respecto al mismo trimestre móvil del 2018 (64.0%). Finalmente, la tasa de ocupación se ubicó en 56.7%, lo que significó una disminución de 1.2 puntos porcentuales frente al mismo trimestre móvil del 2018 (57.9%).

7. OCUPACIÓN CON SEGURIDAD SOCIAL

El 91.2% de los ocupados en las 13 ciudades y áreas metropolitanas en el período abril-junio 2019 reportaron estar afiliados a seguridad social en salud, lo que significó una disminución de 1.5 puntos porcentuales frente al mismo periodo del año anterior (92.7%). En cuanto a pensiones, la proporción de ocupados cotizantes fue 50.3% para el trimestre abril-junio 2019. Para el trimestre abril-junio 2018 esta proporción fue 50.4%.

Informalidad por sexo: en el trimestre abril-junio de 2019, en las 13 ciudades y áreas metropolitanas, la proporción de hombres ocupados que

eran informales fue de 44.9%, mientras que esta proporción para las mujeres fue de 49.1%. En el mismo periodo del año anterior, la proporción de ocupados informales para hombres y mujeres fue 45.7% y 49.1%, respectivamente.²⁸

De acuerdo con las investigaciones económicas del banco Bancolombia,²⁹ el PIB de Colombia se expandiría apenas un 2.9%, un 0.3 pps menos que el pronóstico de abril. Esto se daría porque el crecimiento del país sería del 3.1% para este segundo semestre, mientras que en el primero fue de 2.7%. El PIB de Colombia para el año pasado fue de 2.6%.³⁰

En Argentina, sólo el 44.1% de la población económicamente tiene un empleo pleno de derechos según los datos de la Encuesta de la Deuda Social Argentina de la UCA, correspondientes al tercer trimestre de 2018. La mayoría, en cambio, se reparte en otras tres categorías. El 27.2% cuenta con un empleo precario, es decir, regular y con niveles de ingresos superiores a los de subsistencia, pero sin afiliación alguna al sistema de seguridad social; el 18.6% está sometida a un subempleo inestable, realizando *changas*³¹ o trabajos temporarios o no remunerados o siendo beneficiarios de programas de empleo con contraprestación. Por último, el 9.9% de la población está desocupada.

Según muestra el informe “Heterogeneidad y fragmentación del mercado de Trabajo (2010-2018)” elaborado por el observatorio de la UCA, la proporción de subempleos inestables creció de 9.7 a 18.6% en los ocho años que abarca el periodo estudiado. Esta suba compensó la baja en la desocupación y en el empleo precario (en 1.5 y 7.9 puntos porcentuales, respectivamente), ya que el empleo pleno sólo aumentó 0.3% en el mismo periodo (de 43.8% en 2010 a 44.1 en 2018).³²

²⁸ vid. Departamento Administrativo Nacional de Estadística Colombia 2019, <https://www.dane.gov.co/>

²⁹ Ganador en la segunda edición de los Premios AIE (Áreas de Investigaciones Económicas), que entregaron la Bolsa de Valores de Colombia (BVC) y el diario económico Portafolio en octubre de 2015

³⁰ Estudio sistemático y detallado de los principales factores que determinan el rumbo de la economía colombiana y global, y el comportamiento de los mercados financieros.

³¹ Es el término coloquial para trabajo informal usado en Argentina.

³² Encuesta de la Deuda Social Argentina de la (UCA) Pontificia Universidad católica Argentina, Observatorio de la deuda social Argentina.

En México, para el trimestre abril- junio 2019, la población desocupada fue de 2 millones de personas.

Con datos ajustados por estacionalidad, la TD fue de 3.5% de la PEA, misma tasa que la del trimestre inmediato anterior.

La población sub-ocupada (referida al porcentaje de la población ocupada que tiene la necesidad y disponibilidad de ofertar más tiempo de trabajo de lo que su ocupación actual le demanda) alcanzó 4.2 millones de personas.

Con cifras desestacionalizadas, la tasa de subocupación se incrementó 0.6 puntos porcentuales durante el periodo abril-junio de 2019 frente al trimestre que le antecede.

La población ocupada en el sector informal agrupa a todas las modalidades del sector informal, trabajo doméstico remunerado de los hogares, trabajo agropecuario no protegido y trabajadores subordinados que, aunque trabajan en unidades económicas formales, lo hacen en modalidades fuera de la seguridad social, el cual asciende a 30.9 millones de personas.

Mientras que la población ocupada en el sector informal se refiere a la población ocupada en unidades económicas no agropecuarias operadas sin registros contables y que funcionan a partir de los recursos del hogar o de la persona que encabeza la actividad sin que se constituya como empresa, alcanzó un total de 15.3 millones de personas en el trimestre de referencia.³³

De acuerdo con lo señalado por el Fondo Monetario Internacional, México tendrá un crecimiento económico del 0.9% en 2019.

Los ejemplos estadísticos señalados, nos muestran que si queremos tener un mejor sistema de seguridad social y que cumpla con sus objetivos, lo primero que debemos combatir es la pobreza, impulsar la generación de empleos y construir las condiciones óptimas para la inversión, combatir la violencia y la delincuencia y dirigir los esfuerzos como país hacia mejores inversiones en sectores estratégicos.

³³ vid. Estadística de Empleo y Ocupación, Instituto Nacional de Estadística y Geografía INEGI, <https://www.inegi.org.mx/temas/empleo/>

Si seguimos como hasta ahora, buscando remedios que solo demuestran nuestra incapacidad para erradicar la delincuencia, cuando en lugar de adicionar artículos en donde se considere un riesgo de trabajo una persona desaparecida no deberíamos detener esos males sociales,³⁴ no podremos avanzar hacia un futuro próspero y seguiremos en vías de deteriorar cada vez más la seguridad social por la que tanto se ha luchado.

8. BIBLIOHEMEROGRAFÍA

Bibliografía

- Arámbula Reyes, A., *Acciones afirmativas*, México: Centro de Documentación, Información y Análisis de la Cámara de Diputados Estado de México, 2008.
- García, G. C., *Derecho de la Seguridad Social*, 3ª Edición, México, Porrúa, 2014.
- Gil, M. J., *XVIII Conferencia Trilateral de los Tribunales de España, Italia y Portugal*, Portugal, Lisboa, Tribunal Constitucional de Portugal, 2016.
- Gustavo, C. G., *Derecho de la Seguridad Social*, 3ª Edición, México, Porrúa, 2014.
- Pérez Bueno, Luis C., *In 2003-2012: 10 años de legislación sobre no discriminación de personas con discapacidad en España*, España, Cinca, 2012.
- Rawls, J., *Teoría de la Justicia*, Traducido por González, M. D., Cambridge, Mass, The Belknap Press of Harvard University Press, 1971.
- Ruiz Moreno, A., *Nuevo Derecho de la Seguridad Social*, 13ª Edición, México, Porrúa, 2008.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género*. México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2015.

³⁴ El 22 de junio de 2018, se publicó en el Diario Oficial de la Federación, el Decreto por el que se expide la Ley federal de declaración especial de ausencia para personas desaparecidas y se modifican las leyes de seguridad social, por ejemplo en la Ley del Seguro Social se adiciona el artículo 109 Bis que señala que cuando el trabajador tenga la calidad de persona desaparecida y cuente con Declaración Especial de Ausencia, en términos de la legislación especial en la materia, los beneficiarios conservarán el derecho a recibir la asistencia médica y de maternidad, quirúrgica, farmacéutica y hospitalaria que sea necesaria.

Documentos publicados en Internet

Departamento Administrativo Nacional de Estadística Colombia 2019, <https://www.dane.gov.co/>

Estadística de Empleo y Ocupación, Instituto Nacional de Estadística y Geografía INEGI, <https://www.inegi.org.mx/temas/empleo/>

Raquel, A. P., en *Biblioteca Jurídica Virtual*, 2012, *Biblojuridica.org*

Vereau, M. J., “ius360.com”, en *Ius et verit*, 08 de agosto de 2016, <http://ius360.com/privado/laboral/los-ajustes-razonables-para-las-personas-con-discapacidad-en-el-lugar-de-trabajo/>

Legislación

Constitución de la Nación Argentina, sancionada del 15 de diciembre de 1994.

Ley de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado, publicada en el Diario Oficial de la Federación del 31 de marzo de 2007.

Ley del Seguro Social, publicada en el Diario Oficial de la Federación del 21 de diciembre de 1995. Última Reforma publicada el 02 de julio de 2019.

Ley federal de declaración especial de ausencia para personas desaparecidas, publicada en el Diario Oficial de la Federación del 22 de junio de 2018.

Ley Federal del trabajo, publicada en el Diario Oficial de la Federación del 1 de abril de 1917. Última Reforma publicada el 2 de julio de 2019.

Ley general para la inclusión de personas con discapacidad, publicada en el Diario Oficial de la Federación del 30 de mayo de 2011. Última Reforma publicada el 12 de julio de 2018.

Presupuesto de Egresos de la Federación para el Ejercicio Fiscal 2019. Ramo 19.

Tratados y convenios internacionales

Convenio sobre la seguridad social (norma mínima) 1952.

Declaración de Filadelfia, 10 de mayo de 1944.

Declaración Universal de los Derechos Humanos, 1948.

Jurisprudencia

Registro: 275309, Semanario Judicial de la Federación, Sexta Época, Volumen XL, Quinta Parte XL, p. 38.

Registro: 381025, Semanario Judicial de la Federación, Quinta Época, Tomo LI, p. 698.

Otros documentos

Encuesta de la Deuda Social Argentina de la UCA, correspondientes al tercer trimestre de 2018.

Informe de Heterogeneidad y fragmentación del mercado de Trabajo, 2010-2018.

Programa de trabajo de la Comisión de Atención a Grupos Vulnerables, Senado de la República, septiembre de 2013.

DIFICULTADES Y DESAFÍOS DEL RÉGIMEN DE PENSIÓN ARGENTINO

Difficulties and Challenges of the Argentine Pension Regime

Recepción: 16/08/2018

Aceptado para su publicación: 30/09/2018

JOSÉ ANTONIO TORRES BRIZUELA*

RESUMEN: Atender las dificultades y los desafíos sobre pensiones y jubilaciones en la sociedad argentina es necesario para enfrentar las desigualdades económicas y políticas. Saber cuál es el sistema previsional óptimo que rija en Argentina no es fácil. La falta de transparencia en el sistema estatal argentino provocó la creación de un nuevo sistema desplazando al sistema de reparto. Se anuncia, por tanto, que este nuevo sistema basado en el sistema previsional chileno llegó a Argentina como una nueva forma de capitalización privada dejando a un lado el papel del Estado y sobrevalorando el del mercado sin pensar en los riesgos que este produciría. Se verá que mediante la legislación reformada se unifica el sistema de jubilaciones y pensiones en un único régimen denominado Sistema Integrado Previsional Argentino (SIPA). Se analiza el sistema de reparto y el sistema de capitalización esclareciendo los términos “reparto” y “capitalización”, mencionando además sus características y las tres acepciones adoptadas. Se exponen las posturas encontradas sobre la Reforma del Sistema Previsional Argentino; su acuerdo con el Fondo Monetario Internacional (FMI) y, por último, el proyecto de Reforma Previsional aprobada por el Congreso. Se concluye que el mayor desafío que deberá afrontar la próxima gestión de gobierno será el generar una reforma previsional consensuada e íntegra que tienda a ser universal, pública, sustentable y de reparto, evidenciando que toda decisión política-económica influye en el sector público y privado y en sectores activos y pasivos.

PALABRAS CLAVE: sistema previsional, sistema de reparto, jubilación, pensión.

ABSTRACT: It is necessary to address the difficulties and challenges regarding pensions and retirement in Argentine society to face economic and political inequalities. It is not easy to know which is the optimal social security system in Argentina. The lack of transparency in the Argentine state system created a new mechanism that displaced the pay-as-you-go system. Therefore, it was announced that this new structure based on the Chilean pension system came to Argentina as a new form of private capitalization, leaving aside the role of the State and overvaluing the one that relates to the market, without thinking about the risks that it entails. It is

* Universidad de Rosario.

mentioned that through the reformed legislation, the retirement and pension system will be unified into a single regime called the Argentine Integrated Social Security System (SIPA). The distribution and capitalization systems are analyzed, clarifying the terms “distribution” and “capitalization”, also mentioning their characteristics and the three meanings adopted. This text presents the postures of the Reform of the Argentine Social Security System, as well the agreements with the International Monetary Fund (IMF), and finally, the Social Security Reform project approved by the Congress. It is concluded that the greatest challenge that the next administration will have to face will be to generate a consensual and integrated pension reform that tends to be universal, public, sustainable and distributive, showing that every political-economic decision exerts influence on public and private circles as well as in active and passive sectors.

KEY WORDS: pension system, distribution system, retirement, pension.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. SISTEMA PREVISIONAL ARGENTINO. 3. CARACTERÍSTICAS GENERALES DEL SISTEMA DE REPARTO Y CAPITALIZACIÓN. 4. POSTURAS ENCONTRADAS SOBRE LA REFORMA DEL SISTEMA PREVISIONAL ARGENTINO. 5. POSIBLE INFLUENCIA DEL FMI EN LA FUTURA REFORMA PREVISIONAL ARGENTINA. 6. PROYECTO DE REFORMA PREVISIONAL APROBADA POR EL CONGRESO. 7. POSTERGACIÓN DEL DEBATE DE LA REFORMA PREVISIONAL. 8. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS. 9. BIBLIOHEMEROGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

1.1. Breve reseña histórica

Para comenzar el presente trabajo sobre el desarrollo del Sistema Previsional Argentino, es necesario destacar que en julio del año 1994 se deja el sistema de reparto, el cual se encontraba en una profunda crisis, a un nuevo sistema (obligatorio y mixto), que combina prestaciones de capitalización y de reparto que son brindadas por entes públicos y privados. Dicho remplazo, impactó en toda la sociedad argentina. Es decir, se pasa del sistema previsional estatal por otro mixto, con características novedosas, en el que interviene tanto el sector privado como estatal en la administración de los fondos previsionales. Dicha evolución para unos o involución para otros, provocó modificaciones en la conducta de la población, que tuvo consecuencias culturales de peso, tal como ha ocurrido en otros países que adoptaron formas de capitalización privada. Sin embargo, en un período relativamente breve, las debilidades y la falsa creencia de la superioridad del sistema capitalización privada salieron a la luz.

Haciendo un poco de historia, podemos señalar que las promesas del nuevo sistema llegaban especialmente de la doctrina promovida por el Banco Mundial, donde ponía en relieve el resultado positivo del sistema previsional chileno, que en ese entonces tenían proyecciones optimistas. El nuevo sistema reemplazaba al Estado con el mercado, y es preciso recordar cómo se indicó *ut supra*, que la imagen del Estado estaba muy devaluada y la desconfianza era generalizada. La *solidaridad intergeneracional* propia del sistema de reparto era reemplazada por un sistema de propiedad privada individual del ahorro previsional. Los aportes de cada contribuyente, en el sistema privado, ingresaban al sistema financiero para capitalizarse y eran devueltos al trabajador al momento de jubilarse, pasara lo que pasara con las cuentas del Estado. El nivel de pensión quedaba determinado por el capital acumulado durante su vida activa. La falta de transparencia del sistema estatal en cuanto al monto de las jubilaciones a recibir era reemplazada por una “seguridad individual no mediada por la política”. Nadie pagaría con sus contribuciones los beneficios de quien no realizó los años correspondientes de aportes, es decir, desaparecerían las responsabilidades sociales, y las inequidades de los beneficios no se fundamentarían en criterios políticos, sino en la realidad de la contribución realizada. Parecía un sistema óptimo para quienes confiaban en el mercado y no en el Estado.

El marketing pro AFJP, la idea de eficiencia ante un mercado diverso donde el contribuyente podía elegir, la condición de contribuyente cautivo una vez que se ingresaba al sistema privado, esto hasta el año 2007; la afiliación compulsiva al sistema privado de los nuevos trabajadores que no manifestaban una elección explícita, y hasta la obligatoriedad de una contribución menor en el sistema privado que en el estatal, abultó las afiliaciones de las AFJP a pesar de que el sistema fuera de carácter mixto. Ahora bien, lo que no se promovía tanto era lo que implicaba el costo de transición del sistema. El Estado debía responder por los actuales jubilados, es decir que mantenía la misma carga fiscal previa a la reforma, pero ahora sin contar con los fondos de las contribuciones. Irónicamente, ese mercado de capitales se convirtió en una fuente para el endeudamiento con que el Estado cubría el déficit que la reforma le generaba. Por otra parte, la capitalización en el sistema financiero no consistía en la panacea prometida. Para tratarse de compromisos de tan largo plazo, un ahorro en el sistema financiero conllevaba el riesgo de no solo incrementar el fondo, sino de incluso perderlo. La impredecibilidad de las prestaciones futuras dependía del momento

exacto en que el contribuyente se jubilara, pudiendo existir resultados diversos de uno a otro año. Con los años, las AFJP comenzaron a manifestar sus riesgos y limitaciones. En definitiva, el sistema privado no solucionó ninguno de los problemas que justificaron su implementación en 1994. En diez años ya las AFJP mostraban su fracaso: fracaso como sistema de seguridad social y fracaso como solución fiscal ¿Quién si no el Estado debería cubrir los déficits previsionales futuros de las AFJP? ¿Quién se haría cargo de quienes no pudieron contar con una historia laboral óptima, o bien no tuvieron suerte con su cuenta de capitalización? La crisis financiera que azota al mundo, hizo oportuno realizar un nuevo replanteo, sobre cuál era el sistema previsional más óptimo que debían seguir los argentinos.

Por mucho que el Estado hubiese derivado al mercado el sistema previsional, era incapaz de desligarse de su rol como garante de la Seguridad Social. Con la sanción de la Ley 26.425/08 en diciembre del año 2008, se unifica el sistema de jubilaciones y pensiones en un único régimen denominado Sistema Integrado Previsional Argentino (SIPA), hasta la fecha vigente. Dicha ley dispuso la transferencia al ANSES de los depósitos que se encontraban en las cuentas de capitalización de los afiliados y beneficiarios. Con el retorno al régimen de reparto, se amplía el número y tipos de beneficiarios, basándose en el principio de la solidaridad y financiación a través de la lógica del sistema de reparto, entre otros.

En el año 2016 se sanciona la Ley N° 27.260 Programa Nacional de Reparación Histórica para Jubilados y Pensionados, con el objetivo de implementar acuerdos para el reajuste de haberes y cancelación de deudas previsionales con aquellos beneficiarios que reúnan ciertos requisitos. La Ley dispone asimismo la creación del Consejo de Sustentabilidad Previsional, quien tenía como objetivo de que, en un término de tres años a partir de su sanción, elaborara un proyecto de régimen previsional, universal, integral, solidario, público, sustentable y de reparto, previéndose una nueva reforma al sistema previsional, este punto se desarrollará más adelante en el presente trabajo.

La historia del Sistema Previsional Argentino demuestra que las decisiones político-económicas influyen en el avance o retroceso de los derechos del sector pasivo.

Por último, es importante tener presente que el régimen a aplicar es fundamental, porque no es lo mismo un sistema de Reparto Público,

como el que existió tradicionalmente en la Argentina (solidario por su naturaleza) al Régimen de capitalización privada, marcado por un profundo individualismo y falta de compromiso social intergeneracional.

2. SISTEMA PREVISIONAL ARGENTINO

El sistema previsional argentino es un sistema de reparto asistido, con financiamiento tripartito (Aportes-Contribuciones e impuestos), con una cláusula de movilidad que significa un promedio entre el aumento de salarios y el aumento de la recaudación, y un sistema de capitalización colectiva como fondo de garantía y sustentabilidad del sistema.

La naturaleza jurídica de la jubilación es ser sustitutiva del salario. Y como el sistema de reparto significa un pacto solidario intergeneracional, por el cual los empresarios y trabajadores de un país, aportan para pagar las jubilaciones de sus padres, en el entendimiento de que luego cuando ellos se jubilen, sus hijos financiarán su vejez, está más que claro que el aumento del salario es el que debe regular los aumentos de los aportes y las contribuciones.

Por ello es doctrinariamente correcto que la fórmula de movilidad recoja los incrementos del salario, pero también el aumento de la recaudación previsional, en cuanto el financiamiento tripartito mencionado.

También es importante resaltar que la Movilidad jubilatoria, es un derecho consagrado en la Constitución Nacional en su art. 14 bis.

A su vez, lo que debe tenerse en cuenta es que el Estatuto del jubilado es la ley vigente al cese. Es decir que cuando cesa la relación laboral, y el trabajador accede a la jubilación, nacen en su cabeza un conjunto de derechos y acciones, una de ellas la movilidad, que constituyen derechos adquiridos.

3. CARACTERÍSTICAS GENERALES DEL SISTEMA DE REPARTO Y CAPITALIZACIÓN

Muchas veces se oscurecen los términos y se identifican *reparto* con *estatal* y *capitalización* con *privado*. El siguiente cuadro muestra las relaciones posibles entre esos pares de conceptos, ilustrándolas con ejemplos concretos.

ADMINISTRADOR	REPARTO	CAPITALIZACION
ESTADO	La Argentina desde la ley 18.037/68 hasta julio de 1994.	La Argentina desde la ley 3.449/04 hasta 1968.
SECTOR PRIVADO	Empresas francesas.	Chile, desde 1980.

Fuente: elaboración propia.

El cuadro solo señala tipos extremos. Los casos mixtos son lo más habituales, como el sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones que la ley 24.241 ha puesto en vigor en nuestro país.

3.1. Características generales del Sistema de Reparto.

La palabra *reparto* tiene algunos significados que provocan, en ocasiones, malentendidos, en particular, se desea destacar tres acepciones, para hallar acuerdo en los términos y usar solo los relevantes en la reforma previsional argentina.

a) Reparto por la forma de financiamiento:

La clase activa contribuye a pagar las jubilaciones y las pensiones de la clase pasiva, a través de los aportes mensuales obligatorios que realizan, en proporción a sus ingresos. Por tanto, el afiliado que está trabajando acumula derechos futuros a prestaciones jubilatorias. Pero no acumula recursos. De manera que los activos esperan que las generaciones futuras les paguen sus jubilaciones, de la misma manera que ellos hacen en el presente con la actual clase pasiva. Por ese motivo, el sistema se denomina “pay-as-you-go”, o de financiamiento sobre la marcha.

Cuando se refiere a la palabra *reparto*, se hace desde este punto de vista. Y la ley de reforma previsional utiliza en su primera parte, al describir el programa de jubilaciones y pensiones estatal, esta acepción.

b) Reparto: como mecanismo de transferencia de recursos:

Aquí se entiende que el sistema de jubilaciones implica la transferencia de recursos, en general, de los más pudientes a los más necesitados. En consecuencia, *reparto*, en esta acepción tiene que ver con redistribución del ingreso. Por ejemplo, un programa de ayuda. De manera que esta

acepción resulta operativa para un sistema previsional que determine un explícito mecanismo de transferencia de ingresos de ciertos grupos sociales a otros.

c) Reparto como mecanismo de seguro social:

Se refiere a la forma en que la sociedad enfrenta el problema de la incertidumbre y el riesgo, por lo tanto, las formas de organización (se establece, por ejemplo: un régimen de pensión por invalidez). Es una forma de seguro social.

Muchos autores prefieren reservar la palabra *reparto* a este mecanismo, mientras que a la primera acepción la llaman *pay-as-you-go* y la segunda queda identificada como *solidaridad social*.

3.2. Debilidades del *pay as you go*

- Depende de variables demográficas y económicas (expectativas de vida, nivel de actividad, estructura de remuneraciones, tasa de inflación, déficit público), para administrar los recursos entrantes en el sistema desde los aportes de la población activa y los recursos salientes del sistema para aplicar al pago de la clase pasiva.
- Además, es difícil asegurar que un sistema de esta naturaleza sea equitativo socialmente, hay grupos que piden tratamientos diferenciales o jubilaciones anticipadas o manejo de fondos por parte del gobierno de turno. Hay aquí una fuente de mecanismos de redistribución de ingresos injusta.
- En la práctica se convirtió en una fuente de financiamiento a los gobiernos de turno, para resolverles problemas de caja en el corto plazo. En nuestro país, desde 1950 a la fecha de sanción de la ley de reforma previsional, como se ha afirmado muchas veces, las cajas de los distintos organismos de jubilación fueron saqueadas sistemáticamente, y el nivel de vida de los jubilados se ha deteriorado a niveles de vida reñidos con una concepción ética de la vida y de la persona.
- Lo que hace un sistema de jubilación clásico es asimilar no solamente la invalidez y el fallecimiento a formas de seguro social, sino también la pensión por vejes (jubilación). Y se aplica un principio de solidaridad social para garantizar una jubilación mínima.

3.3. El sistema de capitalización

La otra forma de financiamiento es por medio de la acumulación de recursos en un fondo o “sistema de capitalización”.

Este esquema en la capitalización privada reclama la presencia de tres factores.

- Una sociedad administradora del fondo: la AFJP.
- Una estructura de cuentas individuales de capitalización, que vienen a ser como cajas de ahorros, de las cuales no se pueden hacer extracciones hasta el momento en que la persona se jubila, o se producen contingencias que lo invalidan, o fallece y sus herederos reciben la pensión correspondiente. También se las denomina Cajas de Ahorro Previsionales.

En estas cuentas se registran los sucesivos aportes que se acumulan, y en ellas se incorpora también el producido o rentabilidad proporcional a cada beneficiario de los activos financieros que se han constituido en el Fondo de jubilaciones y pensiones.

- Una cartera de activos financieros, el Fondo de jubilaciones y pensiones que es propiedad de los beneficiarios y objeto de administración por parte de la AFJP.

SISTEMA DE REPARTO Y SISTEMA DE CAPITALIZACION
En un <i>sistema de reparto</i> , los agentes económicos pasivos son financiados por los activos. Se trata de un contrato entre generaciones, por el cual el activo compra el derecho a que las futuras generaciones financien a su vez sus pensiones. Es un sistema de financiamiento del tipo <i>pay as you go</i> .
En un <i>sistema de capitalización</i> , los agentes económicos activos acumulan recursos, capitalizándolos, depositando sus aportes en un fondo, el que posteriormente será utilizado para pagar las pensiones de quienes contribuyeron.

Fuente: elaboración propia.

4. POSTURAS ENCONTRADAS SOBRE LA REFORMA DEL SISTEMA PREVISIONAL ARGENTINO

Para comenzar a analizar la problemática de una posible Reforma Previsional, se debe tener presente cuatro variables conjuntas: *reparación*,

moratoria, movilidad, juicios. Como en ese juego que propone unir cada palabra de las ubicadas en una columna con una de las frases escritas en la lista de al lado, los vocablos de uso frecuente al hablar del sistema jubilatorio y su historia reciente en la Argentina tienen su correlato en problemas sociales y económicos: déficit fiscal, informalidad laboral, inflación, falta de adecuaciones en contextos inestables. A eso se suman las tensiones entre lo deseable para los jubilados (presentes y futuros) y la realidad, que se conjuga con decisiones políticas y que, en parte, se define por ellas—, que no responden solo a cuestiones de un plazo más o menos cercano, ni son exclusivas de la Argentina.

Mirar la historia y pensar en lo que puede venir y en lo que efectivamente vendrá, como el cambio demográfico, son cuestiones a considerar en un análisis hecho desde un presente que, entre otras, muestra las siguientes características: una tasa de cobertura previsional que es amplia, pero que fue lograda por políticas no estables ni equitativas; un nivel de haberes que terminó en buena medida definiéndose en la justicia, y cambios recientes en las fuentes de financiamiento que agregan interrogantes sobre la sustentabilidad del esquema.

La historia del sistema previsional argentino es muy compleja, rica en reformas de diferentes signos y dominada por medidas de emergencia para atacar problemas estructurales. La persistencia de los dilemas en el sistema previsional argentino lleva a que la Oficina Cono Sur de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y economistas como Fabio Bertranou,¹ Pablo Casali y Oscar Cetrángolo,² realicen diversos informes que ayuden a comprender la continua oscilación de los sistemas previsionales en Argentina. Se puede indicar junto a ellos que “vivir más tiempo es una buena noticia” y la advertencia de que eso entraña para las sociedades el reto de disponer de más recursos para las jubilaciones y las prestaciones de salud. En la obra realizada por el economista Hugo Bertín, “Hacia una historia del sistema previsional nacional”, publicada por la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional de La Plata, realiza un

¹ vid. Bertranou, F., Solorio, C. y Van Ginneken, W. (eds.), *Pensiones no contributivas y asistenciales, Argentina, Brasil, Chile, Costa Rica y Uruguay*, OIT, Santiago de Chile, 2002.

² vid. Cetrángolo, O. y Machinea, J. L., *El sistema previsional argentino. Crisis, reforma y transición*, Documento de Trabajo núm. 6, Instituto para el Desarrollo Industrial, Buenos Aires, 1992.

recorrido que va desde el año 1904 a 2018. En el escrito se encuentra conclusiones referidas a tres ejes fundamentales del sistema: su cobertura, su nivel de pagos y su financiamiento.

a) Cobertura: cuántos cobran.

En los últimos años, el porcentaje de mayores de 65 años que reciben jubilación o pensión del Sistema Integrado Previsional Argentino (SIPA) o de otro régimen se ubica entre el 90% y el 95%. Según el informe de Bertín, esa tasa comenzó a mejorar de manera significativa a partir de 2006, cuando comenzaron a otorgarse prestaciones por moratorias, tras reglamentarse una ley de 1993 que las había previsto. Se dieron, desde entonces, al menos 4 millones de beneficios a personas que, al llegar a la edad de retiro, no tenían aportes suficientes (o no tenían aportes); la modalidad es la de permitirles declarar una deuda con el fisco, que se paga con subsidio y en cuotas descontadas de los haberes. Al lanzarse la medida, no se estimó cuál sería el costo ni se previeron fuentes de financiamiento. Hoy, las prestaciones con moratorias son alrededor de la mitad del total.

Antes de que mejorara el índice de cobertura del sistema, las trabas para acceder se centraban en las dificultades del mercado de trabajo: altos niveles de informalidad y trayectorias laborales interrumpidas por períodos de desocupación que hacían difícil sumar los 30 años de aportes requeridos por la ley ¿Y ahora? Esos problemas continúan. El crecimiento de la cobertura no tiene su contraparte en una mejora significativa del escenario laboral, sino que responde, advierte el informe de la OIT, a una “medida de emergencia”: la moratoria.

El reemplazo de las moratorias (que irán perdiendo vigencia con el paso del tiempo) es, según dicen en la Anses, la Pensión Universal para el Adulto Mayor (PUAM), creada en 2016 y que equivale a 80% del haber mínimo. El derecho a cobrarla se adquiere a los 65 años, si no se tienen los aportes exigidos para jubilarse y si se pasa una evaluación socioeconómica. El cambio va en línea con las recomendaciones del informe de la OIT.

El mapa laboral muestra que, entre los asalariados –que son tres de cada cuatro ocupados, según el Indec –la falta de aportes afecta al 35%. Ese índice es tradicionalmente mucho más alto entre los cuentapropistas: diferentes estudios muestran un persistente índice cercano a la mitad de

los trabajadores, cuando se trata de establecer qué porcentaje del total de ocupados no tiene aportes.

Si se mira el universo de aportantes, los datos del SIPA procesados por la Dirección de Programación Económica permiten estimar que en la última década (2008 a 2018) el número total creció 16,6%, una variación que en gran medida se explica por el crecimiento natural de la población en edad activa. Hay un rasgo de ese crecimiento que no le es indiferente al sistema previsional: cuando se calcula cuánto creció el número de aportantes de cada subgrupo de trabajadores, se observa que entre los asalariados el avance fue de 10%, y entre los autónomos del régimen general, de solo 4%. Las mayores variaciones se dieron en el monotributo (el incremento superó el 55%) y en el sistema de servicio doméstico (la suba fue de 28%), dos grupos con aportes bajos en relación al resto, a los que se les garantiza el haber mínimo.

Cetrángolo, que es docente e investigador en la UBA y el Conicet, sostiene que estos dos últimos subsistemas deberían revisarse. “El monotributo no es un esquema para que alguien se quede ahí 30 años, y si no se hace algo [un cambio] se perjudica a los que aportan más y terminan recibiendo igual prestación”,³ señala. Agrega que en el servicio doméstico hay argumentos para que el aporte esté subsidiado por el Estado, pero que entre los monotributistas no todos tienen baja capacidad contributiva.

El problema se centra en el *salto* del régimen del monotributo al de autónomos, que tiene mayores costos dinerarios y burocráticos, no proporcionales al crecimiento que puede haber tenido la actividad del contribuyente. En el caso específico de la contribución previsional, el mayor esfuerzo de los autónomos no resulta compensado en el futuro.

b) Haberes: cuánto se cobra.

Un reclamo emblemático en el país es el del “82% móvil”. En ese nivel de haber un jubiliatorio inicial medido en relación con el último salario cobrado ¿Es algo del pasado que podría recuperarse? Un poco de historia: cuenta Bertín que fue la ley 14.499, de 1958, la que fijó esa “tasa de sustitución”. Pero, al contrario de lo que comúnmente se cree, la garantía no

³ Cetrángolo, O. y Curcio, J., *Sistemas provinciales de pensiones en Argentina: diagnóstico y alternativas*, BID, 2003.

se dispuso para todos, sino solo para quienes menos cobraban. Si el 82% de la remuneración superaba una cifra establecida por la ley, el monto a cobrar se determinaba usando una escala. Y la tasa de sustitución era más baja cuando más elevado era el ingreso.

La ley que rigió cuando el sistema solo cubría a un tercio de los adultos mayores y tenía muchos más afiliados que retirados, fue derogada en 1969. Según interpreta Bertín, la persistencia en la memoria colectiva se debe a que hay cajas previsionales provinciales que, para sus empleados públicos, mantienen esa relación del 82%, algo también vigente en regímenes especiales del esquema nacional. El economista dice que esto último no se justifica porque, aun cuando en esos casos el aporte es mayor, los cálculos indican que lo obtenido al jubilarse es, en función de lo contribuido, superior a lo que obtienen quienes están bajo las reglas generales.

¿Cuáles son esas reglas generales? Para los asalariados, el sistema que gestiona la Anses otorga una prestación que surge de la siguiente fórmula: tras actualizar los montos históricos, se calcula el promedio de los últimos 120 salarios cobrados y de esa cifra se obtiene el 1,5%; al resultado se lo multiplica por la cantidad de años con aportes. A eso se le agrega un monto fijo, igual para todos, que hoy es de \$5446,47. Un ejemplo: si el promedio salarial da \$40.000 y se tienen 30 años de aportes, el primer componente del ingreso daría \$18.000 y, al sumarse el monto fijo, se llegaría a un haber mensual de \$23.446,47, un 58,6% del ingreso de la última década. Si fueran 35 años los aportados, la relación llegaría a 66%. Por la incidencia de la parte de la prestación que es un monto fijo y único, si el salario es más bajo, la relación con el ingreso activo es más elevada, y si el sueldo es más alto, la vinculación cae (también influye la aplicación de topes).

Desde 2018 rige la garantía por la cual el haber no puede ser inferior al 82% del salario mínimo (garantía que excluye a las prestaciones obtenidas con un plan de moratoria).

Según el informe de la OIT, cuando se mira la cuantía de los haberes se observa la caída del valor real en el período que siguió a la crisis de 2001 y 2002, cuando la inflación provocó recortes del poder de compra a cientos de miles de pasivos que, por años, no recibieron recomposiciones, y generó también que se subestimaran los ingresos de quienes se jubilaban,

por la falta de actualización de los salarios usados en la fórmula. Esas pérdidas, fruto de decisiones políticas del gobierno de entonces, derivaron en uno de los capítulos de la historia previsional en los que intervino el Poder Judicial dando sus definiciones. Luego, el informe advierte recuperaciones a partir de dos normativas: la ley de movilidad de 2009 (luego modificada) y la de reparación histórica (que mejoró muchas prestaciones y, como contrapartida, elevó el déficit).

Entre los desafíos, los economistas de la OIT señalan el de “diseñar un sistema con beneficios contributivos que guarden proporcionalidad” con lo aportado: muchos llegan a la edad de retiro habiendo contribuido, pero no con la intensidad que exige la ley.

c) Recursos: cómo se paga.

Casi como en un juego de palabras, el primer consejo expresado por la OIT recuerda que un sistema previsional debe ser previsible y que, por tanto, todo cambio debe darse tras lograrse un consenso suficiente y tras definirse niveles de aportes y contribuciones que sean capaces de financiar ingresos “aceptables para la población en el mediano y largo plazo”.

Bertín explica que desde la década del 70 la fuente de recursos para pagar las prestaciones nacionales es una combinación de aportes y contribuciones con ingresos tributarios. En los últimos años, en los que hubo un crecimiento de los beneficios por las moratorias, los aportes y contribuciones tuvieron una participación de alrededor de 50% en el financiamiento del universo de prestaciones. Según el estudio de la OIT, el pago de jubilaciones puramente contributivas representó en 2017 un 4,64% del PBI, en tanto que *las semicontributivas* requirieron 2,97% del producto.

En cuanto al dinero de rentas generales, hubo cambios relativamente recientes: tras reclamos judiciales, desde 2016 la Anses ya no recibe el 15% de los recursos coparticipables con las provincias (con algunas hay un esquema de cambio gradual de la asignación). Y el 20% de la recaudación de Ganancias que antes iba al organismo fue reemplazado por lo obtenido por el impuesto al cheque, del cual está previsto que deje de existir en unos años. A esas modificaciones se suman las del sistema de contribuciones patronales: la unificación progresiva de la tasa de imposición y la vigencia de un monto del salario no imponible, creciente en

el tiempo. Eso baja el costo para el empleador y la recaudación para el sistema.

Hacia adelante, un reto inevitable es el crecimiento de la participación que tienen los adultos mayores en la población total. La etapa del bono demográfico (en la cual no hay aún cambios significativos de la composición etaria), llegará hacia 2035. Y, según han advertido economistas como José María Fanelli, esta etapa no se está aprovechando para generar estrategias que aporten mayor productividad presente y futura.

Entre los objetivos, dice el informe de la Universidad de La Plata, debería estar el de formalizar empleos, que son “la fuente más robusta y legítima para financiar la seguridad social”.

La eficacia del sistema, se agrega, se define por la medida en que se logran tres metas: “la cobertura de las personas expuestas a los riesgos que conllevan el cese de la actividad y la mayor edad, la suficiencia de los beneficios pagados y la sustentabilidad”.

En el Sistema Integrado Previsional Argentino (SIPA) hay poco más de 12 millones de trabajadores registrados (no ingresan necesariamente aportes todos los meses por todos ellos) y 6,9 millones de jubilados y pensionados; además, el Estado nacional paga más de 1,5 millones de pensiones no contributivas y prestaciones de la llamada Pensión Universal para el Adulto Mayor (PUAM).

En el país conviven muchos regímenes previsionales. El informe titulado “Hacia una historia del sistema previsional nacional de la Argentina”, del economista Hugo Bertín (Universidad Nacional de La Plata) identifica 230 sistemas y subsistemas. Entre ellos están los regímenes especiales a cargo del Estado nacional; los de retiros de personas de grupos como las Fuerzas Armadas o la Policía Federal; los sistemas de empleados públicos provinciales; los municipales; los regímenes de actividades religiosas o insalubres; las cajas complementarias y las cajas profesionales.

En la década del 90 varias cajas provinciales fueron transferidas al sistema nacional, con lo cual los empleados públicos de esas jurisdicciones se jubilan en el esquema de la Anses.

Las provincias que mantienen sus cajas son: Buenos Aires, Córdoba, Corrientes, Chaco, Chubut, Entre Ríos, Formosa, La Pampa, Misiones,

Neuquén, Santa Cruz, Santa Fe y Tierra del Fuego. Además, hay dos de bancos públicos y 24 de municipios.

Las negociaciones, los acuerdos y los conflictos por la compensación de los déficits de cajas provinciales por parte de la Nación son parte de la historia previsional. Las condiciones y los beneficios suelen ser diferentes respecto del SIPA. En Santa Cruz, por caso, las mujeres se retiran a los 50 años y los varones, a los 54.

5. POSIBLE INFLUENCIA DEL FMI EN LA FUTURA REFORMA PREVISIONAL ARGENTINA

Según algunos analistas económico-políticos argentinos la reforma previsional en Argentina está comprometida a un futuro acuerdo con el Fondo Monetario Internacional (FMI). La idea se sostiene en un reciente documento de ese organismo sobre “El futuro del ahorro: el rol del diseño de los sistemas de pensiones en un mundo que envejece”, que fue presentado con fuertes elogios por David Lipton, subdirector gerente del FMI, se realizan recomendaciones muy concretas a la Argentina y a Brasil.

El estudio dice que “para lidiar con los costos del envejecimiento, muchos países implementaron significativas reformas de los sistemas previsionales en los últimos años. Las reformas apuntaron en gran parte a contener el crecimiento del número de jubilados, modificando los parámetros claves del sistema; por ejemplo, incrementando la edad de jubilación, endureciendo las reglas para acceder a los beneficios o reduciendo el tamaño de las jubilaciones a través del ajuste en las fórmulas de cálculo de los beneficios”.

En el Report 16/346, de noviembre de 2016, de evaluación del programa del Gobierno, el FMI propuso:

- *Incrementar en forma gradual la edad de jubilación*, en especial de las mujeres. Actualmente, las mujeres pueden jubilarse a los 60 años, con 30 años de aportes, y los varones a los 65 años, también con 30 años de aportes, con la opción de jubilarse a los 70 años.
- *Reducir el haber inicial de los futuros jubilados*. Esto es bajar en un 20% el “ratio” del haber jubilatorio inicial (que hoy ronda entre

un 55 y un 65% del salario promedio de los últimos 10 años, muy lejos del “histórico 82% móvil”). A modo de ejemplo el FMI dice que en muchos países el haber al momento del retiro jubilatorio es del 50% del salario e incluso menos.

En ese reporte también se proponía modificar la fórmula de actualización de la Ley de Movilidad que se concretó en diciembre de 2017 y que, hasta la fecha septiembre de 2019, produjo una reducción del 20% de los haberes de los jubilados y demás beneficiarios de prestaciones sociales, situación que tiende a seguir agudizándose.

Otros cambios serían:

- *Modificar los regímenes especiales que tienen ciertas actividades que se jubilan con el 82 o 85% del salario*, como docentes, docentes universitarios, investigadores científicos, Luz y Fuerza, Servicio Exterior y Poder Judicial.
- *Pensión por viudez*: eliminarla para los cónyuges que trabajan o están jubilados o jubiladas.
- *Restablecer un sistema privado de capitalización*. Hay dos alternativas: dejar abierta una opción para que el trabajador derive una parte o todo el descuento jubilatorio a un régimen privado y otorgar incentivos fiscales para realizar aportes adicionales a un sistema privado.

6. PROYECTO DE REFORMA PREVISIONAL APROBADA POR EL CONGRESO

A fines del 2017 el Gobierno Nacional presentó un proyecto para modificar la fórmula mediante la cual se aumentan las jubilaciones. Dicho cambio de fórmula fue aprobado por ley en la Cámara de Diputados.

Actualmente, las jubilaciones se modifican dos veces al año (en marzo y en septiembre) por la llamada *ley de movilidad jubilatoria* aprobada en 2008, que toma variables como los recursos de la ANSES y los ingresos de los trabajadores formales para aumentar los haberes jubilatorios. La misma fórmula se utiliza para aumentar otras pensiones y la Asignación Universal por Hijo (AUH). Antes de esta ley, el Gobierno nacional deci-

día discrecionalmente cuánto iban a aumentar las jubilaciones, como se explica en esta nota.

El Poder Ejecutivo Nacional (PEN) presentó inicialmente en el Congreso un proyecto que proponía que la movilidad jubilatoria se basara, a partir del año 2018, en la inflación medida por el INDEC y que los aumentos se aplicarían trimestralmente, en los meses de marzo, junio, septiembre y diciembre. Finalmente, el Senado aprobó un proyecto que determina que la movilidad se base en un 70% en las variaciones de la inflación medida por el INDEC y en un 30% por la variación salarial medida por la Remuneración Imponible Promedio de los Trabajadores Estables (RIPTE). Este fue el proyecto final aprobado también por la Cámara de Diputados.

Además, en el Senado se sumaron otros componentes a la reforma. El principal agregado es un artículo que garantiza a los jubilados con 30 años de aportes el pago de un suplemento dinerario hasta alcanzar un haber equivalente al 82% del valor del salario mínimo, vital y móvil. Actualmente, la jubilación mínima representa el 81,8% de este salario mínimo. Desde marzo de este 2019 el salario mínimo es de \$12.500 pesos argentinos, es decir, USD. 225 dólares.

Como dificultad en su aplicación concreta e impacto en los jubilados podemos indicar que el sistema actual no está preparado para niveles de inflación semestrales tan altos. Carlos Martínez, miembro de la cátedra de Economía de la Seguridad Social de la Universidad de Buenos Aires (UBA), apuntó a que algunos de los datos para calcular el aumento no son públicos y sostuvo que “si no se puede acceder a esas fuentes, la fórmula para establecer el incremento termina siendo opaca”.

Según un artículo de economía, “la fórmula previa era producto de la ausencia de buenos índices de inflación durante el gobierno pasado y no tiene mucho sentido mantenerla”.⁴

Es importante tener presente que modificar la fórmula “por fuera de la reforma general al sistema puede ser motivo de controversias y gran conflicto”. Además, la medida genera resistencias “por afectar los ingresos de los jubilados”, lo que ocurre “por el cambio en los índices, pero

⁴ Cetrángolo, Oscar, *El nuevo sistema previsional ¿Una reforma definitiva?*, Serie de Notas 2, CECE, Buenos Aires, 1994.

también por omitirse el ajuste de un trimestre de relativamente alta inflación que quedó atrás”.

Un informe del Instituto Argentino de Análisis Fiscal (IARAF) calcula que en diciembre de 2019 la nueva fórmula generaría un haber mínimo real (o sea, teniendo en cuenta la inflación) un 8% más bajo que el que se lograría con la fórmula vigente. Además, sostiene que la propuesta generaría un ahorro fiscal sólo en 2018 de \$72 mil millones, equivalente a 0,6% del Producto Bruto Interno (PBI).

Por esta pérdida real que generaría en los haberes jubilatorios el cambio de la fórmula, el Gobierno propondría un pago único en marzo para compensar la transición, que saldría por decreto tras la aprobación de la ley. Estos bonos serían de \$400 para los beneficiarios de la AUH, de \$375 para quienes se jubilaron mediante las moratorias y cobran menos de \$10 mil, y de \$750 para jubilados con aportes que cobren menos de \$10 mil de haber.

Según un cálculo de la consultora privada ACM, el costo de esta medida sería de \$4,2 mil millones, muy por debajo del ahorro que generaría para el Estado Nacional el cambio de fórmula, \$50 mil millones según el cálculo de ACM.

7. POSTERGACIÓN DEL DEBATE DE LA REFORMA PREVISIONAL

La apuesta realizada por la actual Gestión Nacional de Gobierno era generar una reforma que otorgue sustentabilidad al sistema previsional. Ese objetivo fue planteado en la ley de Reparación Histórica Previsional de 2016, que además de establecer un sistema de compensación para cortar los múltiples juicios al Anses, crearon el Consejo de Sustentabilidad Previsional, en el Ministerio de Trabajo de la Nación, asignándole la misión de elaborar un proyecto de reforma integral del régimen jubilatorio que deberá estar listo para 2019.

Hace pocos días, venció el plazo de tres años establecido por la ley 27.260, a propuesta del Poder Ejecutivo, para que un grupo de trabajo tuviera listo un proyecto de Reforma Previsional. El sistema, según se fijó como condición, debía ser universal, integral, solidario, público, sustentable y de reparto. No sorprendió que llegara el día y que no existiera

una propuesta: hace ya casi un año se admitió, desde el Gobierno, que no habría proyecto. La decisión sobre si habrá o no una reforma amplia quedará ahora en manos de la próxima gestión.

La cuestión central a monitorear es la propia sustentabilidad del sistema, en un escenario cruzado por cuestiones como la informalidad laboral, la inflación –y su efecto en los haberes y el nivel de recomposición– y los cambios en las fuentes de financiamiento. Y no son tan lejanos temas más estructurales, como el cambio demográfico: la Argentina dejará hacia mediados de la década del 30 su etapa de “bono demográfico”, que es la previa a que comience a crecer de forma significativa la proporción de personas de 65 años y más sobre el total.

Sin reforma integral, la gestión de Mauricio Macri hizo de todas formas varios cambios. Por el plan voluntario de reparación histórica (la adhesión implicaba renunciar al reclamo judicial, que en la mayoría de los casos prometía un mejor ingreso), se recompusieron los haberes de 1,35 millones de jubilados y pensionados, mayoritariamente perjudicados por el mal cálculo del ingreso inicial y la falta de movilidad sufridos en la década pasada. El plan no evitó que quedaran en trámite más de 218.000 litigios.

La ley mencionada también creó la Pensión Universal para el Adulto Mayor, equivalente a 80% del haber mínimo, a la que se accede si no se tienen aportes o si se tienen menos que los necesarios para la jubilación. Los requisitos para la prestación son tener 65 años de edad y pasar un examen socioeconómico. Con ese pago se busca reemplazar el régimen de moratorias, que es temporal, insostenible y que provocó desincentivos a aportar y muchas inequidades.

El capítulo con más controversia de los cambios en el actual gobierno fue el referido a la fórmula de movilidad. Se reemplazó la que estaba basada en la suba de la recaudación de impuestos y de los salarios, por una que contempla un 70% de la variación trimestral del índice de precios más un 30% de la evolución de la Remuneración Imponible Promedio de los Trabajadores Estables. El problema es que la promesa del Gobierno de que no se perdería poder adquisitivo es imposible de cumplir en un escenario de inflación en alza (como el que se está dando), porque los valores tomados como referencia para calcular cada ajuste tienen un rezago de seis meses.

Esa misma ley de movilidad trajo otras dos novedades. Se dispuso garantizar que ningún ingreso previsional (de las personas que aportaron 30 años) sea inferior al 82% del salario mínimo –la misma disposición que años atrás había vetado Cristina Kirchner– y se estableció que las empresas ya no pueden intimar a sus empleados a jubilarse antes de que cumplan 70 años, lo que puede lograr que se eleve la edad de retiro.

Esta última cuestión aliviaría en algo los números del sistema que, por otra parte, se ven y se verán afectados por modificaciones en materia impositiva. Las jubilaciones y pensiones se financian casi en partes iguales con aportes y contribuciones del sistema laboral y con impuestos de rentas generales. Y en ambos componentes hubo cambios, que tienen su impacto en los ingresos que mes a mes recibe la Anses.

8. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

El mayor desafío que deberá afrontar la próxima Gestión de Gobierno será la generar una “Reforma Previsional consensuada entre todos”, que tienda a ser universal, integral, solidario, público, sustentable y de reparto. El poder decirlo es fácil, el gran problema es el cómo; evitando que siga siendo el sistema una fábrica de desigualdades generadora de una mayor grieta social. Hay que indicar hasta el hartazgo que sin diálogo y un gran consenso social, no se podrá encontrar un rumbo cierto como país. “El siglo XXI es un siglo de mucha diversidad y que, como las Políticas Públicas son articular distintos intereses en beneficio de todos, se necesita dirigentes que crean que la política se hace entre todos”, según lo indica la lic. María Lourdes Puente, Directora de la Escuela de Política y Gobierno de la UCA.

Plantear la reforma si la misma afecta la fórmula de movilidad a la baja, significa que los jubilados, el año que viene, van a cobrar menos de lo que les correspondería percibir si se aplicara la fórmula actual. Los Tratados Internacionales suscriptos por la Argentina en materia de derechos sociales y laborales, como el Código Civil que impide afectar retroactivamente derechos sociales que se hubieren incorporado al patrimonio, descalifican al proyecto presentado por el Ejecutivo. Por ello algunos consideran a la reforma como inconstitucional, criterio que también compartido por reconocidos constitucionalistas.

“La inequidad y la injusticia de la inflación como factor de Movilidad. El pedido de reemplazar la fórmula de movilidad por la inflación es una recomendación del FMI. Pero la inflación no tiene nada que ver con la jubilación, que es sustitutiva del salario, no del mercado”. “En definitiva, la tentativa de modificar la fórmula de movilidad jubilatoria, amén de resultar inconstitucional, sólo perjudica a los jubilados y sus restantes beneficiarios, y afecta el consumo nacional. Bajarles los haberes a los jubilados significa bajarles la calidad de vida, provocar que los jubilados se enfermen más y que se mueran antes”, según lo indica el diputado nacional, mandato cumplido, Juan Carlos Díaz Roig.

Por último, como se ha indicado en otros trabajos del autor, que, para el desarrollo integral de una comunidad, se requiere una vuelta a los valores propuestos por el humanismo. Si se continúa sosteniendo los paradigmas tanto individualista como colectivista, solo se generará una gran esquizofrenia social, de pretender construir una sociedad más justa, que tenga en cuenta los valores y principios de la seguridad social, pero que, al contrastarse en el diario vivir, se advierte que dichos valores y principios no se concretan; introduciendo en la sociedad, una conciencia colectiva, derrotista, apática, indiferente y poco humana.

9. BIBLIOHEMEROGRAFÍA

Bibliografía

- Apreda, Rodolfo, *Las Administradoras de Fondos de Jubilaciones y Pensiones. Qué son y cómo operan*, Ediciones Macchi, 1993.
- Bertranou, F., Solorio, C. y Van Ginneken, W. (eds.), *Pensiones no contributivas y asistenciales, Argentina, Brasil, Chile, Costa Rica y Uruguay*, OIT, Santiago de Chile, 2002.
- Cetrángolo, O. y Curcio, J., *Sistemas provinciales de pensiones en Argentina: diagnóstico y alternativas*, BID, 2003.
- Cetrángolo, O. y Machinea, J. L., *El sistema previsional argentino. Crisis, reforma y transición*, Documento de Trabajo núm. 6, Instituto para el Desarrollo Industrial, Buenos Aires, 1992.
- Cetrángolo, Oscar, *El nuevo sistema previsional ¿Una reforma definitiva?*, Serie de Notas 2, CECE, Buenos Aires, 1994.

Iguani, Ernesto y San Martino, Jorge, *La Reforma Previsional Argentina. Opciones y Riesgos*, Miño y Dávila editores, 1993.

Schulthess, Walter y Gustavo Demarco, *Argentina: Evaluación del sistema nacional de previsión social. Propuesta de reforma*, CEPAL y PNUD, 1993.

PREVALENCIA DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA SOBRE LEY: REFORMA LABORAL BRASILEÑA DE 2017

Prevalence of Collective Negotiation Over the Law: Brazilian Labor Reform Of 2017

Recepción: 16/08/2018

Aceptado para su publicación: 30/09/2018

LORENA DE MELLO REZENDE COLNAGO*

RESUMEN: El presente trabajo trata de la última Reforma Laboral brasileña que instituyó la norma negociada sobre las leyes laborales colectivas legisladas, cambiando el paradigma anterior sobre los límites de la negociación colectiva que afecta a los sindicatos. El propósito del presente estudio es comprender la enmienda legislativa antes de la doctrina existente, las últimas sentencias del Tribunal Constitucional y los principios que subyacen a la negociación colectiva y la creación de normas, a fin de tratar de trazar nuevos límites legales a la creación normativa por las partes.

PALABRAS CLAVE: sindicatos, negociación colectiva, reforma laboral.

ABSTRACT: This work deals with the last Brazilian labor reform that instituted the negotiated norm on collective legislated labor laws, changing the previous paradigm on the limits of collective bargaining that affects unions. The purpose of this study is to understand the legislative amendment prior to the existing doctrine, the latest Constitutional Court rulings, and the principles underlying collective negotiation and law-making, in order to try to outline new legal limits on law-making by the parties.

KEY WORDS: unions, collective negotiation, labor reform.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. EL PRINCIPIO DE PROTECCIÓN. 3. INDISPONIBILIDAD DE DERECHOS. 4. CONTENIDO MÍNIMO DE LAS NORMAS LABORALES: INDISPONIBILIDAD / PROTECCIÓN ¿CUÁL ES EL LÍMITE A OBSERVAR? 5. LEY NO. 13,467 DE 2017 APROBADO: PREVALENCIA DE NEGOCIADO SOBRE LEGISLADO. 6. CONCLUSIÓN 7. BIBLIOHEMEROGRAFÍA.

* Master UFES, 2008. Estudiante de doctorado en USP. Docente. Juez de Trabajo en el Tribunal Laboral Regional de São Paulo – Brasil (TRT 2da Región).

1. INTRODUCCIÓN

Algunos economistas y gobiernos han señalado durante mucho tiempo la legislación laboral como una limitación importante para el crecimiento económico durante las crisis económicas, reiterando la presión política para que las normas laborales se adapten al crecimiento tecnológico y la revolución para satisfacer mejor las aspiraciones de *progreso*. Del sector económico, debido a que las normas laborales obstaculizan la competitividad de las empresas y, por lo tanto, son la causa de tanto desempleo. Con las reformas laborales en el Congreso desde finales de 2016, como una promesa de una solución a la crisis económica brasileña, la reevaluación de los institutos más fundamentales del Derecho Laboral se convierte en una tarea ardua pero extremadamente necesaria.

Este estudio parte de un análisis de lo que sería la Reforma Laboral de 2017 en su proyecto original a lo que realmente se publicó y cuáles son sus principales consecuencias después de un año y medio de implementación de esta reforma, centrándose en los sindicatos y la negociación brasileños. celebrado en el país.

Se analizó el Proyecto original, No. 6787/2016, que se fusionó con la Ley No. 13.467 / 2017, desde la perspectiva de la adecuación de la negociación colectiva y sus instrumentos normativos resultantes de la protección del trabajo mínimo o núcleo no disponible, la Ley Laboral brasileña.

La investigación utilizó el método deductivo, a partir de datos bibliográficos y documentales, y en menor medida datos jurisprudenciales para encontrar el comienzo de la delimitación del núcleo duro de la Ley del Trabajo, en un intento de marcar las reformas laborales y la futura negociación colectiva. necesario para superar la crisis política y económica brasileña.

1.1. El principio de protección

La doctrina clásica del Derecho Laboral supone que el principio de protección es el fundamento y la razón de ser del Derecho Laboral mismo, porque a diferencia del Derecho Civil en el que las partes están en posiciones equivalentes, en el campo laboral es el fundamento de todos.

La normatividad es ampliar la posición del trabajador, que es el enfoque y el objetivo de esta rama legal: nivelar las desigualdades¹.

Para compensar la desigualdad económica, se crea una diversidad de normas para favorecer exclusivamente al trabajador, en un intento de igualar esta relación legal dispares, capital versus trabajo.²

La doctrina uruguaya, a partir de una visión internacional para interpretar la aplicación del principio de igualdad en el Derecho Laboral, cita tratados y declaraciones internacionales que expresan la igualdad como algo inherente al hombre. La Declaración de Filadelfia de 1944 tiene la misma oportunidad para todos los hombres; La Declaración de Derechos Humanos de 1948 también alberga la igualdad en el art. 7 que prevé la igualdad de trato ante la ley; PIDESC - El Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales prevé el “reconocimiento de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”; El Protocolo de San Salvador también prohíbe toda discriminación, ya sea por raza, color, sexo, idioma, religión, opinión pública y cualquier otra naturaleza, origen nacional o social, posición económica, nacimiento, etc. e incluso la Organización Internacional del Trabajo se ha preocupado por la igualdad en varios convenios publicados, de modo que de estos textos todavía se extrae a nivel internacional que no se permitirá ninguna discriminación de ningún tipo por las circunstancias expresadas.³

Es importante resaltar esta matriz internacional del principio de protección como una forma de no discriminación de una de las partes sobre otra, descalificando la relación legal a favor de la observancia normativa del principio de igualdad, o no discriminación, afirmada internacionalmente. Estas normas internacionales se han observado en todas las reglamentaciones legales de los países signatarios de los tratados internacionales mencionados anteriormente, y las convenciones publicadas

¹ Rodríguez, Américo de Plá, *Princípios de direito do trabalho*, 3ª Edición, São Paulo, Ltr, 2004, pp. 83-86.

² L'home, Jean, “*El derecho do trabajo y su carácter unilateral*”, *La Ley*, 14.02.48, t. XLIX, p. 1003 *apud* Rodríguez, Américo de Plá, *Princípios de direito do trabalho*, 3ª Edición, São Paulo, Ltr, 2004, p. 87.

³ Muñio Fulco, Ramón, “El principio de igualdad y las fuentes del derecho de trabajo”, en *Treynta y seis estúdios sobre las fuentes del derecho del trabajo. Grupo de los miercoles*, Uruguay, Fundacion de Cultura Universirária, 1995, pp. 35-42.

aclaran a partir de estos textos a nivel internacional que no se permitirá discriminación de ningún tipo en las circunstancias expresadas.

A modo de ejemplo, en Colombia, el principio de protección aparece en la doctrina expresamente como principio de favorabilidad en la interpretación de la aplicación de normas laborales.⁴ A partir de este principio, la Corte Constitucional colombiana ha declarado que entre las diferentes interpretaciones que el juez encuentra lógicamente posibles y razonablemente aplicables al caso, elegirá la que produzca los efectos más favorables para el trabajador⁵, o la que encuentre los mejores resultados a su favor. Pero también aparece en el subprincipio de dubio pro-trabajador, es decir, tener en la misma norma varias interpretaciones en este caso una toma la interpretación más favorable para el trabajador y de la condición más beneficiosa, entró en un beneficio que debería aplicarse al trabajador con referencia a un régimen de trabajo vigente y otro que lo cambiará total o parcialmente, independientemente de si se deriva de la ley, los reglamentos de la empresa o el decreto reglamentario, “el principio de las condiciones más beneficiosas, protectoras y protectoras entiende como el reconocimiento de una situación concreta que debe respetarse en caso de un cambio normativo”.⁶

En la doctrina argentina, el concepto del principio de protección implica la idea de que su propósito es proteger la dignidad del trabajador en su condición humana, al lado de los fundamentos indispensables del Derecho del Trabajo y puede analizarlo como una directiva para que el legislador “cumpla con el art. 14 bis en cuanto consagra que el trabajo de sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, eso asegurará al trabajador.”⁷, pero también al juez como una directiva para interpretar la norma laboral respetando las fuentes y principios propios de la Ley del trabajo.⁸ La doctrina mexicana también adopta el principio maestro de

⁴ Hidalgo, Mônica y Moreno, Isabel, “Principio del derecho laboral y la seguridad social en Colombia”, <http://isls.org/wp-content/uploads/2013/01/Colombia-Moreno.pdf>

⁵ Betancourt, Ricardo Barona, “Principios del derecho laboral en el sistema jurídico colombiano”, *Criterio jurídico garantista*, vol. 2, núm. 2, enero-junio de 2010, pp. 252-264, <http://www.actiweb.es/jamario/archivo3.pdf>

⁶ *Idem.*

⁷ Grisolia, Julio Armando, *Manual de derecho laboral*, 9ª Edición, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013, p. 63.

⁸ *Idem.*

protección en su sistema legal, con una lectura similar a la de Brasil, en el sentido de que el principio de protección es la relación del Derecho Laboral: “un reconocimiento prácticamente unánime de que el Derecho Laboral tiene como un verdadero principio general, la protección del trabajador (*omissis*) que en realidad se dice que es omnipresente para algunos como difundida en toda la contención de la legislación laboral”,⁹ que consiste en normas específicas que implementan la interpretación más favorable (en dubio pro-trabajador), la regla de la condición más beneficiosa y la regla de la norma más favorable. Este principio busca armonizar las relaciones entre capital y trabajo, apuntalando la mejora de la vida de los trabajadores mediante la protección y protección de los derechos básicos del trabajador, tales como horas de trabajo, descanso, días de salario, vacaciones, capacitación y todas las normas que establecen la regulación laboral. evitando lesiones al trabajador. En el art. Incluso se observa el 2º y 3º de la legislación mexicana “un nivel económico decente para el trabajador y su familia”.¹⁰

En Chile, el principio de protección, también conocido como principio de protección, proteccionismo o favoritismo, se basa en la falta de libertad inicial y durante el contrato de trabajo para los trabajadores. Esta falta de libertad proviene de la necesidad de trabajar y es la causa inmediata de la desigualdad de los empleados, lo que explica la protección de la legislación laboral.¹¹ Además, la doctrina chilena agrega a la función material del principio de protección del trabajo otra internacional: “la limitación del dumping social en el comercio internacional, los elementos derivados del objetivo principal de esta rama: la protección del trabajador”.¹²

El principio de protección desde estas perspectivas internacionales se ha internalizado de manera similar en varios países, y lo más interesante

⁹ Camacho Sólis, Julio Ismael, “Los mecanismos y normas de protección en las relaciones laborales”, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2012, p. 238, <https://www.juridicas.unam.mx/>

¹⁰ *Idem*.

¹¹ Contreras, Sergio Gamonal, “El principio de protección del trabajador en la constitución chilena”, *Estudios Constitucionales*, Santiago, vol. 11, núm. 1, 2013, pp. 425-458, <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002013000100011>

¹² Contreras, Sergio Gamonal, “El principio de protección en el nuevo procedimiento laboral chileno”, Albacete, Editorial Bomarzo, 18/11/2016, <http://editorialbomarzo.es/el-principio-de-proteccion-en-el-nuevo-procedimiento-laboral-chileno/>

a destacar es que la protección efectiva no era exactamente la del trabajador, sino la competencia desleal que haría que cada estado tuviera su propia legislación laboral. depender de una gente más amable y menos exigente, lo que podría culminar en el *dumping económico y social*.

Desde el punto de vista brasileño, el principio de protección también informa y no solo la relación laboral individual, sino también la elaboración de normas laborales y también la interpretación judicial empleada en las decisiones sobre conflictos en el área de capital versus trabajo, de modo que la creación de normas se interpreta como suficiente para mantener una igualdad de los partidos frente a la supremacía económica del empleador, que se aplica no solo a la legislatura estatal, sino también a los actores sindicales y a la regulación de la compañía misma. Del mismo modo, si hay más de una interpretación, se debe buscar el menos dañino o más beneficioso para los trabajadores (subprincipio de la condición o cláusula más beneficiosa), y dentro de una situación probatoria o condiciones de trabajo dudosas, esta duda se resolverá colgando el saldo por el trabajador (subprincipio *in dubio pro operario*).

1.2. Indisponibilidad de derechos

La doctrina clásica brasileña ha declarado desde fines de la década de 1970 que una mayor o menor intervención estatal en las relaciones laborales depende no solo del sistema económico adoptado, sino de la “posibilidad real de que los sindicatos, a través de los instrumentos de negociación colectiva, puedan la estipulación de condiciones laborales adecuadas o la complementación de la base mínima fijada por la ley,”¹³ “es decir, cuanto mayor es la fuerza y la organización sindical, menor es la necesidad de intervención estatal en las relaciones laborales.

En España, la falta de disponibilidad de derechos se ve como una restricción a la libertad individual del trabajador.¹⁴ Junto con el principio

¹³ Sussekkind, Arnaldo, Maranhão, Délio y Vianna, Segadas, *Instituições de direito do trabalho*, 12ª Edición, São Paulo, Ltr, 1992, pp. 128-129.

¹⁴ Essa visão doutrinária tem sofrido algumas modificações na jurisprudência espanhola após as reformas trabalhistas produzidas pela RD-Ley 7/2010, medidas para a negociação coletiva aprofundadas pela e RD-Ley 3/2012, sendo atualmente um tema bastante controverso jurisprudencialmente. Cf. Moreno, Jesús María Galiana, “Apun-

de no derogabilidad, que corresponde al momento de su nacimiento, el trabajador tiene garantizados todos los derechos laborales previstos en el estatuto laboral, pero también los derechos reconocidos en otras disposiciones legales y convencionales (art. 3.1, “c” del Estatuto español). El principio de indisponibilidad, por otro lado, se refiere a un segundo momento del ejercicio de los derechos laborales, mediante el cual se pretende evitar que los trabajadores renuncien a estos derechos reconocidos (art. 3.5 del Estatuto español).¹⁵ “El principio de indisponibilidad de derechos se configura como uno de los mecanismos tendentes a asegurar la efectividad de las disposiciones laborales a través de la limitación de los poderes del empresario en la relación de trabajo,”¹⁶ Su primer reconocimiento legal se produjo en 1900 con la Ley de Accidentes de Trabajo y se generalizó en el marco de las relaciones laborales gracias a la Ley de Contrato de Empleo de 1931, siendo honrado en leyes posteriores como un limitador de la doctrina de los llamados “actos propios” de Derecho Civil,¹⁷ que en Brasil se conoce como autonomía de la voluntad.

Otra distinción importante basada en el principio de indisponibilidad es la diferencia entre el abandono de un derecho y la transacción de un derecho dudoso, que puede caracterizarse como una renuncia, que está prohibida en España (y Brasil), porque incluso en Derecho Civil (artículo 4) “ninguna renuncia cabe em a medida em que resulte lesiva para o interés, o orden público o que vaya em prejuicio do terceiro.”¹⁸ No es fácil delimitar lo que es de interés público, porque no es meramente legal, es un principio de la ley, como un dato preexistente al sistema legal. El orden público se conceptualiza como un conjunto de principios efectivos con

tes sobre la reforma laboral de 2012”, *Revista internacional de ciencias sociales*, núm 32, pp. 29-36, 2013, https://digitum.um.es/xmlui/bitstream/10201/38409/1/03_Apuntes%20sobre%20la%20reforma%20laboral.pdf

¹⁵ López terrada, Eva, “La indisponibilidade de los derechos laborales em el ordenamento español y su interpretación jurisprudencial”, *Il diritto dei lavori*, anno VIII, núm. 3, pp. 25-35, novembre 2014, http://www.csddl.it/csddl/attachments/1058_La%20indisponibilitad%20de%20los%20derechos%20laborales.pdf

¹⁶ *Ibidem*, p. 26.

¹⁷ *cfr. Idem*.

¹⁸ La Villa, Luis Henrique de, “El principio de la irrenunciabilidad de los derechos laborales”, en López, Manuel Carlos Palomeque, Escartín, Ignacio García-Perrote (coords.), *Derecho del trabajo y seguridad social: cincuenta estudios del profesor Luis Enrique de la Villa Gil: Homenaje a sus 50 años de dedicación universitaria*. Madrid, Centro de Estudios Financieros, 2006, p. 22. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2494119.pdf>

los que se organizan las instituciones sociales básicas, considerando que es un error adoptar el marco de la no renuncia a los derechos laborales, en el sentido material de producción y la importancia de las normas del Derecho Laboral. Porque la regla de inaplicabilidad es más antigua y proviene del derecho consuetudinario, históricamente.¹⁹ Según este estudio, los precedentes relacionados con el derecho de renuncia en la legislación laboral se remontan a la redacción de contratos de trabajo y comienzan con el Instituto de Reformas Sociales en España en 1904/1905, que utilizando la norma del derecho civil declaró que no la renuncia hecha por el trabajador antes o después de la conclusión del contrato sería válida. En el borrador del contrato de “La Cierva” de 1908, se observa que se prevén cláusulas nulas cuando implican la renuncia o limitación de los derechos civiles o políticos de los contratistas, pero también cláusulas que prevén la renuncia por parte del trabajador de las indemnizaciones. Derecho a un accidente laboral o daños causados por incumplimiento de contrato, despido impropio del trabajador o cualquier otro previsto por la ley.²⁰

En Brasil, el Código Civil de 1916 adoptó la teoría subjetivista de la anulabilidad por invalidación del acto jurídico. Por lo tanto, solo mediante vicios de voluntad (error, engaño, coerción) se podría lograr el propósito de proteger a las personas contra negocios dañinos. La doctrina objetivista ve el daño de otra manera, desde la desproporción entre la disposición y la consideración, con el incumplimiento del equilibrio contractual. Solo en 2002 se adoptó el instituto de lesiones por la legislación nacional, que se preveía expresamente como una forma de anular el negocio legal, y se adoptó la teoría objetivista (art. 157 del Código Civil).²¹ Aunque la doctrina ya mencionaba la lesión como inválida incluso antes positivamente legal.²²

Pensando desde esta perspectiva, podemos analizar el principio de la no renuncia a la legislación laboral bajo el sesgo de la necesidad de igualar las partes del contrato laboral, con la protección del trabajador marcado

¹⁹ *Ibidem*, p. 26.

²⁰ *Ibidem*, pp. 27-28.

²¹ Mello, Marcos Bernardes, *Teoria do fato jurídico: plano de validade*, 6ª Edición, São Paulo, Saraiva, 2004, pp. 199-200.

²² Miranda, Francisco Cavalcanti Pontes, *Tratado de direito privado: parte especial: direito das obrigações: títulos ao portador (continuação)*, Títulos nominativos, Títulos endossáveis, t. XXXIII, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 22.

por la ley para que los sujetos del negocio legal puedan estar en igualdad de posición, bajo pena de nulidad por daños previstos en Derecho Civil, de modo que la consideración no sea desproporcionada.

Teniendo en cuenta la incidencia de la legislación de Derecho Civil sobre lesiones y nulidad en el Derecho Laboral, tenemos la base del principio de inaplicable justificado en la prevención de la posición desproporcionada de los sujetos de la relación legal laboral.

Como puede observarse, tanto la base del principio de protección como la del principio de no renuncia convergen en la misma idea: las partes contractuales deben estar en igualdad de condiciones para que se establezca el contrato. Se deduce de este punto, a diferencia de la mayoría de la doctrina laboral brasileña, que el principio más querido por la legislación laboral es la no discriminación. Numerosos convenios de la Organización Internacional del Trabajo se redactan sobre esta base: no discriminación. De este hecho, la protección y la no renuncia van en el sentido de que, si las personas son iguales, no existe una relación legal sin que las partes tengan las mismas oportunidades, y si de hecho el lado económico pesa y desigual a una parte, Para el bien común es necesario que la ley los designe, no solo la ley considerada como una fuente legislativa, sino todas las normas producidas por cualquiera de las fuentes.

La renuncia a las normas laborales a nivel individual está prohibida en Brasil, la inteligencia de la legislación laboral vigente (art. 9 y 468 del CLT). Sin embargo, lo mismo no es cierto para la transacción, reconocida constitucionalmente en el art. 7 de la Constitución de la República en varios ítems, pero directamente en el ítem XXVI del mismo artículo. Y en este punto, ¿cómo identifica el núcleo duro o el llamado límite de transacción a los estándares de la legislación laboral? ¿De qué contenido deberían centrarse los principios de protección e indisponibilidad en el plan colectivo?

3. CONTENIDO MÍNIMO DE LAS NORMAS LABORALES: INDISPONIBILIDAD / PROTECCIÓN ¿CUÁL ES EL LÍMITE A OBSERVAR?

La Constitución Federal de 1988, en su Artículo 7, preveía un contenido mínimo de la Ley del Trabajo al constitucionalizar los derechos de los trabajadores, creando la excepción al contenido previsto en sus derechos

salariales y laborales (artículos VI, XIII, XIV). A partir de la combinación de los ítems IV y VI, se verifica en términos patrimoniales que el salario mínimo nacional es la cantidad más baja que se puede pagar al trabajador, siendo un núcleo duro no disponible y protegido de la Ley Laboral. En un análisis sistemático del sistema legal nacional, se puede afirmar que la negociación salarial en *pejus* está permitida en casos extremos de coyuntura económica. si el pago del salario mínimo ya está estipulado, por un período máximo de tres meses (art. 2 de la Ley 4923/65). Aunque esta norma es anterior a la Constitución de la República, su recepción es una realidad porque es compatible, por lo tanto, la norma de 1965 puede tomarse como un elemento regulador del art. VI. 7 de la Ley Mayor.

En cuanto a la jornada laboral, la ley fundamental no estableció un límite mínimo para la negociación colectiva, ya que tanto el turno ininterrumpido de ocho horas como el de seis horas pueden ser negociados por los actores colectivos, todos los demás derechos previstos; son parte del núcleo duro del derecho laboral, con el cual incluso la negociación colectiva no puede interferir con los estándares mínimos estipulados.

En este punto, además de las limitaciones impuestas a favor de la no discriminación de las partes en el contrato de trabajo por su equidistancia (límites impuestos por el principio de protección e indisponibilidad), agregamos las enseñanzas actuales de la Encíclica *Laudato Si*: “Es decir, el límite de la explotación humana del hombre por el hombre debe ser bioética. Todas las normas negociables de la legislación laboral deben observar la sostenibilidad humana como una presuposición, incluso antes de aplicar las normas creadas a partir de la no discriminación, ese sería el contenido mínimo y no disponible, es decir, el núcleo duro de la legislación laboral”.

En este sentido, observamos que el texto del celetista brasileño afirmaba la mayoría de las normas internacionales, los convenios de la Organización Internacional del Trabajo, que se ocupan de la protección de la salud de los trabajadores.

El Capítulo V del Título I de la Consolidación de las leyes laborales recoge las normas de seguridad y medicina del trabajo, normas que nunca deberían formar parte de la negociación colectiva, principalmente porque no estaban exceptuadas por los puntos VI, XIII y XIV del art. 7 del CF (horas de trabajo / salario), pero también porque mantiene al trabaja-

dor vivo y libre de accidentes, o al menos trata de evitar cualquier tipo de accidente tanto como sea posible, siendo este un límite bioético.

Los descansos necesarios para la recuperación de la salud física y mental del trabajador también son parte del núcleo duro de la Ley del Trabajo, ya que están estrechamente relacionados con la protección bioética del hombre, que incluso se reconoció como el intervalo entre el Tribunal Superior del Trabajo en el Precedente 437, ítem II - “No es válida la cláusula de convenio colectivo o convenio que contempla la supresión o reducción del intervalo intradía porque constituye una medida de higiene, salud y seguridad en el trabajo, garantizada por la regla del orden público (art. 71 CLT y el artículo 7º, XXII, del CF / 1988), no a la negociación colectiva”.²³

En este sentido, cómo establecer un límite bioético para la negociación colectiva en el que el trabajador sea más valioso en la consideración de la relación legal capital versus trabajo, es decir: su tiempo de empleabilidad de la fuerza humana. Inicialmente, me atrevo a enfatizar que los beneficios, los pagos de salarios y el gasto de la fuerza humana física y psíquica deben ser equivalentes.

Según estudios en psicodinámica del trabajo, era imposible medir el tiempo de trabajo empleado por un trabajador, ya que este tiempo pertenece a una subjetividad inscrita en la psique del hombre, que incluso puede estar funcionando en el momento de su sueño: El trabajo también se realiza cuando duermes y sueñas. Si no sueñas con el trabajo, eres un mal trabajador.”²⁴

Entonces ¿Cuál es el límite de tiempo medible que un empleador puede requerir del límite mínimo de su empleado? La ley fundamental permitió la transacción de las horas de trabajo dentro del límite de 8 horas por día o 44 horas por semana, pero es habitual en Brasil utilizar el límite insertado en el art. 59 de la Consolidación de las leyes laborales de dos horas más que las ocho previstas en la ley fundamental, extendiendo el tiempo de trabajo diario a 10 horas. Ningún otro artículo en la Consolida-

²³ Tribunal Superior do Trabalho, “Súmulas da jurisprudência uniforme do Tribunal Superior do Trabalho”, Brasil, <http://www.tst.jus.br/sumulas>

²⁴ Dejours, Christophe, *Trabalho tecnologia e organização: avaliação do trabalho submetida a prova do real: critica aos fundamentos da avaliação*, São Paulo, Blucher, 2008, Cadernos de TTO, núm. 2, p. 65

ción de las leyes laborales trata sobre la provisión del pronóstico semanal máximo, es decir, 44 horas. Se puede argumentar que este sería un núcleo duro no disponible para la negociación colectiva: las horas de trabajo no pueden exceder las 44 horas por semana, y esta regla es más beneficiosa que el 1er Convenio de la OIT de 1919 sobre el art. trabajo industrial, que preveía un tiempo de trabajo máximo semanal de 48 horas,²⁵ ya modificado por la Recomendación 116 de la OIT a 40 horas por semana.

Desde esta perspectiva, volvemos a la idea de la bioética y la sostenibilidad humana ¿En qué medida puede exigirse una fuerte conexión con el trabajo de la vida humana, en contra de los límites biológicos, psíquicos y sociales del trabajador? La teoría de la desconexión del trabajo, si se analiza desde la perspectiva de la doctrina social cristiana, proporciona la base para el mantenimiento de la vida humana, protegiendo al hombre del hombre mismo, gobernando el conflicto de capital versus conflicto laboral. Los estados intentan producir normas legales que respalden esta limitación, pero a cambio de la idea de una organización sindical fuerte de la doctrina de la década de 1970, la preocupación por las reformas laborales no existiría si Brasil tuviera organizaciones sindicales fuertes capaces de llevar a cabo negociaciones. de hecho, implementan los principios del Derecho Laboral, promoviendo la protección normativa por encima del llamado núcleo del trabajo duro. En tiempos de crisis, la autonomía privada colectiva no se trataría como un asunto jurisdiccional. La intervención estatal para decir que el límite de la negociación colectiva ni siquiera sería necesario. Pero, como esta no es la realidad brasileña, es importante establecer el contenido mínimo no disponible y libre de trabas colectivas para que el hombre no regrese al tiempo anterior a la creación de la Ley Laboral con la máxima explotación degradante del cuerpo y el alma humanos.

Vale la pena recordar que el concepto de sostenibilidad surgió de la crisis ambiental y su conciencia llegó en la década de 1960, comenzando con *Silent Spring* de Rachel Carson, expandiéndose en la década de 1970 con la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano. sentando las bases de los límites de la racionalidad económica y advirtiendo sobre los desafíos de la degradación ambiental al proyecto civilizador de

²⁵ Organização Internacional do Trabalho. Convenção, núm. 1, 1919, http://www.ilo.org/public/portugue/region/eurpro/lisbon/pdf/conv_1.pdf

la modernidad, creando una escasez global que ya no podría resolverse a nivel de progreso técnico, reemplazando los recursos escasos por recursos más abundantes o uso de espacios insaturados para el depósito de relaves generados por el crecimiento desenfrenado de la producción.²⁶ Y si el medio ambiente puede protegerse en su totalidad ¿Por qué no podría el ser humano?

Esta ética biológica se refiere a la integralidad física, social, mental y psicológica del trabajador como núcleo duro, no de la ley laboral, sino de la supervivencia humana. Es decir, todas las normas creadas en un contrato laboral individual o colectivo, o mediante convenios y acuerdos colectivos, así como las normas legislativas, deben respetar la biota humana, pero no solo la biota humana, sino también la ética laboral. Las relaciones sociales, porque la degradación mental, invisible, la que viene al trabajo y acompaña al trabajador en su momento de descanso, como explica Dejours, también merece ser respetada y protegida. No se debe crear un conjunto de normas que aniquile las relaciones sociales en el trabajo, creando una competitividad exacerbada hasta el punto de empañar la solidaridad, la ética y la buena convivencia entre los trabajadores, ya que estos elementos también son parte de la protección y la falta de disponibilidad de la legislación laboral.

La crisis del sindicalismo está marcada por una degradación de las relaciones personales y también por el contexto económico mundial, que se enumera en la doctrina como elementos generales: a) la caída relativa y absoluta del número de trabajadores sindicalizados; b) cada vez más difícil de representar frente a una categoría cada vez más heterogénea que es refractaria a la estandarización de los derechos; c) baja disposición de los trabajadores a participar en movilizaciones sindicales; d) caída en las tasas de huelga; e) reducción del número de trabajadores protegidos por instrumentos colectivos; f) debilitamiento general del poder sindical.

El fin del poder normativo del Tribunal Laboral en 2004, al menos según lo previsto por la ley, contribuyó al intento de devolver la autonomía colectiva privada en su aspecto material, porque con la enmienda del art. 114 de la Ley Fundamental de la CE 45/2004, el Poder Judicial

²⁶ Colnago, Elizabeth de Mello Rezende, “Sustentabilidade ambiental e suas dimensões social, ambiental e jurídica”, en Colnago, Lorena de Mello Rezende y Zanotelli, Rubia de Alvarenga, *Direitos humanos e direito do trabalho*, São Paulo, Ltr, 2013, pp. 151-152.

Especializado tenía prohibido crear cláusulas colectivas, teniendo solo que apreciar la legalidad de las cláusulas y propuestas existentes en las frustradas negociaciones colectivas (párrafo 2 del art. 114), respetando las disposiciones legales mínimas de protección, así como las acordadas previamente.

La expresión *disposiciones mínimas* consiste en una cláusula abierta que merece una interpretación inclusiva basada en la idea del límite bioético y la sostenibilidad humana, así como la lista de derechos laborales insertada en el art. 7 de la Constitución Federal, con las excepciones anteriores que se refieren al salario y las horas de trabajo. Con respecto a la jornada laboral, con la apertura a su suministro o reducción mediante compensación o pago de horas, es necesario observar la prohibición de interferencia en las pausas legales por parte de los actores colectivos, excepto en el caso de conjunción con el art. 71, §2º de la CLT, respetando los demás derechos constitucionales, como el mínimo del 50% por el tiempo extra adicional o el 20% por la noche adicional, constitucionalmente previsto sin ninguna excepción a la negociación colectiva.

Y en términos de horas de trabajo, las partes permanecen relativamente libres para realizar transacciones de la duración mínima, respetando los límites internacionales recomendados, pero especialmente la capacidad bioética del trabajador, porque sin material humano no hay Ley Laboral ¿De qué sirve en tiempos de crisis crear una jornada laboral excesiva que contribuya al agotamiento mental de la persona, que será más propensa a sufrir accidentes y enfermedades discapacitantes? El costo de la empresa aumentará con las obligaciones laborales y la compensación generada, este es un hecho ya verificado por la investigación (en 2013 hubo 2.489 accidentes laborales analizados oficialmente por el Ministerio de Trabajo y Empleo, la mayoría de ellos en el área de la construcción civil. 634).²⁷

Las llamadas disposiciones legales mínimas o el núcleo duro de la normatividad laboral se pueden fijar como: las normas de salud, seguridad y salud ocupacional, pero también el salario mínimo nacional y un día laboral limitado a 44 horas por semana, de acuerdo con la Constitución Federal, o 40 horas por semana si el alcance del análisis va más allá del plan nacio-

²⁷ Ministério do Trabalho e Emprego, “Dados da inspeção em segurança e saúde no trabalho”, Brasil, janeiro-dezembro de 2013, file:///C:/Users/admin/Downloads/Atualizar_-_INTERNET_-_DSST_-_Acumulado_2013.pdf

nal para lograr la Recomendación no. 116 de la OIT. Recordando que para mejorar la condición bioética de los trabajadores no habrá limitación a la acción sindical, porque más importante que garantizar dicho salario digno es proteger la vida del hombre en su integridad física, psíquica y ética.

Por lo tanto, la acción sindical para respetar el núcleo duro de la Ley del Trabajo no debe en cambio cambiar las reglas del capítulo CLT sobre salud, seguridad y medicina ocupacionales, ni permitir la no aplicación de ninguna norma reguladora emitida por el Ministerio de Trabajo y Trabajo. Empleo (art. 200 de la CLT). También está prohibido reducir el mínimo estipulado para las asignaciones legales de horas extras, porque la Constitución de la República ha establecido un mínimo del 50% y no hay ninguna disposición para la transacción, mientras que la insalubridad, las sanciones y el peligro como estipula la disposición legal en la forma de la ley. la ley y la ley aplicada es la mano de obra, recibida, a menos que se cambie el texto celetista no hay forma de reducir los porcentajes de insalubridad y peligrosidad previstos en los artículos 192 y 193, párrafo 3 del CLT, no existe una regulación para el trabajador privado de la adicional de dificultades o situaciones dolorosas, que se convierte en una cláusula abierta para establecer los parámetros a través de la negociación colectiva.

La paternidad (art. 7, XIX, de CF / 88) y la licencia de maternidad (art. 7, XVIII, de CF / 88) pueden aumentarse, pero no reducirse porque tampoco existe una excepción constitucional para la negociación colectiva. El pago mínimo por vacaciones (art. 7, XVII de CF / 88) sigue el mismo principio, como la asistencia gratuita para niños y dependientes insertada por EC 53/2006: aquí habría otra incidencia de la función social de la empresa prevista en el punto III del art. 170 de la ley fundamental, pero como está constitucionalizado este derecho es parte del núcleo duro.

Además de los derechos enumerados en el art. 7 de la Constitución, la ausencia de intimidación (actos repetidos practicados por los empleadores y sus agentes –vertical– o por sus compañeros de trabajo horizontal)²⁸ es un límite bioético de la Ley Laboral, ya que proporciona un ambiente saludable libre de enfermedades mentales. que protege la biota humana.

²⁸ cfr. Caixeta, Sebastião Vieira, “O assédio moral nas relações de trabalho”, *Revista do Ministério Público do Trabalho*, Brasília: LTR, núm. 25, mar., 2003, pp. 90-98.

La reciente reforma laboral que inició los procedimientos en el Congreso Nacional en forma de PL 6787/2016 propuso algunos cambios con referencia a la acción sindical en la negociación colectiva que regula mejor la cuestión del representante sindical en empresas con más de 200 empleados (artículo 11 de la Constitución Federal) con un asiento en las mesas de negociación colectiva, lo cual es bastante saludable para que este representante de los empleados refleje mejor los deseos de sus compañeros de trabajo, estando más cerca de la junta sindical. Otro punto importante es la posibilidad de ampliar el número de representantes, limitado a 5 a través de la negociación colectiva, aunque esta limitación máxima es contraria a los preceptos de la libertad de asociación, ya que lo ideal era dejar que los empleados se organizaran como quisieran (Convención OIT Nos. 87, 98 y 154).

El punto más interesante para este estudio es la redacción propuesta para el arte. 611-A del CLT que se ocupa de los derechos negociables:

- I. Cuota de vacaciones anuales hasta tres veces, con pago proporcional a las cuotas, de modo que una de las fracciones corresponda necesariamente a al menos dos semanas de trabajo ininterrumpidas;
- II. pacto de cumplimiento de la jornada laboral, limitado a doscientas veinte horas por mes;
- III. participación en los beneficios y resultados de la compañía, para incluir su pago a plazos dentro del límite del balance general y / o los balances legales requeridos, no menos de dos plazos;
- IV. horas en itinere;
- V. intervalo intradiario, respetando el límite mínimo de treinta minutos;
- VI. ultratividad del instrumento de trabajo estándar o colectivo de la categoría;
- VII. adhesión al Programa de Seguro de Empleo - PSE, que se trata en la Ley N ° 13.189 de 19 de noviembre de 2015;
- VIII. plan de puestos y salarios;
- IX. regulación comercial;

- X. banco de horas, garantizó la conversión de la hora que excede la jornada laboral normal con un aumento de al menos el cincuenta por ciento;
- XI. trabajo remoto;
- XII. compensación por productividad, incluyendo propinas percibidas por el empleado; y
- XIII. registro de jornada laboral.²⁹

Con respecto a los derechos expresos, se observa que solo los artículos que se ocupan del viaje son un poco más preocupantes, porque aunque el fraccionamiento en tres períodos de las vacaciones no es el expresado en el Texto Consolidado, existe esta disposición de pago a plazos para las vacaciones del funcionario (Ley 8.112 / 90, artículo 77, párrafo 3) no existiendo límite para el fraccionamiento en el art. 8, punto 1 del Convenio 132 de la OIT, ratificado por Brasil mediante el Decreto 3197/99.

Reanudar el establecimiento de la jornada laboral mensual, realizada mediante negociación colectiva a 220 horas mensuales, siempre que se calcule el descanso semanal pagado (interpretación que combina las 44 horas constitucionales por semana con el descanso semanal pagado, art. 7, XIII y XV, CF/88), esto ya era una praxis. Sin embargo, con respecto a la reducción del intervalo intradiario, aunque esto no figura entre los derechos mínimos del art. 7 de la Constitución Federal, su reducción por instrumento normativo puede ser motivo de preocupación ya que existe una jurisprudencia establecida que prohíbe esta reducción o incluso la supresión de la ruptura. La única posibilidad de que la ley brasileña prevea la reducción a 30 minutos de un intervalo de 1 hora está en el § 3 del art. 71 del CLT, que condiciona el hecho a tres requisitos concomitantes: inspección del Ministerio de Trabajo y Empleo - MTE, ausencia de régimen de extensión de horas de trabajo y existencia de refectorios de acuerdo con las normas reguladoras de MTE. Por lo tanto, la reducción del rango previsto en la factura debe ir acompañada de los requisitos del §3 del art. 71 del CLT para ser válido, especialmente porque el proyecto en sí hizo hincapié en la posibilidad de tramitar las normas de salud, seguridad y entorno laboral en su § 2 del art. 611-A, siendo loable la inserción de la regla de obligación de

²⁹ Câmara dos Deputados. Projeto de Lei núm., 6787/2016, http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1520055&filename=PL+6787/2016

insertar explícitamente las ventajas adquiridas por los empleados en referencia a cada cláusula de reducción de cualquier derecho tradicionalmente ganado. Del Proyecto No. 6787/2016 con la redacción original, se puede afirmar que el orden de la patria contendrá una predicción explícita de la teoría de “conglobation by institute”³⁰ para el análisis de la aplicación de la norma más favorable, incluso porque la ventaja adquirida vendrá expresamente por escrito facilitando el trabajo del intérprete mediante el análisis de los institutos alterados por la negociación colectiva. Este pronóstico a pesar de numerosos cambios en el proyecto principal se ha mantenido.

Con respecto a los derechos expresos, se observa que solo los artículos que se ocupan del viaje son un poco más preocupantes, porque aunque el fraccionamiento en tres períodos de las vacaciones no es el expresado en el Texto Consolidado, existe esta disposición de pago a plazos para las vacaciones del funcionario (Ley 8.112 / 90, artículo 77, párrafo 3) no existiendo límite para el fraccionamiento en el art. 8, punto 1 del Convenio 132 de la OIT (ratificado por Brasil mediante el Decreto 3197/99).

Se observa que la reforma laboral sería más tímida de lo que fue, el objetivo de este estudio es demostrar el punto de partida del cambio legislativo, que generalmente respetó la sostenibilidad humana con algunas excepciones, y ni siquiera hubo en el proyecto original el Sin embargo, los cambios en el área procesal o con respecto al fin del impuesto sindical ocurrieron en tan poco tiempo, alterando sustancialmente el proyecto original, lo que resultó en los cambios infinitos expresados en la Ley N ° 13.467 / 2017, que entró en vigencia el 11 de noviembre. Al dejar a la comunidad legal laboral asombrada, los puntos de cambio en la legislación laboral colectiva y sindical serán ampliamente debatidos en este trabajo, y, por lo tanto, la opción de estudiar el proyecto original ocurrió para no agotar los temas que seguirán.

4. LEY NO. 13,467 DE 2017 APROBADO: PREVALENCIA DE NEGOCIADO SOBRE LEGISLADO

La aprobación de la nueva legislación confirmó parcialmente el proyecto de ley 6787/2016, extendiéndolo considerablemente. Innovaron

³⁰ cfr. Longhi, Dânia Fiorin, *Teoria do conglobamento: conflito de normas no contrato de trabalho*, São Paulo, Ltr, 2009; Santos, Ronaldo Lima, *Teoria das normas coletivas*. 3ª Edición. São Paulo, Ltr, 2014.

dentro del alcance de la regulación sindical al eliminar la obligación legal de la contribución sindical pagada por los empleados y empleadores, dejando a las partes el deber de negociar con su categoría y socios cómo se recaudarían los ingresos.

Y en los primeros años de la reforma, este fue un punto de gran controversia entre los sindicatos y el poder judicial, con la presentación de numerosas acciones sindicales en un intento por mantener el status quo del costo obligatorio de los sindicatos con el argumento de que la defensa de todas las categorías, prescritas en el art. 8 de la Constitución de la República y no solo los miembros, para considerar la baja tasa de sindicalización brasileña, siendo la tasa más baja encontrada en 2017, cuando el Instituto Brasileño de Investigación y Estadísticas mostró que en el año de la reforma laboral, el 14,4% de los brasileños las personas empleadas estaban sindicalizadas. Este porcentaje representa 13.1 millones de personas, contra la tasa de sindicalización que alcanzó el 16.2% en 2012 en el país, que es el porcentaje más alto encontrado hasta ahora. Otro punto señalado es que la tasa de sindicación está estrechamente relacionada con la caída de los empleos formales.³¹ La tasa de sindicación más alta en 2017 fue entre los empleados del sector público (27,3%). Este grupo representaba el 12.4% de la población ocupada total (11,339 mil personas).³² Como puede verse, la sindicalización en Brasil es muy baja.

El artículo 611-A del CLT fue finalmente aprobado con la siguiente redacción, observando por un lado la limitación de los temas a tratar en la negociación colectiva, y por otro, el art. 611-B del CLT, la fijación más clara del llamado núcleo duro de la legislación laboral, que no afecta a la negociación colectiva. Se mantuvo la unidad sindical, ya que es una norma expresada en la Constitución de la República de Brasil, art. 8. Sin embargo, el monopolio de negociación colectiva de los sindicatos no se mantuvo exactamente:

Art. 611-A. El acuerdo de negociación colectiva y el acuerdo de negociación colectiva prevalecen sobre la ley cuando, entre otros, prevén:

³¹ IBGE Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, “Taxa de sindicalização dos trabalhadores brasileiros cai para 14,4%, a menor desde 2012”, <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/22952-taxa-de-sindicalizacao-dos-trabalhadores-brasileiros-cai-para-14-4-a-menor-desde-2012>

³² *Idem*.

- I. Acuerdo sobre la jornada laboral, observando los límites constitucionales;
- II. banco anual de horas;
- III. intervalo intradiario, respetando el límite mínimo de treinta minutos para viajes de más de seis horas;
- IV. adhesión al Programa de Seguro de Empleo (PSE), que se trata en la Ley N ° 13.189, de 19 de noviembre de 2015;
- V. plan de puestos, salarios y funciones compatibles con la condición personal del empleado, así como la identificación de puestos que caen bajo funciones de confianza;
- VI. regulación comercial;
- VII. representante de los trabajadores en el lugar de trabajo;
- VIII. teletrabajo, trabajo supervisado y trabajo intermitente;
- IX. compensación por productividad, incluyendo consejos percibidos por el empleado, y compensación por desempeño individual;
- X. modalidad de registro de jornada laboral;
- XI. Intercambio de días festivos;
- XII. encuadre del grado de insalubridad;
- XIII. extensión del horario laboral en entornos poco saludables, sin licencia previa de las autoridades competentes del Ministerio de Trabajo;
- XIV. premios de incentivos en bienes o servicios, eventualmente otorgados en programas de incentivos;
- XV. participación en los beneficios o resultados de la empresa.

Art. 611-B. El objeto ilegal de un convenio colectivo o convenio laboral colectivo es únicamente la supresión o reducción de los siguientes derechos;

- I. Reglas de identificación profesional, incluidas las notas en la Tarjeta de Trabajo y Seguridad Social;
- II. seguro de desempleo en caso de desempleo involuntario;
- III. cantidad de depósitos mensuales e indemnizaciones por despido del FGTS;
- IV. salario mínimo;
- V. valor nominal del decimotercer sueldo;

- VI. remuneración por trabajo nocturno mayor que por trabajo diurno;
- VII. protección del salario de acuerdo con la ley, constituyendo un delito su retención intencional;
- VIII. salario familiar;
- IX. descanso semanal pagado;
- X. remuneración por servicio extraordinario al menos 50% (cincuenta por ciento) mayor de lo normal;
- XI. número de días de vacaciones debido al empleado;
- XII. disfrutar de vacaciones anuales pagadas al menos un tercio más que el salario normal;
- XIII. licencia de maternidad con una duración mínima de ciento veinte días;
- XIV. licencia de paternidad en los términos establecidos por la ley;
- XV. protección del mercado laboral de las mujeres mediante incentivos específicos, de conformidad con la ley;
- XVI. aviso anticipado proporcional a la duración del servicio, siendo al menos treinta días, según los términos de la ley;
- XVII. normas de salud, higiene y seguridad en el trabajo establecidas por la ley o las normas reglamentarias del Ministerio de Trabajo;
- XVIII. remuneración adicional por actividades dolorosas, insalubres o peligrosas;
- XIX. jubilación;
- XX. seguro contra accidentes laborales, a cargo del empleador
- XXI. demanda, con respecto a reclamos derivados de relaciones laborales, con un estatuto de limitaciones de cinco años para trabajadores urbanos y rurales, hasta dos años después de la terminación del contrato de trabajo;
- XXII. prohibición de cualquier discriminación con respecto al salario y los criterios de admisión del trabajador discapacitado;
- XXIII. prohibición del trabajo nocturno, trabajo peligroso o insalubre para niños menores de dieciocho años y cualquier trabajo para niños menores de dieciséis años, excepto como aprendiz, a partir de los catorce años en adelante;

- XXIV. medidas legales de protección para niños y adolescentes;
- XXV. igualdad de derechos entre el trabajador con empleo permanente y el trabajador suelto;
- XXVI. libertad de asociación profesional o sindical del trabajador, incluido el derecho a no sufrir, sin su previo consentimiento expreso, cualquier cobro o descuento salarial establecido en un convenio colectivo o convenio colectivo;
- XXVII. derecho de huelga, corresponde a los trabajadores decidir la oportunidad de ejercerlo y los intereses que deben defender a través de él;
- XXVIII. definición legal de servicios o actividades esenciales y disposiciones legales para satisfacer las necesidades urgentes de la comunidad en caso de huelga;
- XXIX. impuestos y otros créditos de terceros;
- XXX. las disposiciones previstas en los arts. 373-A, 390, 392, 392-A, 394, 394-A, 395, 396 y 400 de esta Consolidación.³³

Párrafo único. Las reglas sobre el tiempo de trabajo y los descansos no se consideran normas de salud, higiene y seguridad ocupacional para los fines de este artículo.

La crítica que queda es la ruptura en el viaje, tomada del núcleo duro de las normas laborales, porque esta vez de recuperación biológica del trabajador puede dejarlo menos concentrado en el trabajo frente a la fatiga corporal y más propenso a accidentes en el trabajo.

La reforma laboral también trajo la idea de que las cláusulas producidas en la negociación deberían indicar los derechos retirados / reducidos y la contraparte del empleado (§2º), y una vez analizado por el poder judicial, no puede anular uno sin cancelar el otro (§ 4to). Otro punto de interés es el intento de reducir la intervención judicial restringiendo el juicio de los elementos del negocio legal y sus requisitos de validez (§1) dentro del alcance del art. 8 del CLT como se puede observar a través de la redacción de los párrafos del art. 611-A del CLT:

Párrafo 3: Si se acuerda una cláusula que reduzca el salario o la jornada laboral, el convenio colectivo o el convenio colectivo de trabajo propor-

³³ Esse rol de artigos citados a título exemplificativo trata da regulamentação do trabalho da mulher.

cionará la protección de los empleados contra el despido no motivado durante la vigencia del instrumento colectivo.

Se extrae de la lectura del §5º del art. 611-A del CLT una especie de colectivización de la acción individual, presentada por el empleado contra su empleador, cuando en una de las solicitudes existe la nulidad de una cláusula normativa derivada de un convenio colectivo. Esta cuestión debe ser debatida por las partes en el acuerdo o convención, incluso antes de que el juez se pronuncie sobre su mantenimiento o anulación, el Código de Procedimiento Civil de Brasil, Ley No. 13.105 del 16 de marzo de 2015, prevé formación de una cuestión juzgada por una cuestión prejudicial, que se aplica subsidiariamente de conformidad con el art. 796 del CLT y art. 15 del CPC, art. 503 que regula esta posibilidad:

Artículo 503. La decisión que juzga el mérito total o parcialmente tiene fuerza de ley dentro de los límites de la cuestión principal expresamente decidida.

Párrafo 1. Las disposiciones del caput se aplican a la resolución de la cuestión planteada, decidida de manera expresa e incidental en el procedimiento, si:

- I. Esta resolución depende del juicio de fondo;
- II. ha habido una contradicción previa y efectiva sobre él, que no se aplica en caso de incumplimiento;
- III. el tribunal tiene jurisdicción por el asunto y la persona para resolverlo como el problema principal.

§ 2 La hipótesis del § 1 no se aplica si en el proceso existen restricciones o limitaciones probatorias a la cognición que impiden un análisis más detallado de la cuestión referida.³⁴

La doctrina brasileña aún no está madura para defender este procedimiento de colectivización de la acción individual. Ante el Tribunal Constitucional brasileño, el Tribunal Supremo Federal, la Apelación Extraordinaria con Apelación Interlocutoria (ARE) 1121633, presentada contra la Mineração Serra Grande S / A, de Goiás, en la que se discute la validez de una cláusula de convenio colectivo que prevé el suministro. transporte

³⁴ Presidência da República. Lei n.º 13.105, 16 de março de 2015, Brasil, https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm

para los empleados que viajan al trabajo (horas en itinerario) y la supresión del pago del tiempo de viaje, con la suspensión de todos los procedimientos sobre el tema desde julio de 2019, el tema de los negociados en la legislatura está bajo consideración por El Tribunal Constitucional por ser un asunto afecta el derecho fundamental de la negociación colectiva, art. 7, XXVI de CF / 88, no se sabe hasta ahora qué prevalecerá después del análisis judicial.

5. CONCLUSIÓN

Los principios de protección e indisponibilidad de los derechos laborales creados bajo los auspicios de la matriz no discriminatoria deben repensarse bajo el sesgo bioético para satisfacer las necesidades de la relación legal laboral en tiempos de crisis.

El estado interviniente es necesario en la medida en que las entidades sindicales y su poder de negociación se hayan debilitado. Por lo tanto, el sistema legal de la patria ha establecido a lo largo de los años, como resultado de la conquista social, límites a la negociación colectiva predatoria, que se constituyeron en los artículos 7 y 114 de la ley fundamental. En este sentido, la idea de establecer un núcleo duro e inaccesible para las normas laborales con la base constitucional surge como una violación del modo de producción y la vida de la aceleración, producida por la revolución nanotecnológica. La extinción del poder normativo brasileño fue importante para el intento de devolver el poder de negociación a los sindicatos, pero no se reveló lo suficiente, lo que requiere el crecimiento de la doctrina centrada en la sostenibilidad humana.

La propuesta de enmendar la legislación laboral por la Ley N ° 6787/2016 podría ser válida si observa el contenido mínimo no disponible del trabajador (límite bioético o sostenibilidad humana), en lo que respecta a las transacciones de negociación colectiva. interpretativa de sus disposiciones con las que ya existen en las leyes no revocadas y en la tradición doctrinal y jurisprudencial de Brasil, sin embargo, el legislador reformador amplió enormemente el proyecto original en poco tiempo, sin un debate más profundo con la comunidad legal, económica y productiva, convergiendo con los cambios estructurales sin precedentes en el Derecho Colectivo y Sindical brasileño, no se sabe, en este escenario

político de incertidumbre por qué Brasil pasa hasta que la Ley N ° 13.467 / 2017 permanezca intacta, se producirá el efecto de la emancipación sindical esperado con el fin del impuesto de unión o intensificará los conflictos entre si se trabaja debilitando la entidad colectiva, todos estos temas de expansión del proyecto original se abordarán en los próximos estudios de este trabajo en los próximos capítulos, pero el futuro del Derecho Colectivo y Laboral en este momento es incierto y está lleno de preguntas ante una crisis política de este tipo y economía brasileña.

6. BIBLIOHEMEROGRAFÍA

Bibliografía

Colnago, Lorena de Mello Rezende y Zanutelli, Rubia de Alvarenga, *Direitos humanos e direito do trabalho*, São Paulo, Ltr, 2013.

Dejours, Christophe, *Trabalho tecnologia e organização: avaliação do trabalho submetida a prova do real: critica aos fundamentos da avaliação*, São Paulo, Blucher, 2008.

Grisolia, Julio Armando, *Manual de derecho laboral*, 9ª Edición, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013.

La Villa, Luis Henrique de, “El principio de la irrenunciabilidad de los derechos laborales”, en López, Manuel Carlos Palomeque; Escartín, Ignacio Garcia-Perrote (coords.), *Derecho del trabajo y seguridad social: cincuenta estudios del profesor Luis Enrique de la Villa Gil: Homenaje a sus 50 años de dedicación universitária*, Madrid, Centro de Estudios Financieros, 2006, pp. 7-71, <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2494119.pdf>

Longhi, Dânia Fiorin, *Teoria do conglobamento: conflito de normas no contrato de trabalho*, São Paulo, Ltr, 2009.

Mello, Marcos Bernardes, *Teoria do fato jurídico: plano de validade*, 6ª Edición, São Paulo, Saraiva, 2004.

Miranda, Francisco Cavalcanti Pontes, *Tratado de direito privado: parte especial: direito das obrigações: títulos ao portador (continuação)*, Títulos nominativos. Títulos endossáveis, t. XXXIII, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2013.

Muñoz Fulco, Ramón, “El principio de igualdad y las fuentes del derecho de trabajo”, en *Treynta y seis estudios sobre las fuentes del derecho del trabajo. Grupo de los miercoles*, Uruguay, Fundación de Cultura Universitaria, 1995.

Rodriguez, Américo de Plá, *Princípios de direito do trabalho*, 3ª Edição, 3 tir., São Paulo, Ltr, 2004.

Santos, Ronaldo Lima, *Teoria das normas coletivas*. 3ª Edição, São Paulo, Ltr, 2014.

Sussekkind, Arnaldo, Maranhão, Délio y Vianna, Segadas, *Instituições de direito do trabalho*, 12ª Edição, São Paulo, Ltr, 1992.

Hemerografia

Betancourt, Ricardo Barona, “Principios del derecho laboral en el sistema jurídico colombiano”, *Criterio jurídico garantista*, vol. 2, núm. 2, enero-junio de 2010, pp. 252-264, <http://www.actiweb.es/jamaro/archivo3.pdf>

Caixeta, Sebastião Vieira, “O assédio moral nas relações de trabalho”, *Revista do Ministério Público do Trabalho*, Brasília, LTR, núm. 25, mar., 2003.

Contreras, Sergio Gamonal, “El principio de protección del trabajador en la Constitución chilena”, *Estudios Constitucionales*, Santiago, vol. 11, núm. 1, 2013, pp. 425-458, <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002013000100011>

López terrada, Eva, “La indisponibilidad de los derechos laborales em el ordenamento español y su interpretación jurisprudencial”, *Il diritto dei lavori*, ano. VIII, núm. 3, noviembre 2014, pp. 25-35, http://www.csddl.it/csddl/attachments/1058_La%20indisponibilitad%20de%20los%20derechos%20laborales.pdf

Moreno, Jesús María Galiana, “Apuntes sobre la reforma laboral de 2012”, *Revista internacional de ciencias sociales*, núm 32, 2013, pp. 29-36, https://digitum.um.es/xmlui/bitstream/10201/38409/1/03_Apuntes%20sobre%20la%20reforma%20laboral.pdf

Documentos publicados en Internet

Camacho Sólis, Julio Ismael, “Los mecanismos y normas de protección en las relaciones laborales”, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2012, <https://www.juridicas.unam.mx/>

Contreras, Sergio Gamonal, *El principio de protección en el nuevo procedimiento laboral chileno*, Albacete, Editorial Bomarzo, 18/11/2016, <http://editorialbomarzo.es/el-principio-de-proteccion-en-el-nuevo-procedimiento-laboral-chileno/>

Hidalgo, Mônica y Moreno, Isabel, *Principio del derecho laboral y la seguridad social en Colombia*, <http://isssl.org/wp-content/uploads/2013/01/Colombia-Moreno.pdf>

IBGE Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, “Taxa de sindicalização dos trabalhadores brasileiros cai para 14,4%, a menor desde 2012”, <https://www.ibge.gov.br/pt/indicadores/indicadores-de-sindicalizacao>

tps://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/22952-taxa-de-sindicalizacao-dos-trabalhadores-brasileiros-cai-para-14-4-a-menor-desde-2012

Ministério do Trabalho e Emprego, “Dados da inspeção em segurança e saúde no trabalho”, Brasil, janeiro-dezembro de 2013, *file:///C:/Users/admin/Downloads/Atualizar_-_INTERNET_-_DSST_-_Acumulado_2013.pdf*

Legislación

Câmara dos Deputados, Projeto de Lei núm., 6787/2016, *http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1520055&filenome=PL+6787/2016*

Presidência da República, Lei n.º 13.105, 16 de março de 2015, Brasil, *https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm*

Tratados y convenios internacionales

Organização Internacional do Trabalho. Convenção, núm. 1, 1919, *http://www.ilo.org/public/portugue/region/eurpro/lisbon/pdf/conv_1.pdf*

Jurisprudencia

Tribunal Superior do Trabalho, “Súmulas da jurisprudência uniforme do Tribunal Superior do Trabalho”, Brasil, *http://www.tst.jus.br/sumulas*

CONVENIO 190 Y RECOMENDACIÓN 206 DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO

Convention 190 and Recommendation 206 of the International Labor Organization

Recepción: 26/08/2019

Aceptado para su publicación: 30/09/2019

JORGE CAVALCANTI BOUCINHAS FILHO*

RESUMEN: La 108a Conferencia Internacional de la Organización Internacional del Trabajo fue importante por la celebración de su centenario y por la aprobación, después de diez años de discusión, del Convenio 190 y de la Recomendación 206 sobre violencia y acoso en el lugar de trabajo problemas que quizás siempre existieran, pero solo en las últimas décadas se convirtieron en objeto de estudio y combate. Desde entonces, el tema se ha convertido en un estudio obligatorio en todos los países del mundo. Hace tiempo que se necesitaba una regulación formal que guiara la estandarización del tema. La Convención no. 190 puede representar mucho más que una dirección para la producción legislativa relacionada con acoso y la violencia en el trabajo, puede representar el regreso de la Organización Internacional del Trabajo a su papel de liderazgo en la escena internacional. Y precisamente en un momento en que los problemas sociales sucumben cada vez más a los argumentos económicos.

PALABRAS-CLAVE: acoso moral; acoso sexual; violencia en el trabajo.

ABSTRACT: The 108th International Conference of the International Labor Organization was of key importance because of the celebration of its centenary and the approval, after a ten-year-long discussion, of Convention 190 and Recommendation 206 on violence and harassment in the workplace, problems that perhaps have always existed, but only in the last decades did they become the object of study and combat. Since then, the topic has become a mandatory study in every country around the world. A formal regulation to guide the standardization of the issue was long overdue. Convention 190 can represent much more than a direction for the production of laws

* Miembro de la Academia Brasileña de Derecho del Trabajo. Profesor de Derecho del Trabajo de la Fundación Getúlio Vargas. Decano de la Escuela Superior del Colegio de Abogados de São Paulo (ESA OAB SP). Vicepresidente de la Comisión de Derecho laboral del Colegio de Abogados de São Paulo. Post Doctorado en Derecho por la Universidad de Nantes, Francia.

related to harassment and violence in the workplace, insofar as it can represent the return of the International Labor Organization to its leading role in the international scene, especially at a time when social problems are increasingly succumbing to economic arguments.

KEY-WORDS: moral harassment, sexual harassment, violence at the workplace.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. REDUCCIÓN EN LA ACTIVIDAD REGLAMENTARIA DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. 3. ANÁLISIS DEL PREÁMBULO DEL CONVENIO 190 DE LA OIT. 4. DEFINICIONES. 5. ÁMBITO DE APLICACIÓN. 6. PRINCIPIOS Y OBLIGACIONES FUNDAMENTALES. 7. PROTECCIÓN Y PREVENCIÓN. 8. CONTROL DE LA APLICACIÓN Y VÍAS DE RECURSO Y REPARACIÓN. 9. ORIENTACIÓN, FORMACIÓN Y SENSIBILIZACIÓN. 10. MÉTODOS DE APLICACIÓN. 11. FORMALIDADES PARA RATIFICACIÓN, DENUNCIA Y MODIFICACIONES. 12. CONSIDERACIONES FINALES. 13. BIBLIOHEMEROGRAFÍA.

1 INTRODUCCIÓN

La 108a Conferencia Internacional de la Organización Internacional del Trabajo, celebrada en Ginebra el 21 de junio de 2018, fue particularmente importante por dos aspectos. El primero fue la celebración del centenario de esta que es una de las organizaciones internacionales más antiguas e importantes. El segundo fue la aprobación, después de diez años de discusión, del Convenio 190 de la Organización Internacional del Trabajo sobre violencia y acoso en el lugar de trabajo y de la Recomendación 206, citada como la Recomendación sobre la violencia y el acoso, 2019.

En comparación con otros institutos de Derecho Laboral, el acoso moral es un instituto bastante nuevo. Aunque el acoso y la violencia en el lugar de trabajo siempre hayan existido, solo en las últimas décadas se convirtieron en objeto de estudio y combate.¹ Desde entonces, el tema se ha convertido en un estudio obligatorio en todos los países del mundo.

¹ Como bien observa Hádassa Dolores Bonilla Ferreira, “O assédio moral nas relações de trabalho não é fenômeno recente. Pode-se dizer que é tão antigo quanto o próprio trabalho. Contudo, o tema somente ganhou relevância nas últimas décadas com a divulgação de pesquisas realizadas na área de psicologia, desenvolvidas na Europa, em especial na França e nos países escandinavos, com ênfase voltada para o mundo do

Hubo muchas obras, congresos e investigaciones que se dedicaran al tema en los últimos años. Algunos países han avanzado más en la regulación del asunto, otros menos.

Francia, por ejemplo, fue uno de los primeros países en tener regulaciones específicas sobre el tema, introducidas por la Ley de Modernización Social del 13 de junio de 2001, que incluyó en el Código Laboral francés varias disposiciones diseñadas para luchar contra intimidación en el trabajo. A pesar de los grandes cambios en su legislación laboral, Brasil aún no tiene una disposición general que aclare la intimidación y detalle las mejores formas de combatirla. Solo existen regulaciones estatales y municipales, con aplicación limitada al alcance de sus propios servidores públicos.

Dentro de la Unión Europea, ya en 2001, dos informes, uno de la Comisión de Empleo y Asuntos Sociales, sobre el acoso en el trabajo y el otro de la Comisión de Derechos de la Mujer e Igualdad de Oportunidades, dieron lugar a la Resolución del Parlamento Europeo sobre *bullying* en el lugar de trabajo 2339/2001 (INI).

En el año 2000, la OIT ya había publicado un boletín informativo que mostraba el resultado de un estudio sobre salud mental en el trabajo, en el que comentaba que las consecuencias de la intimidación en las empresas se perciben en los altos costos con baja productividad, la disminución beneficios y la selección y capacitación del personal de reemplazo.²

Hace tiempo que se necesitaba una regulación formal que guiara la estandarización del tema. Si la Convención 190 no es perfecta, ni merece ser considerada ideal, como se mostrará a continuación, ciertamente representa un paso importante para combatir todas las formas de acoso y violencia en el trabajo y para subrayar la importancia de Organización Internacional del Trabajo en la escena internacional, en el año en que celebra su centenario.

En primer lugar, este documento analizará las posibles razones por las cuales la Organización Internacional del Trabajo ha reducido su actividad

trabalho.” Ferreira, Hádassa Dolores Bonilha, *Assédio moral nas relações de trabalho*, Campinas, Russel, 2004, pp.37-38.

² Organización Internacional del Trabajo, www.ilo.org/public/spanish/bureau/inf/pr/2000/37.html

normativa tan intensamente en los últimos años, destacando la importancia y relevancia de esta centenaria organización internacional. Después estudiaremos ítem por ítem, desde sus considerandos, los diversos temas que enfrenta la nueva convención.

2. REDUCCIÓN EN LA ACTIVIDAD REGLAMENTARIA DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO

Como anteriormente se ha dicho, la Organización Internacional del Trabajo llevó 10 años para finalmente editar su convenio sobre acoso moral y violencia en el trabajo. Una primera reflexión que se impone es porque la elaboración y aprobación de esta norma internacional llevó tanto tiempo. Es posible que el problema no esté en la norma, pero en la evolución de la organización.

Oscar Ermida Uriarte advirtió en un texto del año 2011 que “en los últimos veinte años del siglo XX se fue dando un claro debilitamiento o decadencia de la OIT.” Ermida Uriarte relaciona la “pausa normativa” o enlentecimiento del ritmo de aprobación de convenios, la preferencia por las recomendaciones, de la revisión peyorativa de algunos convenios, del inédito rechazo del proyecto de convenio sobre subcontratación en la Conferencia de 1998, una cierta flexibilización del sistema de control, la paradoja de mantener una visión limitada de los efectos de sus normas y de los pronunciamientos de sus órganos de control mientras algunas tendencias jurisprudenciales nacionales e internacionales les atribuyen mayor perceptividad como síntomas principales de la descomposición de la OIT.³

La primera explicación importante para este declive fue la caída del *socialismo real*, que modificó radicalmente el equilibrio de fuerzas dentro de la organización, en perjuicio de las posiciones del grupo trabajador. Según Ermida Uriarte hasta los años ochenta, los países de Europa del este a menudo votaban en bloque en los órganos tripartitos de la OIT (en especial, la Conferencia y el Consejo de Administración), en línea

³ Ermida Uriarte, Oscar, “Crítica de la libertad sindical”, *Revista de la Facultad de Derecho PUCP*, núm. 68, 2012, <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/2825>

con las posiciones de los trabajadores. Delegados de los sindicatos, de los Gobiernos y hasta muchas veces los de los empleadores, en tanto funcionarios del Estado Socialista, votaban en línea con las posiciones de los trabajadores. Después del fin de la Guerra Fría los países del este cambian de posición – algunos incluso se ubican más a la derecha que varios de los de Europa occidental. Sus empresarios pasan a alinearse con el grupo empleador y la mayor parte de sus Gobiernos adoptan posiciones próximas a los de estos en los órganos de la OIT. La ecuación de poder pasa, por todo eso, a ser claramente desfavorable a los trabajadores, una vez que las mismas fuerzas (patronales y gubernamentales) que proponían y a veces imponían las políticas de desregulación y flexibilización en el orden jurídico nacional, también lo impulsaron y en buena medida lo impulsieron en el ordenamiento jurídico de la OIT. Tal presión ha apuntado, como hipótesis de máxima, a convertir a la organización en una especie de centro de estudios que se limitara a investigar, analizar y asesorar, pero que ya no pretendiese regular.⁴

Para Ermida Uriarte el carácter meramente intergubernamental y no supranacional de la OIT también resultó en su debilitamiento y pérdida de importancia en relación a otras instituciones con algunos grados de supranacionalidad.⁵

El profesor uruguayo también mencionó la brecha histórica entre la ratificación de convenios y su aplicación efectiva como uno de los problemas congénitos de la OIT.⁶

Además de estos factores tan bien observados por Ermida Uriarte, también podemos recordar que la OIT ha reducido su producción diferente al darse cuenta de que, en ciertos asuntos, es más importante adoptar políticas más prácticas que legislar. Esto es lo que muestra el IPEC en relación con el trabajo infantil⁷.

Lo más importante, en cualquier caso, es reconocer la importancia de que la OIT haya reanudado su trabajo normativo de producción para estandarizar las normas internacionales sobre los principales temas del

⁴ *Idem.*

⁵ *Idem.*

⁶ *Idem.*

⁷ Informaciones sobre ese programa están disponibles en el sitio de la OIT, <https://www.ilo.org/ipec/programme/lang-es/index.htm>

Derecho Laboral. La Convención no. 190 puede representar mucho más que una dirección para la producción legislativa relacionada con acoso y la violencia en el trabajo. Puede representar el regreso de la Organización Internacional del Trabajo a su papel de liderazgo en la escena internacional. Y precisamente en un momento en que los problemas sociales sucumben cada vez más a los argumentos económicos.

3. ANÁLISIS DEL PREÁMBULO DEL CONVENIO DE LA OIT 190.

Antes de analizar los artículos del acuerdo, es relevante reflexionar un poco sobre su preámbulo, sobre sus considerandos,⁸ donde se afirman los derechos y se enfatiza la importancia de las medidas abordadas en el nuevo acuerdo. Inicialmente se afirma el derecho de cada persona a un mundo de trabajo libre de violencia y acoso, incluida la violencia y el acoso por razones de género. También se afirma que la importancia de los derechos humanos y el hecho de que la violencia y el acoso en el mundo del trabajo pueden ser una violación de los derechos humanos y la mejora de la igualdad de oportunidades, por lo que son inaceptables e incompatibles con el trabajo decente. En los considerandos se observa que entre los posibles efectos perjudiciales para los trabajadores se encuentran no solo los posibles daños a su salud psicológica, física y sexual, sino también daños a la dignidad de los trabajadores y su entorno familiar y social.

Los considerandos también muestran que el acuerdo fue precedido por una gran preocupación con el efecto que la violencia y el acoso pueden tener en los servicios públicos y privados, e incluso puede impedir que las personas, especialmente las mujeres, accedan al mercado laboral, se queden en él o progresen profesionalmente. Este énfasis en la situación de la mujer evidencia que la Conferencia Internacional del Trabajo

⁸ Según Eduardo Couture Considerando es el gerúndio utilizado en las sentencias para agrupar bajo esse rubro los motivos o razones de derecho em que se funda la decisão, Couture, Eduardo J., *Vocabulario Jurídico: español y latín, com tradução de vocablos al francês, italiano, português, inglês y alemán*, Editorial B de F., 2013, p.190. Según la brasileña Maria Helena Diniz, considerando es “cada um dos elementos estruturais da lei ou da norma que constitui sua exposição de motivos.” Diniz, Maria Helena, *Dicionário Jurídico*, 2ª Edição, São Paulo, Saraiva, 2005, p. 982.

también deseaba abordar el tema de la inserción de la mujer en el mercado laboral. Esta conclusión se ve reforzada por el reconocimiento, aún dentro de los considerandos de la nueva norma, de que “la violencia y el acoso por motivos de género afectan desproporcionadamente a las mujeres y a las niñas, y también reconocen que la adopción de un enfoque inclusivo e integrado que se centra en las consideraciones de género y aborda las causas subyacentes y los factores de riesgo, incluidos los estereotipos de género, las formas múltiples e interseccionadas de discriminación y abuso de las relaciones de poder de género, y es indispensable para combatir el acoso y la violencia en el mundo del trabajo”.

La convención también incluyó el tema relevante de la violencia doméstica, que está especialmente relacionado con el tema del trabajo de las mujeres, dado que las estadísticas muestran que la mayoría de las víctimas de este tipo de agresión son mujeres, que merecen protección dentro de una perspectiva de su relación de trabajo. Al señalar que puede afectar la productividad, la seguridad y la salud de los empleados, la convención afirma la necesidad de que los gobiernos, los representantes de los empleados y los empleadores combatan la violencia doméstica, identificando, reconociendo y abordando su impacto.

En Brasil la cuestión fue tratada por la Ley Maria da Penha, una ley federal cuyo objetivo principal es estipular el castigo apropiado y frenar los actos de violencia doméstica contra las mujeres. Decretada por el Congreso Nacional y sancionada en el 7 de agosto de 2006, la ley entró en vigor el 22 de septiembre de 2006. Desde su publicación, las Naciones Unidas consideran la ley como Una de las mejores leyes del mundo para abordar la violencia contra las mujeres. Además, según datos de 2015 del Instituto de Investigación Económica Aplicada (IPEA), la Ley Maria da Penha contribuyó a una disminución de aproximadamente el 10% en la tasa de homicidios contra mujeres cometidas dentro de los hogares de las víctimas.

En los apuntes de la ley se dice: “Crea mecanismos para frenar la violencia doméstica y familiar contra las mujeres, de conformidad con el art. 226 de la Constitución Federal, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer y la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Violencia contra la Mujer; prevé el establecimiento de tribunales de violencia doméstica y familiar contra

la mujer; modifica el Código de Procedimiento Penal, el Código Penal y la Ley de Ejecución Penal; y hace otros arreglos”.

Los considerandos también destacan la importancia de combatir la violencia y el acoso no solo para un entorno de trabajo adecuado para los trabajadores, sino también para construir y preservar la imagen de las propias empresas, así como para su desempeño comercial. Esta es la conclusión extraída de la declaración: “Considerando que la violencia y el acoso son incompatibles con la promoción de empresas sostenibles y afectan negativamente la organización del trabajo, las relaciones en el lugar de trabajo, el compromiso de los trabajadores, reputación de empresas y productividad”. En un mundo y en un tempo en que la economía está emergiendo como una ciencia preponderante, a menudo haciendo que los derechos fundamentales sucumban a sus argumentos, destacar el daño económico que las prácticas perjudiciales para los trabajadores pueden causar es una estrategia muy interesante y debería ser usada con más frecuencia.

También de una manera muy innovadora, la convención aborda la importancia de la cultura corporativa, enfatizando que ella debe basarse en su valor mutuo y dignidad humana para prevenir la violencia y el acoso y al recordar que los países miembros de la organización tienen la responsabilidad importante de promover un ambiente general de tolerancia frente a la violencia y el acoso para facilitar la prevención de este tipo de comportamiento y práctica, y enfatizar que todos los actores en el mundo del trabajo deben abstenerse de recurrir a la violencia y al acoso, prevenirlos y luchar contra ellos.

Todas estas observaciones se presentan dentro de la perspectiva de las reglas de la propia Organización Internacional del Trabajo, que, en la Declaración de Filadelfia, establece que todos los seres humanos, sin distinción de raza, de credo, de sexo, han tenido que perseguir su material y su desarrollo. condiciones de libertad y dignidad, seguridad económica e igualdad de oportunidades. Como se indicó expresamente, el tema está estrechamente relacionado con los acuerdos fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo y con una serie de otros instrumentos internacionales relevantes, como la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas

de Discriminación contra la Mujer, la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

4. DEFINICIONES

Dentro de la perspectiva evidenciada en el preámbulo de aprovechar la oportunidad para tratar no solamente de cuestiones relativas al acoso y a la violencia en el trabajo, sino también de cuestiones relativas a la desigualdad de género, el convenio enseña dos definiciones distintas. La Conferencia Internacional del Trabajo evidenció que la expresión *violencia y acoso* en el mundo del trabajo designa un conjunto de comportamientos y prácticas inaceptables, o de amenazas de tales comportamientos y prácticas, ya sea que se manifiesten una sola vez o de manera repetida, que tengan por objeto, que causen o sean susceptibles de causar, un daño físico, psicológico, sexual o económico, e incluye la violencia y el acoso por razón de género. Y todavía hice cuestión de enfatizar que la expresión «violencia y acoso por razón de género» designa la violencia y el acoso que van dirigidos contra las personas por razón de su sexo o género, o que afectan de manera desproporcionada a personas de un sexo o género determinado, e incluye el acoso sexual.

El convenio dejó, sin embargo, a cada país la discreción de definir si quieren abordar los dos temas como un concepto único o como conceptos separados. En este punto, es importante enfatizar la omisión de la convención de no conceptualizar el acoso moral organizacional, también llamado acoso moral colectivo, definido por los autores brasileños como aquel “basado en prácticas de gestión destinadas a aumentar la productividad y la rentabilidad de las empresas, que por sus características y por la reiteración potencialmente dañosa a la salud física o mental de los empleados,” o simplemente como la opción para usar la violencia como una política de gestión.

5. ÁMBITO DE APLICACIÓN

El segundo grupo de artículos de la Convención está dedicado a su alcance. El Artículo 2.1 aclara que el Convenio 190 protege a los tra-

bajadores y a otras personas en el mundo del trabajo, con la inclusión de los trabajadores asalariados, tal como se define en la legislación y la práctica nacionales. También protege aquellos que trabajan, cualquiera que sea su situación contractual, las personas en formación, incluidos los pasantes y los aprendices, los trabajadores despedidos, los voluntarios, las personas en busca de empleo y los postulantes a un empleo, y los individuos que ejercen la autoridad, las funciones o las responsabilidades de un empleador.

También se declara expresamente que el Convenio se aplica a todos los sectores, públicos o privados, tanto de la economía formal como informal, en áreas urbanas o rurales. Como hay países, como por ejemplo el Brasil, que regulan el trabajo rural en un estatuto propio, esta aclaración es muy importante para que no haya dudas de que las reglas establecidas en la convención se aplican independientemente de si el trabajo se realiza en el área urbana o en el campo.

El artículo 3, a su vez, deja en claro que el acuerdo se aplica a cualquier tipo de violencia que ocurra en el trabajo, sea relacionada con el trabajo o solo como resultado de ella. Con respecto a los aspectos geográficos, la convención se aplica a la violencia o el acoso en el lugar de trabajo, incluyendo los espacios públicos y privados cuando son un lugar de trabajo; en los lugares donde se paga al trabajador, donde éste toma su descanso o donde come, o en los que utiliza instalaciones sanitarias o de aseo y en los vestuarios; en los desplazamientos, viajes, eventos o actividades sociales o de formación relacionados con el trabajo; en el marco de las comunicaciones que estén relacionadas con el trabajo, incluidas las realizadas por medio de tecnologías de la información y de la comunicación; en el alojamiento proporcionado por el empleador, y en los trayectos entre el domicilio y el lugar de trabajo.

6. PRINCIPIOS Y OBLIGACIONES FUNDAMENTALES

El tercer Capítulo del Convenio 190, que comprende los artículos 4, 5 y 6, está dedicado a los principios y obligaciones fundamentales que asumirá cualquier Miembro que lo ratifique. Además de respetar, promover y asegurar el disfrute del derecho de toda persona a un mundo del trabajo libre de violencia y acoso, los países subscritores do convenio adoptarán,

de conformidad con la legislación y la situación nacional y en consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, un enfoque inclusivo, integrado y que tenga en cuenta las consideraciones de género para prevenir y eliminar la violencia y el acoso en el mundo del trabajo.

Este enfoque, que debe tener en cuenta la violencia y el acoso que impliquen a terceros, cuando proceda, consiste, en particular en: a) prohibir legalmente la violencia y el acoso; b) velar por que las políticas pertinentes aborden la violencia y el acoso; c) adoptar una estrategia integral a fin de aplicar medidas para prevenir y combatir la violencia y el acoso; d) establecer mecanismos de control de la aplicación y de seguimiento o fortalecer los mecanismos existentes; e) velar por que las víctimas tengan acceso a vías de recurso y reparación y a medidas de apoyo; f) prevenir sanciones; g) desarrollar herramientas, orientaciones y actividades de educación y de formación, y actividades de sensibilización, en forma accesible, según proceda, y h) garantizar que existan medios de inspección e investigación efectivos de los casos de violencia y acoso, incluyendo a través de la inspección del trabajo o de otros organismos competentes. Al adoptar y aplicar el enfoque mencionado en el párrafo 2 del presente artículo, todo miembro deberá reconocer las funciones y atribuciones diferentes y complementarias de los gobiernos, y de los empleadores y de los trabajadores, así como de sus organizaciones respectivas, teniendo en cuenta la naturaleza y el alcance variables de sus responsabilidades respectivas.

Todo Miembro, mismo los que no hayan ratificado el convenio, deberá aún respetar, promover y llevar a efecto los principios y derechos fundamentales en el trabajo, a saber, la libertad de asociación y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva, la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio, la abolición efectiva del trabajo infantil y la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación, así como fomentar el trabajo decente y seguro. En este punto, es preciso decir, el acuerdo reafirma lo que ya se había establecido en la Declaración de Principios de 1998.

En la recomendación 206, se afirma también la necesidad de adopción de medidas para que disfruten todos los trabajadores y todos los empleadores, incluidos aquellos en los sectores, ocupaciones y modalidades de trabajo que están más expuestos a la violencia y el acoso, plenamente de

la libertad sindical y del reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva de conformidad con el Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (núm. 87) y el Convenio sobre el Derecho de Sindicación y de Negociación Colectiva, 1949 (núm. 98).

Y más, se dice que los miembros deberían adoptar medidas apropiadas a fin de fomentar el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva a todos los niveles como medio para prevenir y abordar la violencia y el acoso y, en la medida de lo posible, mitigar el impacto de la violencia doméstica en el mundo del trabajo, y apoyar dicha negociación colectiva mediante la recopilación y divulgación de información sobre las tendencias y buenas prácticas con respecto al proceso de negociación y al contenido de los convenios colectivos.

Todo miembro deberá adoptar una legislación y políticas que garanticen el derecho a la igualdad y a la no discriminación en el empleo y la ocupación, incluyendo a las trabajadoras, así como a los trabajadores y otras personas pertenecientes a uno o a varios grupos vulnerables, o a grupos en situación de vulnerabilidad que están afectados de manera desproporcionada por la violencia y el acoso en el mundo del trabajo.

En relación a este tema se dice, por fin, que los miembros deberían velar por que las disposiciones sobre violencia y acoso contenidas en la legislación y en las políticas nacionales tengan en cuenta los instrumentos de la Organización Internacional del Trabajo sobre igualdad y no discriminación, como el Convenio (núm. 100) y la Recomendación (núm. 90) sobre igualdad de remuneración,⁹ 1951, y el Convenio (núm. 111) y la Recomendación (núm. 111) sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958, así como otros instrumentos pertinentes.

7. PROTECCIÓN Y PREVENCIÓN

El Capítulo IV del Convenio trata de medidas profilácticas que establecen que todo Miembro deberá adoptar una legislación que defina y prohíba la violencia y el acoso en el mundo del trabajo, con inclusión de

⁹ Recomendación sobre la violencia y el acoso, 1951.

la violencia y el acoso por razón de género, debiendo, en particular: a) reconocer la importante función de las autoridades públicas en el caso de los trabajadores de la economía informal; b) identificar, en consulta con las organizaciones de empleadores y de trabajadores concernidas y por otros medios, los sectores u ocupaciones y las modalidades de trabajo en los que los trabajadores y otras personas concernidas están más expuestos a la violencia y el acoso, y c) adoptar medidas para proteger de manera eficaz a dichas personas.

Todo miembro deberá adoptar una legislación que exija a los empleadores tomar medidas apropiadas y acordes con su grado de control para prevenir la violencia y el acoso en el mundo del trabajo, incluidos la violencia y el acoso por razón de género, en particular, en la medida en que sea razonable y factible: a) adoptar y aplicar, en consulta con los trabajadores y sus representantes, una política del lugar de trabajo relativa a la violencia y el acoso; b) tener en cuenta la violencia y el acoso, así como los riesgos psicosociales asociados, en la gestión de la seguridad y salud en el trabajo; c) identificar los peligros y evaluar los riesgos de violencia y acoso, con participación de los trabajadores y sus representantes, y adoptar medidas para prevenir y controlar dichos peligros y riesgos, y d) proporcionar a los trabajadores y otras personas concernidas, en forma accesible, según proceda, información y capacitación acerca de los peligros y riesgos de violencia y acoso identificados, y sobre las medidas de prevención y protección correspondientes, inclusive sobre los derechos y responsabilidades de los trabajadores y otras personas concernidas en relación con la aplicación de la política mencionada en el apartado a) del presente artículo.

8. CONTROL DE LA APLICACIÓN Y VÍAS DE RECURSO Y REPARACIÓN

Segura de que no tiene sentido crear reglas, si no existen mecanismos para monitorear el cumplimiento, la Conferencia Internacional del Trabajo actuó bien al afirmar que todo miembro deberá adoptar medidas apropiadas para: a) hacer un seguimiento y controlar la aplicación de la legislación nacional relativa a la violencia y el acoso en el mundo del trabajo; b) garantizar un fácil acceso a vías de recurso y reparación apropiadas y eficaces y a mecanismos y procedimientos de notificación y de

solución de conflictos en los casos de violencia y acoso en el mundo del trabajo, que sean seguros, equitativos y eficaces.

El texto presenta una lista de mecanismos y procedimientos de notificación y de solución de conflictos en los casos de violencia y acoso en el mundo del trabajo que pueden adoptar los países miembros, como en los siguientes ejemplos mencionados en la Convención:

- a) Procedimientos de presentación de quejas e investigación y, si procede, mecanismos de solución de conflictos en el lugar de trabajo;
- b) mecanismos de solución de conflictos externos al lugar de trabajo;
- c) juzgados o tribunales;
- d) medidas de protección de los querellantes, las víctimas, los testigos y los informantes frente a la victimización y las represalias;
- e) proteger la privacidad de las personas implicadas, así como la confidencialidad, en la medida de lo posible y según proceda, y velar por que estos requisitos no se utilicen de manera indebida;
- e) prever sanciones, cuando proceda, para los casos de violencia y acoso en el mundo del trabajo;
- f) prever que las víctimas de violencia y acoso por razón de género en el mundo del trabajo tengan acceso efectivo a mecanismos de presentación de quejas y de solución de conflictos, asistencia, servicios y vías de recurso y reparación que tengan en cuenta las consideraciones de género y que sean seguros y eficaces;
- g) reconocer los efectos de la violencia doméstica y, en la medida en que sea razonable y factible, mitigar su impacto en el mundo del trabajo;
- h) garantizar que todo trabajador tenga el derecho de alejarse de una situación de trabajo sin sufrir represalias u otras consecuencias indebidas si tiene motivos razonables para considerar que ésta presenta un peligro grave e inminente para su vida, su salud o su seguridad a consecuencia de actos de violencia y acoso, así como el deber de informar esta situación a la dirección, y
- i) velar por que la inspección del trabajo y otras autoridades pertinentes, cuando proceda, estén facultadas para actuar en caso de

violencia y acoso en el mundo del trabajo, incluyendo el dictado de órdenes que requieran la adopción de medidas de aplicación inmediata, o que impongan la interrupción de la actividad laboral en caso de peligro inminente para la vida, la salud o la seguridad de los trabajadores, a reserva de cualquier recurso judicial o administrativo que pueda prescribir la legislación.

La relación no es exhaustiva, sino ejemplar, como deja en claro la expresión “tales como”. Ningún país está obligado a adoptar todos los procedimientos descritos, y puede elegir solo aquellos que le parezcan más adecuados a su propia realidad. Por supuesto, también pueden enumerar otros procedimientos como mejor les parezca.

9. ORIENTACIÓN, FORMACIÓN Y SENSIBILIZACIÓN

El Convenio también guía el diálogo social y la orientación, la capacitación y la sensibilización al establecer que todo miembro, en consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, deberá esforzarse por garantizar que: a) la violencia y el acoso en el mundo del trabajo se aborden en las políticas nacionales pertinentes, como las relativas a la seguridad y salud en el trabajo, la igualdad y la no discriminación, y la migración; b) se proporcionen orientaciones, recursos, formación u otras herramientas sobre la violencia y el acoso en el mundo del trabajo, incluyendo la violencia y el acoso por razón de género, a los empleadores y a los trabajadores y a sus organizaciones respectivas, así como a las autoridades competentes, en forma accesible, según proceda, y c) se emprendan iniciativas al respecto, con inclusión de campañas de sensibilización.

10. MÉTODOS DE APLICACIÓN

Con respecto a los métodos de aplicación, el acuerdo simplemente estipula que sus disposiciones deberán aplicarse por medio de la legislación nacional, convenios colectivos u otras medidas acordes con la práctica nacional, incluidas aquellas que amplían o adaptan medidas de seguridad y salud en el trabajo existentes para que abarquen la violencia y el acoso y aquellas que elaboran medidas específicas cuando sea necesario.

11. FORMALIDADES PARA RATIFICACIÓN, DENUNCIA Y MODIFICACIONES

El Artículo 13 establece que las ratificaciones formales del presente Convenio serán comunicadas, para su registro, al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo y que sus reglas obligarán únicamente a aquellos Miembros de la Organización Internacional del Trabajo cuyas ratificaciones haya registrado el Director General de la Oficina Internacional del Trabajo.

El Convenio entrará en vigor doce meses después de la fecha en que las ratificaciones de dos Miembros hayan sido registradas por el Director General y solamente podrá ser denunciado, según el 15 1, a la expiración de un período de diez años, contado a partir de la fecha en que se haya puesto inicialmente en vigor, mediante un acta comunicada, para su registro, al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo. La denuncia, sin embargo, solamente surtirá efecto un año después de la fecha en que se haya registrado.

Todo miembro que haya ratificado el presente Convenio y que, en el plazo de un año después de la expiración del período de diez años mencionado en el párrafo precedente, no invoque el derecho de denuncia previsto en este artículo quedará obligado durante un nuevo período de diez años y, en lo sucesivo, podrá denunciar este Convenio durante el primer año de cada nuevo período de diez años.

Tal validez, como se sabe, concierne solo a los efectos del convenio en la esfera internacional y a la responsabilidad del país miembro ante el organismo internacional. No tiene correlación con la incorporación del convenio al sistema legal de cada país miembro, ni tampoco a su validez interna, temas que serán regulados soberanamente por cada país miembro. La distinción entre la validez internacional y la validez interna del convenio permite que un país miembro de la OIT sea considerado responsable de los términos de la convención que haya ratificado y después denunciado fuera de los plazos establecidos, incluso cuando el estándar internacional no se aplica.

El Director General de la Oficina Internacional del Trabajo notificará a todos los Miembros de la Organización Internacional del Trabajo el registro de todas las ratificaciones y denuncias que le comuniquen los

Miembros de la Organización, señalando la fecha en que entrará en vigor el presente Convenio.

Todas las ratificaciones y denuncias serán comunicadas al Secretario General de las Naciones Unidas, para su registro de conformidad con el artículo 102 de la Carta de las Naciones Unidas.

Cada vez que lo estime necesario, el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo presentará a la Conferencia General una memoria sobre la aplicación del Convenio, y considerará la conveniencia de inscribir en el orden del día de la Conferencia la cuestión de su revisión total o parcial.

La posibilidad de la Conferencia adoptar un nuevo convenio que implique una revisión del Convenio¹⁰ quedó abierta. En este caso, y a menos que en el nuevo convenio se disponga otra cosa, se establece que la ratificación, por un miembro, del nuevo convenio revisor implicará, *ipso jure*, la denuncia inmediata del presente Convenio, no obstante, las disposiciones contenidas en el artículo 15, siempre que el nuevo convenio revisor haya entrado en vigor, y a partir de la fecha en que entre en vigor el nuevo convenio revisor, el presente Convenio cesará de estar abierto a la ratificación por los miembros. El presente Convenio continuará en vigor en todo caso, en su forma y contenido actuales, para los que lo hayan ratificado y no ratifiquen el convenio revisor.

12. CONSIDERACIONES FINALES

Como se puede ver, el Convenio 190 y la Recomendación 206 no se ocuparan solamente de cuestiones relativas al acoso y a la violencia en el trabajo, pero también de cuestiones relativas a la desigualdad de género, evidenciando que la expresión «violencia y acoso» en el mundo del trabajo designa un conjunto de comportamientos y prácticas inaceptables, o de amenazas de tales comportamientos y prácticas, ya sea que se manifiesten una sola vez o de manera repetida, que tengan por objeto, que causen o sean susceptibles de causar, un daño físico, psicológico, sexual o económico, e incluye la violencia y el acoso por razón de género. Y que

¹⁰ Convenio sobre la violencia y el acoso, 2019.

aún enfatizo que la expresión «violencia y acoso por razón de género» designa la violencia y el acoso que van dirigidos contra las personas por razón de su sexo o género, o que afectan de manera desproporcionada a personas de un sexo o género determinado, e incluye el acoso sexual.

Lamentablemente no se definió el acoso moral organizacional, también llamado acoso moral colectivo, estudiado en países como Brasil.

El convenio también destaca la importancia de combatir la violencia y el acoso no solo para un entorno de trabajo adecuado para los trabajadores, sino también para construir y preservar una buena cultura del trabajo y la imagen de las propias empresas, así como para su desempeño comercial.

El convenio también reafirmó la importancia de los temas fundamentales y de los convenios fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo y el compromiso que todos los estados miembros tienen con ellos.

El tiempo dirá si la Convención no. 190 representó mucho más que una dirección para la producción legislativa relacionada con Acoso y la violencia en el trabajo y se representó el regreso de la Organización Internacional del Trabajo a su papel de liderazgo en la escena internacional, en un momento en que los problemas sociales están cada vez más amenazados por los argumentos económicos.

13. BIBLIOHEMEROGRAFÍA

Bibliografía

Couture, Eduardo J., *Vocabulario Jurídico: español y latin, com traducción de vocablos al francês, italiano, português, inglês y alemán*, Editorial B de F, 2013.

Diniz, Maria Helena, *Diccionario Jurídico*, 2ª Edição, São Paulo, Saraiva, 2005.

Ferreira, Hádassa Dolores Bonilha, *Assédio moral nas relações de trabalho*, Campinas, Russel, 2004.

Hemerografía

Ermida Uriarte, Oscar, "Crítica de la libertad sindical", *Revista de la Facultad de Derecho PUCP*, núm. 68, 2012, <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/2825>

Documentos publicados en Internet

Organización Internacional del Trabajo, www.ilo.org/public/spanish/bureau/inf/pr/2000/37.html

Tratados y convenios internacionales

Convenio sobre la violencia y el acoso, 2019.

Recomendación sobre la violencia y el acoso, 2019.

SEGURIDAD SOCIAL COMO DERECHO HUMANO Y SU JUSTICIABILIDAD

Social Security as a Human Right and its Justiciability

Recepción: 06/08/2019

Aceptado para su publicación: 30/09/2019

ROBERTO IVÁN RUIZ SOTO*

RESUMEN: Se presenta un análisis conceptual de la seguridad social como parte de los derechos humanos observando su aplicación en escenarios diversos de modo que represente universalidad. Se hace necesario el compromiso por parte de los Estados de satisfacer este derecho. Desde el punto de vista teórico anclamos nuestra investigación en la corriente del neoconstitucionalismo social, que se distingue por su garantismo, observando a los derechos humanos contenidos en la Constitución como un catálogo de derechos de aplicación directa tanto en las políticas públicas como en el ámbito jurisdiccional. Se aclara que materializar los derechos sociales y humanos, más allá de un reconocimiento constitucional forma parte de la trascendencia entre ciudadanía y gobernantes. Hay que destacar la seguridad social como derecho humano forma parte del colectivo social y lo más importante beneficiará principalmente a los sectores vulnerables.

PALABRAS CLAVE: Derechos sociales, seguridad social, neoconstitucionalismo social.

ABSTRACT: This text presents a conceptual analysis on social security as part of the human rights, to oversee its application in diverse scenarios so that it attains a universal status. For this, it is necessary to have a commitment by the States to fulfill this right. From a theoretical point of view, we position our research within the trend of social neo-constitutionalism, which is distinguishable because of its guaranty and the observation of the human rights contained in the Constitution as a catalog of rights of direct application, both in public policies and in the jurisdictional sphere. We must clarify that actualizing the social and human rights, beyond any constitutional recognition, is part of the transcendence between citizens and leaders. This text highlights social security as a human right that forms part of the social community and most importantly, it will mainly benefit vulnerable sectors.

KEY WORDS: Social rights, Social security, social neo-constitutionalism.

* Profesor de asignatura Doctorado en Derecho y Globalización UAEM.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. MARCO TEÓRICO. 3. REFERENTES TEÓRICOS. 4. DISCUSIÓN Y RESULTADOS. 5. CONCLUSIONES. 6. BIBLIOHEMEROGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

Este escrito muestra parte de los resultados obtenidos dentro del trabajo de investigación *Seguridad social como derecho exigible en la globalización*, con el que el suscrito obtuvo título doctoral y que estimamos, puede ser de relevancia en el marco de este Congreso, como parte del Panel Protección Social Universal para la dignidad humana, la justicia social y el desarrollo sostenible.

El trabajo está distribuido en tres apartados que son: un marco teórico conceptual que busca además de una aproximación a los conceptos inherentes a mi investigación una clarificación de estos en miras a la asimilación del derecho de la seguridad social, escindido del Derecho del Trabajo, hacia una consideración más amplia como parte de los derechos humanos, por así estar reconocido dentro de diversas convenciones en materia de derechos humanos (DH).

Un referente teórico que establece las bases doctrinales sobre las cuales descansa nuestra investigación y un apartado de discusión y análisis que nos permite abreviar a una serie de conclusiones que consideramos de relevancia para el desarrollo de la disciplina.

2. MARCO TEÓRICO

Consideramos necesario partir del contenido y concepción de la seguridad social como piedra angular de nuestra investigación, ésta tiene como fin: la elevación de la calidad de vida de cada uno de los individuos de la sociedad, mediante dos objetivos básicos:

- Proporcionar atención a la salud y
- proteger los medios de subsistencia a través de subsidios, apoyos económicos, indemnizaciones, pensiones, rentas, etc.

Al respecto, refiere Alberto Briceño Ruiz que por su amplitud y por los usos tan variados, la noción de seguridad resulta compleja en sí mis-

ma, por lo que es difícil elaborar un concepto que abarque sus muy diversos aspectos.¹

A mayor abundamiento, añade que la seguridad es tan amplia que no puede contenerse en una ciencia y menos aún en una disciplina jurídica autónoma, por lo que, en términos genéricos, se vislumbran por lo menos dos aspectos importantes, primero: permite eliminar la inseguridad proveniente de la adversidad, así como de las contingencias a que estamos expuestos; esto es en su sentido negativo. En otra vertiente, proporciona al ser humano los elementos necesarios para su subsistencia, sin más limitación que el respeto al derecho de los demás.²

Nosotros por nuestra parte estimamos que la seguridad como fenómeno social, en la historia del hombre responde de modo gradual a una necesidad relativa o inherente a la sociedad misma, es decir, del propio vocablo (entiéndase, el matrimonio de las palabras *seguridad* y *social*, sin mayor añadidura conceptual o juicio racional profundo) podemos deducir que se trata de una respuesta social a una sensación o percepción de inseguridad o peligro, en la que en un momento dado se encontró el ser humano o la sociedad, que ante la incertidumbre que le brinda la naturaleza, responde con este binomio: “seguridad” relativo a la “sociedad” y que por tanto, estimaríamos, comparte la raíz etimológica en las distintas aplicaciones modernas del concepto.

Es decir, en la vida del hombre y ante la inseguridad constante, se hacen necesarios ciertos respaldos, complementos, ayudas, elementos al final de auxilio que mitiguen en lo posible el acontecimiento de situaciones de riesgo, que pongan en peligro la integridad o la subsistencia individual o colectiva; y en este género podemos englobar una multiplicidad de especies, circunstancias actuales y futuras de riesgo social; por lo que teleológicamente hablando, los márgenes de la seguridad social, por su propia esencia no deben ser rígidos, sino laxos o flexibles, y por el contrario se prefieren adaptables en función de las necesidades sociales que por la dinámica social natural, tienden a mutar constantemente, transformarse, disminuir o desaparecer en tanto que nuevos riesgos y necesidades aparezcan en escena.

¹ cfr. Briceño Ruiz, Alberto, *Derecho de la seguridad social*, Oxford, México, 2010, p. 4.

² *Ibidem*, pp. 5-6.

La seguridad social no es solo compleja sino multívoca y a la vez evolutiva, es decir, dinámica y ajustable a las necesidades sociales en lugares y tiempos determinados; esta aprehensión conceptual difusa de la seguridad social, por supuesto nos permite en niveles prospectivos la aplicación de esta en escenarios diversos y alejados de los añejos vínculos con el Derecho del Trabajo.

Encontramos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 en su numeral 22 lo siguiente:

Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional (*omissis*) la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad.³

Del contenido transcrito, nuevamente encontramos consenso en el sentido de que la seguridad social es un derecho que cubre no solo a grupos vulnerables y específicos de determinada sociedad, sino que por el contrario, se trata de un derecho universal, en cabeza de cada individuo como parte de la sociedad, por tanto, es deseable y necesario el compromiso por parte de los Estados de satisfacer estos derechos prestacionales mediante el esfuerzo nacional e incluso, la participación o colaboración internacional.

Así mismo cabe traer a colación lo que dispone el artículo 9° del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que refiere: “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social.”⁴

Consecuentemente, estimamos que el rumbo de la seguridad social es la universalidad, por tanto, aceptar que la seguridad social tiene como fin proteger solo algunos grupos poblacionales como son los trabajadores subordinados, dependientes de un patrón, representa una concepción anacrónica y reduccionista de esta disciplina.

³ Artículo 22, Declaración Universal de Derechos Humanos, Adoptada y proclamada por la Asamblea General de la ONU, en su resolución 217 A (III), del 10/12/1948.

⁴ Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales, aprobado por la Asamblea General de la ONU, mediante la resolución 2200 A (XXI), del 16/12/1966.

3. REFERENTES TEÓRICOS

Desde el punto de vista teórico anclamos nuestra investigación en la corriente del neoconstitucionalismo social, que se distingue por su garantismo, observando a los DH contenidos en la Constitución no bajo la visión de Alexi, quien les atribuye carácter de principios o mandatos de optimización, sino como un verdadero catálogo de derechos de aplicación directa tanto en las políticas públicas como en el ámbito jurisdiccional, al respecto, refiere Prieto Sanchis que esta nueva cultura jurídica se distingue de la teoría positivista que en su momento dio auge al estado de derecho como lo conocemos.⁵

Entre los postulados de esta teoría se destacan los siguientes:

- La Constitución esta provista de un denso contenido sustantivo que no solo organizan al poder, sino que prescriben qué es lo que pueden e incluso deben decidir.
- La Constitución es garantizada, y son los jueces a quienes corresponde hacer efectiva esta garantía.
- Omnipresencia constitucional, implica que los derechos fundamentales tienen una fuerza expansiva que irradia a todo el sistema jurídico, lo anterior supone de alguna manera la constitucionalización de la legislación.
- La Constitución se aplica mediante la ponderación sin jerarquías rígidas, sino atendiendo a las circunstancias particulares del caso, finalmente,
- No hay problema jurídico que no pueda ser constitucionalizado, lo que implica que el mundo político tampoco escapa a la influencia constitucional.

Al respecto señala Christian Ancha luisa que el “neoconstitucionalismo nace de la ruptura de las rígidas normas positivistas, bajo la premisa de que la rama de la ciencia jurídica –que es fundamental para la organización del Estado y la protección de los derechos de los individuos– debe

⁵ Prieto Sanchis Luis, “Divergencias en torno al neoconstitucionalismo”, en Bernal Pulido, Carlos, *El neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho*, Colombia, 2009, p. 79.

realizar un esfuerzo por ser más que la aplicación estricta de una norma positivizada.”⁶

Lo anterior significa un viraje en el timón de mando en la relación del Estado y el derecho, mientras que el constitucionalismo tradicional en buena medida se encarga de una preservación estatal, el neoconstitucionalismo hace un especial énfasis no en la protección del Estado, sino de los propios ciudadanos, magnificando el papel de éstos en la configuración del Estado.

En el desarrollo del Estado pudiese haber una semejanza entre un estado de bienestar con esta nueva corriente, la diferencia que estimamos en este sentido, es que en esta nueva corriente se recurre al texto constitucional y se le da proyección hacia un bienestar social, incluso a través de la intervención del poder judicial, lo que se percibe como un activismo judicial y del empleo del Derecho Constitucional como palanca de desarrollo social.

A mayor abundamiento señala Anchaluísa, el neoconstitucionalismo se erige como una construcción teórica europea y bajo esta óptica responde a las características de las sociedades europeas, de manera tal que lograr una aplicación congruente con la realidad latinoamericana implica, un esfuerzo en la adaptación teórica a un concierto diverso, la pluralidad de naciones de américa.

Así, la vertiente del neoconstitucionalismo en su adaptación a la sociedad latina se ha identificado como neoconstitucionalismo andino o transformador y a decir del autor en cita, implica: “la inserción de diversos y profundos cambios en la ciencia jurídica promueve la creación de una hoja de ruta, encaminada a la promoción del respeto y observancia de los derechos humanos (desde una visión antropocéntrica), en donde el ser humano es el protagonista y principal beneficiario de la acción estatal.”⁷

Señala el autor, al identificar el cambio paradigmático de un Estado que se concibe para su preservación, hacia un Estado que actúa por y

⁶ Anchaluísa Shive, Christian, “El neoconstitucionalismo transformador andino y su conexión con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, <http://www.cor-teidh.or.cr/tablas/r32326.pdf> p. 115.

⁷ *Idem.*

para los ciudadanos, e incluso trasciende los ámbitos nacionales en busca del posicionamiento del respeto a los derechos humanos en el sistema internacional como un asunto de vital importancia.⁸

En palabras de Antônio Augusto Cançado Trindade, el cambio paradigmático es el tránsito del Estado estatocéntrico a uno antropocéntrico, situando al ser humano en posición central y teniendo presentes los problemas que afectan a la humanidad como un todo.⁹

Las ideas del garantismo plasmadas por Ferrajoli puestas en práctica en un contexto latinoamericano, es la respuesta práctica en la canalización de la teoría jurídica a la praxis, lo que evidentemente es un cambio notable y digno de emular e incluso estimular su desarrollo. El Derecho se caracteriza por su dinámica y adaptación a las necesidades particulares de una sociedad por lo que la generación de novedosas teorías y variantes de algunas otras impulsan el desarrollo jurídico, más importante aún la aplicación práctica de las mismas, máxime si en el proceso conducen a un desarrollo o cambio de la realidad social.

Consecuentemente la seguridad social en clave constitucional debe entenderse y asimilarse no como una prestación anclada de manera permanente al Derecho del Trabajo como hasta nuestros días se le percibe, sino que su tránsito debe llevarla al concierto de los derechos humanos con las especiales características que les asisten, como la universalidad, indivisibilidad e interdependencia.

4 DISCUSIÓN Y RESULTADOS

Al ser reconocidos los derechos sociales en las constituciones deben ser exigibles por naturaleza, es decir su exigibilidad les asiste como consecuencia de su reconocimiento en un sistema jurídico.

La respuesta es desde luego una seguridad social como derecho humano, dotada de canales de reclamo tanto jurisdiccional, como no jurisdiccional y para ello debe partirse de su reconocimiento a nivel constitucional, en

⁸ cfr. *Ibidem*, p. 116.

⁹ cfr. Cançado Trindade, Antônio Augusto, voto concurrente del juez a. a. Cançado Trindade, Caso Barrios Altos Vs. Perú, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia de 14 de marzo de 2001, párrafo 16.

plena autonomía del derecho obrero, que le distinga de los seguros sociales, pues, de no diferenciar constitucionalmente estas categorías, el debate jurídico gestado en torno a las mismas, mantendrá su anquilosado letargo.

En el perfeccionamiento de una nueva teoría de los derechos sociales como derechos exigibles, estimamos esencial pasar del mero reconocimiento constitucional a su materialización, en cabeza del ciudadano que permita su apropiación y desde luego, se reconozcan las características que como derechos subjetivos, asiste a esta categoría jurídica, a mayor abundamiento, si los derechos sociales están desprovistos de la posibilidad de exigirles judicialmente, deben adquirir tal particularidad en congruencia con su naturaleza. Lo que nos permitirá dar el paso siguiente, se insiste, del reconocimiento, a la materialización y ejercicio de estos derechos.

Los derechos sociales, al ser incluidos dentro de esta categoría, deben ser perfectamente reclamables en sede judicial, es decir, no reconocerles una acción significaría que no estamos ante la presencia de un derecho subjetivo en el sentido propio y estricto del término, bajo esta lógica, en el perfeccionamiento de la teoría de los derechos sociales como derechos exigibles, ellos son tan accionables como los civiles y políticos por el hecho de haber sido incluidos dentro de un sistema jurídico, máxime si han sido constitucionalizados, es decir, incluidos en la gama más alta de derechos de un Estado.

La permanencia de dispositivos a nivel constitucional que se quedan en el texto y no trascienden a la esfera de los gobernados, ciertamente mellan la credibilidad constitucional y, por ende, ponen en duda la vigencia del Estado de Derecho.

La reserva del desarrollo de los derechos sociales a la clase política en los órdenes ejecutivo y legislativo, realmente los margina, como hemos evidenciado propicia la ralentización del progreso de este tipo de postulados, consecuentemente quedan anquilosados hasta desvanecerse en el olvido social y a nivel jurídico en la franca violación por omisión.

La respuesta neo-constitucional para despetrificar dichos principios y convertirlos en acciones, desde luego es la intervención judicial, de este modo, cuestiones tradicionalmente reservadas al ejecutivo o al legislativo, son judicializadas, convirtiendo al Derecho Constitucional en un medio de acción política, reivindicando estas prerrogativas en la esfera jurídica del gobernado.

5. CONCLUSIONES

La existencia de derechos constitucionales que no son ejecutables me-
lla la credibilidad de la constitución.

Los derechos sociales ameritan vías procesales idóneas para acceder
a su exigibilidad, bien de carácter judicial y mediante vías alternativas
como los procedimientos administrativos.

Considerando que la seguridad social no es percibida a nivel de la so-
ciedad como un derecho humano es necesario incluir el derecho a la se-
guridad social en el apartado dogmático de este instrumento jurídico, lo
anterior permitirá desanclarlo con el Derecho del Trabajo, lo que a su vez
permite a nivel teórico un desarrollo diferenciado, pues de acuerdo a su
tratamiento actual, se ven confundidos en la Constitución la seguridad so-
cial con los seguros sociales, siendo éstos, un ámbito de manifestación de
aquella, su brazo más sólido, si se le quiere ver de esta manera, sin embar-
go, esta limitación, no permite prospectivamente el acceso a un sistema in-
tegral de seguridad social con características de universalidad que permita
el acceso de toda la población a ciertos grados de protección social.

Asumimos que la constitucionalización del derecho humano a la seguri-
dad social en el apartado dogmático, coadyuvará de manera significativa en
el desarrollo de este derecho, pues reconocerlo en este apartado, implica una
aprehensión particular del término a nivel individual, incorporándose den-
tro del patrimonio jurídico de los gobernados, desde luego nos referimos, a
su aprehensión cognitiva entre el colectivo social a quien particularmente
beneficia este derecho, particularmente, las clases más desprotegidas.

6. BIBLIOHEMEROGRAFÍA

Bibliografía

Briceño Ruiz, Alberto, *Derecho de la Seguridad Social*, México, Oxford, 2010.
Carlos Bernal Pulido, *El neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho*,
Colombia, 2009.

Documentos publicados en Internet

Anchaluisa Shive, Christian, “El neoconstitucionalismo transformador andi-
no y su conexión con el Derecho Internacional de los Derechos Humana-
nos”, <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r32326.pdf>

Tratados y convenios internacionales

Declaración Universal de Derechos Humanos, 1948.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1966.

Documentos oficiales soft law

Cançado Trindade, Antônio Augusto, voto concurrente del juez a. a. Cançado Trindade, Caso Barrios Altos Vs. Perú, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia de 14 de marzo de 2001.

PROTECCIÓN DE LOS TRABAJADORES Y LOS DERECHOS HUMANOS: TRABAJO DIGNO O DECENTE

Protection of Workers and Human Rights: Decent or Worthy Work

Recepción: 12/08/2019

Aceptado para su publicación: 12/09/2019

RAFAEL ADRIÁN AVANTE JUÁREZ*

RESUMEN: El Derecho al Trabajo Digno consignado en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) reconoce al trabajo como un derecho humano fundamental. Mucho ha tenido que suceder en el devenir histórico para que finalmente, el derecho al trabajo en condiciones dignas haya dejado de ser aspiracional y hoy sea exigible. Actualmente, existen referentes nacionales e internacionales que permiten materializar el alcance del término digno; sin embargo, cumplir con la normatividad laboral es condición necesaria, mas no suficiente para salvaguardar la extensión del contenido de la dignidad, debido a que existen aspectos de ésta que trascienden a la literalidad de la Ley. El trabajo digno como derecho fundamental no solo es susceptible de violarse por las autoridades, también puede ser violentado por particulares. Y, como cualquier violación a los derechos humanos, su transgresión debe ser corregida, reparada y castigada. El trabajo digno al encontrarse jurídicamente protegido, debe ser tutelado tanto por las autoridades jurisdiccionales como por las administrativas; en su conjunto, estas son quienes tienen la responsabilidad de salvaguardar este precepto fundamental y, de existir violaciones, se debe ordenar la restitución del Derecho y la corrección de la afectación.

* Egresado con mención especial de la Licenciatura en Derecho por la Escuela Libre de Derecho, Maestro en Derecho por la UNAM y miembro del Ilustre y Nacional Colegio de Abogados desde 1998. Se ha desempeñado en diversos cargos en el sector público federal como Subsecretario de Derechos Humanos de la Secretaría de Gobernación, Subsecretario de Trabajo y Director General de Inspección en la Secretaría de Trabajo y Previsión Social, y ha prestado su servicios en la Secretaría de Bienestar, la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros, la Secretaría de Comunicaciones y Transportes, la Procuraduría Federal del Consumidor y en la Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión. Actualmente es Presidente y Fundador de la Consultora “Avante Asesoría Integral”.

PALABRAS CLAVE: Derecho al trabajo, responsabilidad empresarial, reparación del daño.

ABSTRACT: The right to decent work established in the Political Constitution of Mexico recognizes labor as a fundamental human right. Much had to happen in the historical evolution so that finally the right to work in decent conditions has ceased to be aspirational and today is enforceable. Currently, there are national and international references that allow the materialization of the scope of the term 'worthy'; however, even when complying with labor regulations is a necessary condition, it is not sufficient in order to safeguard the extension of the content of dignity, because there are aspects of it that transcend the literal nature of the Law. Decent work as a fundamental right is not only susceptible to being violated by the authorities, it can also be disrupted by individuals, and, like any violation of human rights, this transgression must be corrected, repaired, and prosecuted. Since it is legally protected, decent work must be supervised by both the jurisdictional and administrative authorities. These institutions have the responsibility to safeguard this fundamental precept and, in the case of violations, they must enforce the restitution of the right and the repair of the damage.

KEY WORDS: Right to labor, corporate responsibility, damage repair.

SUMARIO: 1. COMPRENSIÓN HISTÓRICA DEL TRABAJO. 2. DERECHOS HUMANOS LABORALES. 3. DERECHO HUMANO AL TRABAJO. 4. RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL DE RESPETAR EL DERECHO AL TRABAJO. 5. BIBLIOHEMEROGRAFÍA.

1. COMPRENSIÓN HISTÓRICA DEL TRABAJO

Al estar casi por concluir la segunda década del siglo XXI, hoy podemos afirmar que tanto nuestro país como el mundo entero están atravesando por un momento trascendental cuya principal característica es rescatar la dimensión humana en los diversos problemas que enfrentan los Derechos Fundamentales y que adquieren nombres y rostros a través de las mujeres, los niños, los migrantes y los trabajadores.

Particularmente, por lo que a nuestro país respecta, México dio un paso importante encaminado a hacer valer los derechos de los trabajadores, mediante la trascendente modificación que, primero se hizo en la CPEUM y, posteriormente, en la legislación secundaria, para darle una nueva configuración a aspectos relacionados con libertad sindical y justicia laboral, pero más importante aún con todo lo relacionado a la dignidad de los trabajadores.

Hoy, nuestra Carta Magna, mediante la Reforma de Derechos Humanos de 2011, reconoció la jerarquía de los Derechos Fundamentales; posteriormente, la reforma que vivió la Constitución en el ámbito laboral, también puso énfasis en garantizar el goce de los derechos individuales y colectivos de los trabajadores. Hablar de democracia sindical, justicia laboral, certidumbre en la relación contractual, son conceptos que, sin duda, giran en torno al respeto de la dignidad de los trabajadores.

Por otra parte, las reformas a la legislación secundaria que materializan la aspiración constitucional plasmada en 2017, implican un reto inédito para los poderes judiciales del país; específicamente, destaca la relevancia ineludible que adquiere el juez en el Derecho Procesal Laboral. Quizá el aspecto más importante a señalar es que los jueces deberán, en primera instancia, atender al principio de privilegiar la realidad sobre los elementos formales; además, en todo momento, habrán de privilegiar la solución del conflicto por encima de los formalismos procedimentales, sin afectar el debido proceso ni los fines del Derecho al Trabajo.

Dada la trascendencia de la coyuntura nacional e internacional, resulta pertinente reflexionar más afondo sobre la relevancia del rol de los centros de trabajo y el énfasis en las condiciones laborales de los trabajadores; pareciera ser que hasta hoy éstas dos cuestiones han adquirido la importancia que siempre debieron tener. Mucho ha pasado en la historia y valga la pena recapitular sobre cómo ha evolucionado la perspectiva y el concepto del *Trabajo*.

Primero, cabe recordar que, en el Génesis del Antiguo Testamento de la Biblia, Adán es expulsado por acceder al fruto del *Árbol del conocimiento del bien y del mal*, y como castigo Dios le dice “con penosos trabajos comerás de ella todos los días de tu vida¹, Te ganarás el pan con el sudor de tu frente, hasta que vuelvas a la misma tierra de la cual fuiste sacado²”. Incluso, dentro de la antigua filosofía del trabajo, algunas comunidades hebreas menospreciaban al trabajo agrícola al considerarlo como una condena³. Por tanto, trabajar es un castigo penoso y *al principio de los tiempos* se entendía que el trabajo, como actividad física con algún propósito productivo, era un castigo. Entonces, ello significaba que exis-

¹ Génesis 3:17 Versión del Rey Jacobo.

² Génesis 3:19 Versión del Rey Jacobo.

³ Ferrater, J., *Diccionario de Filosofía*, Barcelona, Ariel, S.A, 2004.

tía quien debía hacer ese trabajo y, por ende, bajo ciertas condiciones, alguien podía evitar dicho castigo.

Bajo esta tesis, Aristóteles señalaba que el Trabajo era envilecedor⁴; el filósofo debía pensar, puesto que la verdadera actividad humana se encontraba en el pensamiento; mientras que el trabajo, era tarea de los esclavos. Incluso, distinguía entre los trabajos propios de los hombres libres de aquellos indignos y vulgares para el hombre, al respecto mencionaba:

Es conveniente participar en todos los trabajos útiles que no conviertan al que los practica en vulgares trabajadores manuales. Y debe considerarse vulgar toda área, arte y disciplina que, para los usos y las actividades de la virtud, inutilizan el cuerpo o la inteligencia de los hombres. Por eso, llamamos vulgares a artes que deforman el cuerpo, y también a las actividades asalariadas, porque privan de tiempo libre a la inteligencia y la degradan.⁵

Pareciera que el trabajo, no solo se contraponía a la dignidad humana, era razón de distinción entre hombres propios y vulgares. Al respecto, Séneca afirmaba que “todos estos oficios los descubrió, por supuesto, el sabio, pero, siendo demasiado insignificantes para que éste se ocupara de ellos, los encomendó a operarios más humildes.”⁶

Paulatinamente, el concepto del trabajo fue evolucionando en la medida que se volvió necesario obtener recursos para subsistir, aún no se desprende de la connotación negativa; sin embargo, comienza a percibirse como un mal necesario para poder sobrevivir. El hombre empieza a pensar: “Tengo que trabajar porque de algo tengo que vivir”.

Santo Tomas de Aquino consideraba que el trabajo podría ayudarle al hombre a evitar la ociosidad nociva, salvo que fuera filósofo; además, hablaba de jerarquizar al hombre según la labor que desempeñara; distinguía el trabajo entre las *artes serviles* y *artes liberales*. Las liberales hacían

⁴ En este sentido, la Doctora en Filosofía por la Universidad de Navarra, con Premio Extraordinario de Doctorado, Carmen Innerarity Grau aduce que “el trabajo es algo envilecedor, no por el esfuerzo que supone, o sólo porque traiga como consecuencia –como en Platón– que el hombre esté pegado a la materia, siendo así incapaz de dedicarse a la contemplación. El trabajo es también algo negativo porque al someter al hombre a las necesidades de la naturaleza o al dominio del esclavo por el amo, impide su autonomía”. vid. Innerarity, C., *La comprensión aristotélica del trabajo*, Navarra, España, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra, 2008, pp. 96-97.

⁵ Aristóteles, *Política*, Libro VII, Capítulo 2, 1337 b, Buenos Aires, Losada, 2005, pp. 451.

⁶ Séneca, L., *Cartas Filosóficas. Epístolas morales a Lucilio*, 2011, EPub, p. 60.

a la vida contemplativa, en tanto que en las serviles no había posibilidad de contemplación.

De esta forma, el trabajo comenzó a jugar un papel de categorización, desde entonces, no era lo mismo dedicarse a los cuidados del Monarca que ser siervo de la Gleba; resultaban ser categorías diferentes, aun cuando en los dos casos se estuviera hablando de trabajo. A partir de ahora, el trabajo jerarquizaba. También, no se debe perder de vista que, en la Antigua Roma, el esclavo carecía de personalidad jurídica.

Resulta interesante observar, cómo en un principio la idea de *Trabajo* y de *Libertad* se contraponían: el esclavo carecía de libertad, al tiempo que era el responsable de hacer el trabajo. Al pensar en abolir la esclavitud y reconocer la libertad de quien trabaja, era inevitable considerar ahora al trabajo como el resultado de una relación de supra subordinación; es decir, el trabajo deriva de un contrato cuyo objeto esencial era la obligación de hacer y, como contraprestación, existía un precio –[es decir, un salario]– que se debía de pagar por esa obligación. Consecuentemente, al existir un acuerdo, se tenía que colocar dentro de la esfera de la autonomía de la voluntad; por algo esta palabra deviene del latín *salarium* que significa “pago de sal o por sal”, con el fin de garantizar que el pago por tal intercambio debía realizarse en especie.

Ello implicaba que cada quien decidía bajo cuáles términos quería trabajar y; por ende, individualmente, se decidían las condiciones y la cantidad del pago por ese trabajo. Tal intercambio, partía de un principio básico de respetar la voluntad de las partes en un ejercicio auténtico de su libertad de contratación. Es esta razón, por la que, durante un largo tiempo, el trabajo estaba entendido como parte del Derecho Civil.

A partir de entonces, comienza a evolucionar la idea, desde una perspectiva jurídica, sobre la existencia de ciertas condiciones que inciden en dicha relación y que es pertinente salvaguardar. Jurídicamente, se empieza a hablar de la libertad para trabajar; aún no se habla del Derecho Laboral, pero ya se está pensando la forma libre en la que alguien puede dedicarse a un oficio. Este paso, trajo aparejado el reto de rescatar la idea de libertad individual frente a los gremios y frente al Estado.

Originalmente, el individuo no podía dedicarse a cualquier oficio elegido por su voluntad, debido a que existían ciertas labores sujetas a la autorización del Estado y ciertos oficios en los que se requería pertenecer

a un gremio. Por tanto, de no formar parte de un gremio o de no poseer la autorización, el sujeto no podía efectuar dicha actividad y se le cerraba la posibilidad de acceder a ese mercado de trabajo.

Para este punto de la historia, la sociedad ya entiende la libertad para contratar, bajo la idea de evitar cualquier obstáculo que limitara al individuo de elegir dedicarse a lo que él quisiera; aunque ello significara enfrentar las limitantes impuestas por la autoridad y por los gremios. Al abrir la posibilidad de dedicarse a cualquiera de los oficios, también se provocó una situación de ventaja para el oferente de empleo que se traducía en el abaratamiento y eventual precarización del empleo.

No obstante, en ese ejercicio de *libre* contratación, surgieron situaciones de abuso en detrimento de la parte más débil de ese contrato. Por ejemplo, los gremios al tener sus aranceles, tarifas y tabuladores controlaban la demanda y el precio del trabajo; sin embargo, el contratante al momento de encontrar a alguna persona externa al gremio que pudiera realizar las mismas labores que éste a un menor costo, se le contrataba. La sobrerregulación por parte del Estado y de los gremios tergiversaba la demanda y oferta de trabajo, en contra de los salarios del mercado y en las condiciones de contratación del individuo.

Paulatinamente, el trabajo se comenzó a entender y a concebir desde una connotación estrictamente mercantil, pero todavía como parte de un contrato. La Ley de la oferta y la demanda dentro el mercado laboral empezó a hacerse cada vez más notable y a provocar preocupación, puesto que, a mayor oferta de trabajo, el salario disminuía y las condiciones laborales también se deterioraban; a la inversa, al contraerse la oferta de personal, el salario aumentaba. A partir de la industrialización, los países fueron prestando más atención a este tipo de fenómenos y empezaron a entender al trabajo ya como un factor de la producción, como un elemento de oferta y demanda; sin embargo, esta perspectiva significaba descuidar las condiciones de los trabajadores.

Incluso, algunos teóricos llegaron a afirmar que “el trabajo es un acto de sumisión bajo la máscara de un contrato”⁷. Quizá esto explica, por ejemplo, teorías como la de la *responsabilidad objetiva*, donde se responsabiliza a la par-

⁷ Baylos, A., *Derecho del trabajo. Historia, fuentes y Derecho sindical*, Albacete, España, Bomarzo, 2008.

te fuerte de la relación de las consecuencias derivadas de un riesgo, más allá de la *teoría de la imprevisión* y, en donde, ya no es necesario pensar en culpa de la víctima o, mucho menos, culpa o ilicitud de quién perpetró el daño; sino la responsabilidad se vuelve objetiva en función de la relación misma.

Dicho ejemplo, permite entender cómo el Derecho empezaba a tutelar de una manera diferente esta *simple* relación contractual. Un aspecto clave, es la forma en la cual la parte fuerte o poderosa de la relación comenzaba a aprovecharse del estado de necesidad de quien se encontraba en esa condición de sumisión, para exigirle condiciones que iban más allá de lo natural y propio de sus capacidades.

2. DERECHOS HUMANOS LABORALES

En el Reino Unido, en 1802, el congresista Sir Robert Peel, quien provenía de una de las familias más ricas de fabricantes textiles y quien llegó a ser Primer Ministro, promovió la *Ley para la Mejor Conservación de la Salud y de la Moral de los Aprendices*⁸, que fue de los primeros instrumentos en donde se plasmó la preocupación por las condiciones en que trabajan las personas y, mediante la cual, comenzaron a marcarse límites en el horario laboral, al imponer una jornada diaria de 12 horas y al establecer niveles mínimos para la higiene de los trabajadores, sin que esta fuera una prioridad. Hasta 1844, se impuso que la edad mínima para trabajar fuera de 8 años para los niños y de 9 años para las niñas.

Por otro lado, en Francia, la Academia de Ciencias le encomendó al reconocido Dr. Louis René Villermé⁹ realizar un estudio sobre las condiciones de trabajo. A pesar de que este análisis no se encontraba necesariamente inspirado en favorecer la condición humana de las personas, sino en mejorar la eficiencia y optimización de uno de los factores de la producción, el Dr. Villermé afirmaba que no podía ser posible tener una

⁸ Schlicke, P., *The Oxford Companion to Charles Dickens: Anniversary Edition*, Nueva York, Oxford University Press Inc., 2011.

⁹ Louis-René Villermé fue un afamado doctor francés nacido en 1782, después de dedicarse a su labor médica, se inclinó hacia la ciencia económica, al realizar estudios en materia laboral de problemáticas sociales, cuyas temáticas iban desde la mortalidad entre los prisioneros, la promiscuidad en las cárceles hasta el conocer las condiciones de las instalaciones físicas de las fábricas que afectaban la salud de los obreros.

esperanza de vida de 20 años entre los trabajadores y, mucho menos, le parecía que la existencia de jornadas de 15 horas con un descanso de hora y media. Al respecto, su informe afirmaba que:

No es un trabajo a destajo, es una tortura: se les aplica este trabajo a niños de 6 a 8 años, (*omissis*) La consecuencia de ellos es una mortalidad excesivamente elevada (*omissis*) Los culpables de esos accidentes son siempre los fabricantes, al no rodear o cubrir con algún tipo de rejilla o cubierta las partes más peligrosas de las máquinas (*omissis*) Casi todos se podría evitar utilizando las rejillas mencionadas. Algunos fabricantes ya han hecho ese gasto, pero otros (la mayoría) no ha tomado esa precaución. Debería existir una ley que hiciera obligatorio el uso de las rejillas.¹⁰

Como consecuencia de los resultados señalados en el Informe de Villermé, Louis Philippe d'Orléans, decidió regular las condiciones de seguridad de las instalaciones físicas de las fábricas. De esta forma, en 1841, surge la Ley relativa al Trabajo de los niños Empleados en Manufacturas, Fábricas o Talleres¹¹; sin embargo, al igual que la petición de origen hacia el Dr. Villermé, la motivación de la Ley partía de argumentos utilitarios, lejanos a salvaguardar la dignidad de las personas; por el contrario, argumentaba la necesidad de conservar un capital humano para la economía y la defensa nacional¹².

Gradualmente, comenzaron a surgir esfuerzos colectivos que encaminaron la conformación de los primeros elementos que, más adelante, fueron el origen de los esquemas de conciliación y arbitraje para determinar condiciones mínimas de trabajo y donde, de manera colectiva como un asunto de confrontación del empleado frente al empleador, los trabajadores pactan una serie de reglas mínimas en cuanto a salarios, jornadas, edades, descansos, puestos y tabuladores que permiten de alguna manera ir configurando una forma diferente de entender la relación laboral.

La colectivización, que en una relación jurídica se antoja compleja, puesto que se está hablando del reclamo y la defensa colectiva de derechos, pero en materia de trabajo adquirió forma de lucha de clases, sig-

¹⁰ Villermé, L., *Reseña del Estado Físico y Moral de los Obreros de las Industrias del algodón, la lana y la seda*, París, Academia de Ciencias francesa, 1840.

¹¹ Le, J., *Los derechos del niño en la Escuela. Una educación para la ciudadanía*, Bruselas, De Boeck Université, 2002.

¹² En este sentido, la exposición de motivos expresaba: "No obstante, hay que evitar que, para poder disponer de obreros de 11 años, acabemos teniendo mediocres soldados de 20 años".

nificaba que a diferencia de otras ramas del derecho donde las acciones comunes, las acciones colectivas, los *litis consorcios activos y pasivos* no son una constante; pareciera que en el ámbito laboral se volvieran algo natural y tenía que ser parte de un quehacer gremial, sindical. Para este momento, por primera vez, aunque sin concretarse aún, se empieza a entender que el Derecho al Trabajo es el trabajo mismo, no es sujeción, no es un hecho: es un derecho y, como tal, se ejerce, se tutela y se defiende.

Comprender este camino progresivo, iniciando desde la idea de un mal necesario, para después pensar en un contrato, luego en una relación jurídica desigual y, posteriormente, llegar al punto de un Derecho Fundamental, es parte de lo que hoy debe convocar a la reflexión del momento tan transcendental por el cual, como sociedad, se está transitando. Interiorizar que el trabajo es un derecho humano y, además, interpretar al trabajo digno como un Derecho Fundamental, son elementos condicionantes, sin los cuales no se podría estar realmente preparado para la conceptualización y materialización de los cambios que se están experimentando en el mundo del trabajo.

2.1. Humanización de la economía

Actualmente, en diferentes latitudes del planeta se están presentando, cada vez con mayor frecuencia, personajes políticos y cambios ideológicos que constantemente ponen en tela de juicio el afamado *fin de la historia*¹³, expuesto desde 1989 por Francis Fukuyama¹⁴. Dicho ensayo, explica el acontecer de los tiempos a partir de la confrontación del liberalismo contra las tendencias ideológicas alternativas; finalmente, al materializarse la victoria del libre mercado como la principal característica de la globalización, la sociedad está presenciando el término de la evolución

¹³ El ensayo “¿El fin de la historia?” fue publicado en 1989 por la revista *The National Interest*, se encuentra basado en la conferencia del autor presentada ante el *John M. Olin Center for Inquiry into the Theory and Practice of Democracy* de la Universidad de Chicago, Estados Unidos.

¹⁴ Politólogo estadounidense de origen japonés, Doctor en Ciencias Políticas por la Universidad de Harvard y catedrático de Economía Política Internacional en la Universidad Johns Hopkins de Washington. A finales de la década de 1990, fue una de las figuras centrales del grupo de pensadores neoconservadores con influencia entre los mandatos del presidente George W. Bush.

ideológica. No obstante, hoy las personas se están cuestionando tal afirmación y los ciudadanos del mundo, de muy diferentes formas, mandan el mensaje contundente de que algo no está funcionando y, como resultado de esta falla, las relaciones humanas se están convirtiendo en esclavas del mercado; se está olvidando a las personas.

En una economía de libre mercado, esencialmente, el individuo debe competir en todo momento y, para lograr posicionarse, resulta de suma importancia maximizar los beneficios de la actividad productiva, mediante la optimización de los recursos y la minimización de la estructura de costos. Por ello, en la medida en la que se cuente con un precio más competitivo por producir la misma cantidad de un bien y/o servicio y éste posea igual calidad que los demás productos ofertados; entonces, se logrará extraer un mayor excedente a través de desplazar del mercado a quienes no ofrezcan su mercancía con similares características. Alcanzar dicho objetivo en cualquier economía, se encuentra en función de las condiciones brindadas por los países en los que se fabrican los bienes o servicios.

Al abrirse las fronteras de los países para el intercambio comercial, las ventajas comparativas de David Ricardo¹⁵ jugaron un papel primordial para la exportación de excedentes económicos y la importación de bienes escasos. Desde el momento de la apertura internacional, la especialización en mercados específicos y la participación de los particulares en la generación de riqueza se volvió determinante para el bien común. Al respecto, el Modelo Ricardiano¹⁶ argumenta que el intercambio comercial, en condiciones de movilidad perfecta, resulta ser una vía para el incremento de bienestar general:

En un sistema de intercambio perfectamente libre, cada país decidirá lógicamente su capital y trabajo a aquellas producciones que son las más bene-

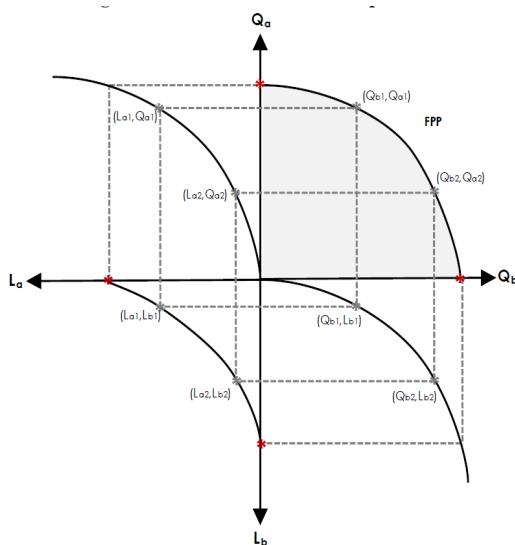
¹⁵ David Ricardo fue un economista inglés de origen judío sefardí-portugués, miembro de la corriente de pensamiento clásico económico, siendo uno de los más influyentes junto a Adam Smith y Thomas Malthus. Es considerado como el pionero de la macroeconomía por su análisis de la relación entre beneficios y salarios, razonamiento que daría lugar a la Ley de los rendimientos decrecientes y a la Teoría cuantitativa del dinero. Su Modelo de Comercio Internacional argumenta que el intercambio entre países puede traer beneficios a ambas regiones; en tanto, dichas transacciones se encuentren en equilibrio; asimismo, introdujo el concepto de la ventaja comparativa a principios del siglo XIX, al afirmar que el comercio internacional se debe únicamente a las diferencias de la productividad del trabajo. *vid.* Ricardo, D., *Principios de Economía Política y Tributación*, Londres, Ediciones Pirámide, 1821.

¹⁶ *vid.* figura 1.

ficiosas para él. Pero este propósito de perseguir la ventaja individual está admirablemente unido a la conveniencia general del conjunto. Estimulando la industria, premiando la invención y utilizando del modo más eficaz las facultades especiales concedidas por la naturaleza, se distribuye el trabajo con la mayor eficiencia y economía; y aumentando al mismo tiempo la cantidad total de bienes, difunde un bienestar general y liga con el vínculo común del interés y el intercambio a todos los pueblos del mundo civilizado.¹⁷

Pese a la obtención de beneficios derivados del comercio internacional, David Ricardo en su *Ley de Hierro*,¹⁸ argumentaba que para alcanzar el equilibrio del intercambio comercial entre naciones era necesario que los trabajadores recibieran, única y exclusivamente, un ingreso suficiente para su subsistencia.

Figura 1. Modelo de Factores Específicos



Fuente: Elaborado con base en Ricardo, D. (1821).

¹⁷ Ricardo, D., *op. cit.*

¹⁸ “La mano de obra, como todas las cosas que pueden ser compradas y vendidas, y cuya cantidad puede aumentar o disminuir, tiene su precio natural y su precio de mercado. El precio natural de la mano de obra es aquel precio necesario para que los trabajadores, en promedio, subsistan y perpetúen su raza, sin incremento ni disminución”. *vid. Idem.*

Poco después de la revolución industrial, existían países que consideraban pertinente establecer una serie de estándares mínimos para garantizar que el trabajo permitiera la subsistencia de las personas y, sorprendentemente, se hablaba de utilizar los subsidios como un complemento al ingreso del trabajador para que pudiera percibir una cantidad suficiente de recursos que le permitieran al individuo hacer llevadera su manera de obtener ingresos por su trabajo. No obstante, es sabido que, al encontrarse en condiciones de competencia de libre mercado, subsidiar el empleo es incomprensible, puesto que significa una práctica de competencia desleal, dadas las reglas comerciales acordadas entre países, en aras de obtener ventajas competitivas frente a los demás competidores internacionales.

De esta manera, se hizo necesario ver cómo castigar este tipo de malas prácticas vía aranceles, cómo desregular y cómo flexibilizar las relaciones laborales para que los inversionistas encontraran más atractivo un país que el otro para generar riqueza y ganar la competencia del mercado. A partir de entonces, las políticas económicas de los países comenzaron a circunscribirse alrededor de objetivos como: incrementar la productividad; aumentar la razón de inversión; reducir el déficit fiscal; y contener la inflación a partir del uso, inteligente y cauteloso, de la Política Monetaria y la Política Fiscal para impedir el alza súbita de precios.

Modelos como la Curva de Phillips¹⁹ y la Curva de Laffer,^{20,21} entre otras teorías económicas más, comenzaron a surgir y hacerse escuchar para com-

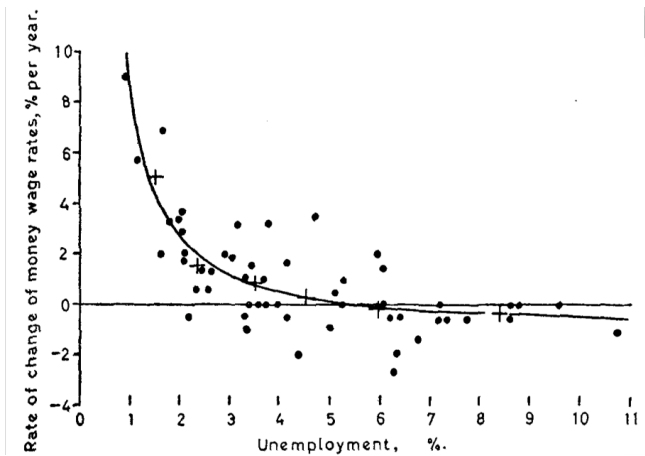
¹⁹ En 1958, A.W. Phillips escribió su artículo “La relación entre desempleo y el cambio en salarios monetarios en Reino Unido, 1861-1957” en la revista *London School of Economics*, donde analiza los datos sobre los salarios monetarios y las tasas de desempleo en el Reino Unido. En este estudio, Phillips demostró la existencia de una relación inversa entre estas dos variables, cuya correlación inversa se plasma en la curva algorítmica en función de la variación de los Salarios Monetarios como variación porcentual anual (%), y la Tasa de Desempleo (U). Phillips, A. 1958. *vid.* figura 2.

²⁰ En 1974, Arthur B. Laffer, profesor de la Universidad de Chicago, demostraba que existían dos alícuotas impositivas que producían el mismo ingreso público; de esta forma, la campana gerenerada entre los dos puntos impositivos graficaba la relación inversa entre el incremento de los impuestos y el valor de ingresos recaudados. Específicamente, cuando la tasa impositiva es de 100%, la producción de la economía del país cesa como consecuencia de que los individuos no trabajarán si la totalidad de los ingresos de su trabajo son fiscalizados por el gobierno y, por el contrario, si la tasa impositiva es 0%, los trabajadores podrán conservar la totalidad de sus ingresos generados, volviendo igual de inviable la recaudación fiscal. Wanniski, J., 1978.

²¹ *vid.* figura 3.

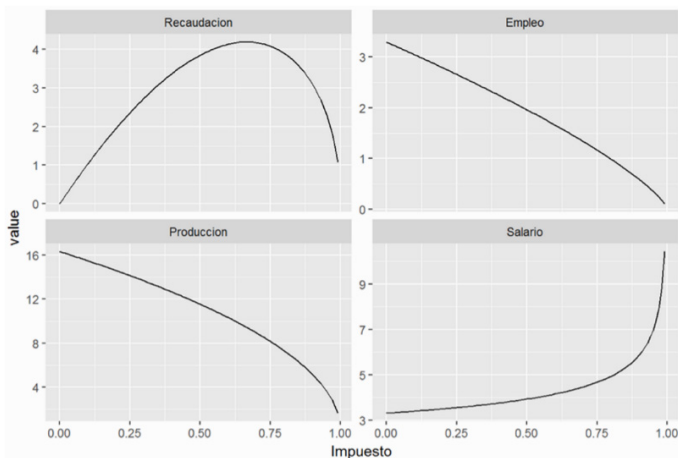
prender las relaciones intrínsecas que existían entre los factores y agentes económicos. Aunque se delineaban las reglas y los aspectos que debían cuidarse para mantener la estabilidad de los indicadores macroeconómicos y, a pesar de que los teoremas surgían en muchas ocasiones del análisis del mercado laboral, el gran ausente en estos esquemas era: el trabajado.

Figura 2. Curva de Phillips



Fuente: Phillips, A. (1958).

Figura 3. Curva de Laffer – Impuesto al Trabajo



Fuente: Romero, K. (2018).

Hoy por hoy, parece inverosímil que, ante el abrupto cambio de las condiciones económicas, los países comenzaron a entender y a analizar cómo debían regularse las relaciones entre agentes económicos en una economía de mercado mixta, más les resultaba impensable establecer límites y condicionantes para la explotación de los recursos y de los factores de la producción.

Por el contrario, un elemento que se encontraba presente en toda política económica era la contención inflacionaria, para lo cual un coste de suma importancia para el control de precios era: el salario. Por tanto, los Planes de Choques y grandes Pactos Económicos, invariablemente, contaban con la presencia de los representantes de los trabajadores para contener los salarios y, de esta manera, evitar el alza de los precios que complicaría de forma importante el funcionamiento de la economía nacional. Conforme fue evolucionando, se comenzó a generar una expectativa donde todos concordaban en que, partiendo de Principio de Eficiencia²² de Pareto²³, en la medida en que todos los agentes vayan generando riqueza, todos van a crecer; por ende, hay que permitirles a las empresas crear un valor agregado.

Lentamente, el trabajador comenzó a ponerse en nervioso cuando veía que cada día hacía un gran sacrificio para, en algún momento, obtener un mejor salario, pero éste no aumentaba y, peor aún, sus condiciones de trabajo tampoco mejoraban y, en algunos casos, se deterioraban. Sin embargo, podía percibir que la empresa empezaba a generar riqueza, pero él no veía las ganancias. Con el paso de los años, las empresas empezaron a crecer y a fusionarse, en esos procesos de fusión, el trabajador, que

²² La asignación de bienes es Pareto eficiente cuando cualquier posibilidad de redistribución dentro de una economía no perjudica a otra; es decir, las situaciones son eficientes, si al haber un cambio de esa situación, se beneficia a alguno, sin perjudicar a otro.

²³ El economista italiano Wilfredo Pareto estudió ingeniería en Turín y desarrolló una carrera como ejecutivo de empresas ferroviarias e industriales. Su vocación por las ciencias sociales comenzó en 1890 y se desempeñó en el ámbito académico al suceder a su maestro Walras en la cátedra de Economía de Lausana. Sus aportaciones más relevantes para el comportamiento económico se presentaron al desarrollar su Teoría del Equilibrio de Bienestar, partiendo los principios de la teoría utilitarista del bienestar (Principio de Eficiencia), el cual derivó en la conclusión de que la distribución de la renta en cualquier sociedad responde siempre a un mismo modelo, por lo que serían inútiles las políticas encaminadas a redistribuir la riqueza (Ley de Pareto).

venía esperando muchos años el momento de ver parte de los beneficios de su esfuerzo dentro del crecimiento de la empresa, en realidad lo que encontró fue: desempleo. En dichas fusiones, se duplicaban la cantidad de trabajadores y, consecuentemente, había que prescindir de algunos.

La clase trabajadora y las familias de los trabajadores no percibían ningún impacto positivo del libre mercado en su patrimonio. Por tanto, cuando se afirmaba que un país iba por buen camino porque estaba aumentando su Producto Interno Bruto (PIB), porque disminuía el déficit, porque la inflación se encontraba controlada, el trabajador resentía que su salario cada día le alcanzaba para menos y desconocía por completo el papel que jugaba en la ecuación. Las comunidades comenzaron a buscar alternativas con la esperanza de percibir algo diferente que pudiera cambiar su condición cotidiana. Los indicadores macroeconómicos podrían ir cada vez mejor; sin embargo, la gente no lo percibía en sus bolsillos. Cuestión que originó las discusiones académicas relativas a la Trampa del Ingreso Medio²⁴ o, incluso, a retomar la noción de las Trampas de la Pobreza.^{25,26}

Históricamente, grandes economistas, políticos, sociólogos y juristas, con diversas afirmaciones, han considerado al trabajo como el principal motor para la redistribución de la riqueza y como elemento primordial para permitir una movilidad social; empero, cuando las personas se voltean a ver para comprobar la materialización de tales aseveraciones, se cuestionan: “Oye ¿A ti qué tanto se te distribuyó la riqueza generada por tu empresa? ¿Cuánta movilidad social te permitió?” A su sentir, su respuesta era: “Pues no mucho”.

²⁴ Término empleado para caracterizar a aquellos países que se encuentran estancados entre los competidores de los países menos desarrollados de bajos salarios que dominan en las industrias maduras y los innovadores de los países desarrollados que dominan en industrias que experimentan un rápido cambio tecnológico. Gill, I. y Kharas, H., 2007.

²⁵ Mecanismos de perpetuación en el que individuos, municipios, estados o países, se encuentran atrapados en niveles de bajo desarrollo, generando un círculo vicioso en el cual la pobreza actual es causante de la pobreza futura. Azariadis, C. y Stachurski, J., 2005.

²⁶ Particularmente, la trampa de pobreza microeconómica relativa a la pobreza de los individuos y los hogares se caracteriza por el estancamiento de la condición de pobreza mediante la reiteración del ciclo: Baja productividad, ingreso mínimo y desnutrición. Banerjee, A. y Duflo, E., 2011.

Más grave aún fue observar que, pese a hacer bien su labor y dar buenos resultados, el trabajador era despedido debido a la reducción del precio de las acciones de la empresa dentro de la Bolsa de Valores. Incluso, en la lógica del trabajador, la empresa había dado buenos resultados y él había cumplido impecablemente con las tareas encomendadas y, sin embargo, un buen día: perdía su empleo.

El poder de decisión se trasladó a los grandes capitales especulativos y, cuando el precio de la acción comienza a sufrir consecuencias, poco importaba lo eficiente que fuera la empresa. Ahora, el valor de la empresa se tasaba de forma artificial al depender del vaivén de las sobrerreacciones guiadas por la aversión al riesgo en el juego de oferta y demanda de capitales, más que de condiciones reales dentro del propio centro de trabajo. La empresa se volvió esclava del mercado bursátil. El precio de las acciones importaba más que el resultado operacional y, por ende, el trabajador se veía seriamente afectado por la decisión de un accionista.

Consecuentemente, las decisiones poco tenían que ver con las condiciones o con la calidad de vida del trabajador, éstas se tomaban a partir del valor de las acciones en la bolsa. En 2013, la empresa multinacional sueca de telefonía móvil, Ericsson²⁷²⁸ anunció que, debido a los resultados financieros negativos obtenidos por BlackBerry, era necesario realizar una reestructuración de personal para liquidar a 4,500 empleados y obtener mayores ganancias ante las pérdidas presentadas; inmediatamente después del anuncio, el precio de sus acciones se recuperó 17% en la bolsa; es decir, el mercado premió la decisión.

3. DERECHO HUMANO AL TRABAJO

Ante ejemplos tan desgarradores, ha llegado el momento de pensar en el trabajo como derecho humano, lo cual, implica tres cuestiones básicas: salvaguardar la posibilidad de acceso al trabajo; contar con condiciones de seguridad e higiene en el centro de trabajo; y reconocer realmente la

²⁷ Puerto, K., *BlackBerry despedirá a 4,500 empleados y se centrará en el mercado profesional*, Xataka Móvil, <https://www.xataka.com/historia-tecnologica/vida-y-milagros-de-blackberry>, 2013.

²⁸ Puerto, K., *Vida y “milagros” de BlackBerry*, Xataka Móvil, <https://www.xataka.com/historia-tecnologica/vida-y-milagros-de-blackberry>, 2013.

relación laboral y la estabilidad en el trabajo. Ese es el derecho fundamental de todo individuo y, hoy más que nunca en la historia, goza de un pleno reconocimiento.

El artículo 123 Constitucional que fundamenta el Derecho Laboral mexicano, comienza mencionando: “Toda persona tiene derecho al trabajo digno y socialmente útil; al efecto, se promoverán la creación de empleos y la organización social de trabajo, conforme a la ley”²⁹. De esta forma, existe un mandato Constitucional para promover la creación de empleos y reconocer el derecho al trabajo: digno. Adicionalmente, el artículo 3º de la Ley Federal del Trabajo (LFT) establece que “el trabajo es un derecho y un deber social”³⁰.

Como puede apreciarse este derecho humano fundamental posee dos dimensiones: una subjetiva y otra objetiva. Como *derecho subjetivo*, el bien jurídico tutelado abarca tres aspectos. Primero, la pretensión de trabajar; es decir, si una persona quiere trabajar no hay quien, jurídicamente, pueda impedirselo, ello significa igualdad de oportunidades y no discriminación en el acceso al empleo. Prácticas contrarias a esta pretensión tienen que ver con requisitos no justificados para acceder a un puesto de trabajo, tales como: listas negras o negación del empleo en razón de las características físicas, de salud o condición personal.

El segundo aspecto está relacionado con la propia realización del trabajo, para la cual deben existir tres cuestiones elementales. En primera instancia, se encuentra el reconocimiento y protección de dicha relación, de esta cualidad deriva la segunda que radica en no esconder ni simular la condición laboral del trabajador y, finalmente, la tercera cuestión es que el trabajo sea: efectivo. Una práctica contraria a esto, es el famoso *congelamiento* o el encomendar tareas completamente distintas al propósito de la contratación.

Finalmente, el tercer aspecto del trabajo como *derecho subjetivo*, es salvaguardar la estabilidad y certidumbre del empleo del trabajador; es decir, la protección contra el despido injustificado y el libre ejercicio de la renun-

²⁹ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación del 5 de agosto de 1917. Última Reforma publicada el 9 de agosto de 2019.

³⁰ Ley Federal del Trabajo, publicada en el DOF el 1 de abril de 1970. Última reforma publicada el 02 de julio de 2019.

cia. Por otra parte, la dimensión objetiva del derecho al trabajo se encuentra relacionada con el mandato Constitucional, mediante el cual se obliga al Estado a desarrollar políticas activas para el fomento al empleo.

3.1. Política para el Fomento al Empleo

Aunado a las dimensiones subjetiva y objetiva del derecho al trabajo; adicionalmente, es importante resaltar la participación de las empresas y el mercado. Las Políticas de Fomento al Empleo necesariamente deben contemplar la capacidad y posibilidad de que los empleos generados, dentro de la economía, permitan que las personas tengan una actividad y un ingreso decentes y, de esta forma, poseer una manera honesta para ganarse la vida. Esto es parte esencial de este derecho fundamental.

Los derechos humanos de segunda generación se caracterizan por su contenido social para procurar las mejores condiciones de vida; por tanto, su reclamo es mediano e indirecto ya que están condicionados a las posibilidades económicas del país. Cuarenta y nueve años después de haberse incluido en la CPEUM, el 16 de diciembre de 1966 –[entrando en vigor hasta el 3 de enero de 1976³¹]–, la Asamblea General de las Naciones Unidas (ONU) reconoció los Derechos Económicos Sociales y Culturales (DESC) dentro del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC).

Para 1986, la Asamblea General de la ONU adopta la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo, en donde se reconoce al *Desarrollo* como un derecho humano, al definirlo como un proceso económico, social, cultural y político, con el objetivo firme y constante de mejorar el bienestar de la población y de los individuos, con base en una participación libre y activa. La reciente aprobación de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, es un claro reflejo de la intención de conducir las acciones globales acentuando el desarrollo como tema toral para el reconocimiento pleno y efectivo de la dignidad humana.

No es fortuito el incentivar el crecimiento y desarrollo económicos, mediante la generación de puestos de trabajo formales y decentes, puesto

³¹ En caso del Estado mexicano, se adhiere al PIDESC el 23 de marzo de 1981, entrando en vigor el 12 de mayo de ese año.

que sólo a través de ellos se observará el incremento de las condiciones de vida y, en consecuencia, la mejora gradual y progresiva del bienestar de la población. Las ganancias en el bienestar laboral se ven materializadas cuando las personas por medio del trabajo adquieran, física y económicamente, alimentos adecuados; una vivienda en condiciones óptimas de seguridad, paz y dignidad; y factores y condiciones que les permita llevar una vida sana.

Adicionalmente, durante la 98ª Conferencia Internacional del Trabajo celebrada en junio de 2009, delegados y mandantes de los Estados miembros de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) adoptaron el Pacto Mundial para el Empleo, instrumento mediante el cual los mandantes tripartitos se comprometieron a trabajar juntos para superar la crisis mundial del empleo, a través de implementar políticas públicas encaminadas: a la generación de empleo para fomentar la globalización equitativa; a la implementación de programas de formación profesional para la obtención de competencias empresariales; y a la promoción y el desarrollo de empresas sostenibles. En pocas palabras, el Pacto se centra en promover el empleo y proteger a las personas para la recuperación de la economía mundial centrada en la inversión, el trabajo decente y la protección social.

3.2. Trabajo digno

Desde diciembre de 1978, al artículo 123 Constitucional le fue adicionado un párrafo inicial mediante el cual se elevó a categoría Constitucional el derecho fundamental que rige hasta el día de hoy:

Observaciones: Adiciona un párrafo inicial al artículo. (*omissis*) Contenido: Plantea que toda persona tiene derecho al trabajo digno y socialmente útil; al efecto, se promoverá la creación de empleos y la organización social para el trabajo, conforme a la Ley. El Congreso de la Unión, sin contravenir a las bases que se establecen en este artículo, deberá expedir las leyes sobre el trabajo.³²

³² Cámara de Diputados, *La Constitución política y sus reformas, Febrero 1917 – Marzo 2013, Documentación legislativa, Cuadernos de apoyo*, México, Biblioteca del Congreso, 2013.

Previo a la Reforma Laboral de diciembre de 2012, ni la Carta Magna ni la legislación secundaria precisaban qué debía entenderse por «Trabajo Digno». Por ello, el primer paso contundente de la transformación que tuvo la normatividad laboral mexicana, fue el incorporar como categoría jurídica la noción del *Trabajo Decente* basada en definición establecida en la 87ª Conferencia Internacional del Trabajo³³, por el Director General de la OIT, donde se instituyó que un trabajo decente era aquel mediante el cual se accede a un empleo productivo y de calidad, al tiempo que se realiza salvaguardando cuatro condiciones fundamentales: la libertad, la equidad, la seguridad y la dignidad humana. De esta forma, el artículo 2º de la LFT estableció que:

Artículo 2o.- Las normas del trabajo tienden a conseguir el equilibrio entre los factores de la producción y la justicia social, así como propiciar el trabajo digno o decente en todas las relaciones laborales.

Se entiende por trabajo digno o decente aquél en el que se respeta plenamente la dignidad humana del trabajador; no existe discriminación por origen étnico o nacional, género, edad, discapacidad, condición social, condiciones de salud, religión, condición migratoria, opiniones, preferencias sexuales o estado civil; se tiene acceso a la seguridad social y se percibe un salario remunerador; se recibe capacitación continua para el incremento de la productividad con beneficios compartidos, y se cuenta con condiciones óptimas de seguridad e higiene para prevenir riesgos de trabajo. El trabajo digno o decente también incluye el respeto irrestricto a los derechos colectivos de los trabajadores, tales como la libertad de asociación, autonomía, el derecho de huelga y de contratación colectiva.³⁴.

Adicionalmente, el artículo 3º de la LFT enfatiza dos cuestiones sumamente relevantes: primera, “no es artículo de comercio, y exige respeto para las libertades y dignidad de quien lo presta”³⁵ y; segunda, “debe efectuarse en condiciones que aseguren la vida digna y la salud para las y los trabajadores y sus familiares dependientes”³⁶. Por si esto fuera poco, es importante recordar que el artículo 164 de ese ordenamiento, dispone que:

³³ OIT, *CIT87, Memoria del director general: Trabajo decente*, Ginebra, Suiza, Conferencia internacional del trabajo, 1999.

³⁴ Ley Federal del Trabajo, publicada en el DOF el 1/04/1970. Última reforma publicada el 02/07/2019.

³⁵ *Idem*.

³⁶ *Idem*.

Artículo 164.- Las mujeres disfrutan de los mismos derechos y tienen las mismas obligaciones que los hombres, garantía que se establece en lo general y específicamente en función de la protección de las trabajadoras y trabajadores con responsabilidades familiares, asegurando la igualdad de trato y oportunidades³⁷.

En su conjunto, estos artículos dejan ver que al trabajador se le debe concebir en: plural. No es únicamente el trabajador, es él o ella, su familia y sus dependientes económicos. A partir de esta perspectiva, la dignidad adquiere otro matiz. Este derecho fundamental, al igual que muchos sustentos existentes en los derechos fundamentales, parte de la dignidad.

3.3. Sobre la dignidad

Paradójicamente, la *Dignidad* tiene múltiples significados, significantes y acepciones. Más allá de hablar de una característica inherente al ser humano, o sobre la capacidad de decisión del individuo, del trato de respeto que merece o, bien, sobre su voluntad: la dignidad es un concepto que nace del ser humano y, al ser tan propio de él, es particularmente complejo definirlo. En lo particular, me atrevería a decir que la dignidad: se piensa, se siente y se vive.

Considerando que la Declaración Universal de Derechos Humanos tiene por base el “reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”³⁸, no es posible afirmar que la dignidad sea un derecho fundamental. Los derechos son el contenido materializado de un principio guía; por tanto, la dignidad al ser concepto angular del desarrollo de la personalidad jurídica del ser humano, se le ha catalogado dentro de los derechos humanos inmateriales. Incluso, algunos lo sitúan como un *superprincipio*³⁹ que sirve de fundamento a todos los derechos.

Podría entenderse que hablar de dignidad es lo mismo que invocar sobre la voluntad del ser humano, así como su libertad, su autonomía,

³⁷ *Idem.*

³⁸ ONU, *Declaración Universal de Derechos Humanos, resolución 217 A (III)*, Ginebra, Suiza, 1948.

³⁹ Guevara, L., *Afirmación de los derechos sociales como derechos humanos en América Latina*, Habana, Asociación Latinoamericana de Abogados Laboristas, 2013.

su individualidad, su valor, su integridad física y moral, su imagen, su honra, su materialidad y su realización. Pareciera ser que todo cabe en la dignidad; entonces, el trabajo debe entenderse de forma tal que, a través de éste se materialice esa dignidad. Hay quienes sostienen que hablar de trabajo digno es una especie de tautología que, el trabajo, si no es digno no es trabajo: será otra cosa, pero no trabajo.

4. RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL DE RESPETAR EL DERECHO AL TRABAJO

Ante la coyuntura histórica que hoy día aqueja a la sociedad, resulta imperativo el saber que más allá de Reformas Laborales, Tribunales, Jueces, Regulaciones y Visitas de Inspección, lo que se requiere es una nueva cultura donde se entienda y respete el sentido amplio de la «Dignidad». Cuando el trabajador se siente respetado en su dignidad, no necesita sindicatos, ni huelgas, ni entrar en conflicto; justamente, porque se le trata con respeto. Y, mejor aún, en muchas ocasiones, corresponderá a ese trato.

Cuando no se respeta la dignidad del trabajador y cuando el hecho de simular y subestimar las condiciones laborales pareciera ser un común denominador natural y sencillo en las relaciones de trabajo; es cuando se presentarán situaciones en donde el trabajador sea quien, empoderado por las leyes, defienda su dignidad y haga valer su derecho fundamental. Sin olvidar que, la violación a los derechos humanos trae aparejadas consecuencias legales, es sumamente importante tener en cuenta que las violaciones a los derechos humanos: se corrigen, se reparan y se castigan. El derecho fundamental al trabajo digno, hoy más que nunca, está reconocido.

Cabe recordar que, los párrafos segundo y tercero del artículo 1º Constitucional señalan que:

Artículo 1º.- (*omissis*)

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia. 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.⁴⁰

Por tanto, el trabajo digno como derecho fundamental hoy está jurídicamente protegido y las autoridades jurisdiccionales junto con las administrativas, a partir de la inspección del trabajo, son quienes tendrán la responsabilidad de salvaguardar este derecho.

Para este punto, pareciese ser que al cumplir con la normatividad laboral una persona física o moral no tendría inconveniente alguno; no obstante, existen aspectos de la dignidad que trascienden a la literalidad de la Ley. Por ejemplo, faltarle al respeto al trabajador, humillarlo; no respetar sus responsabilidades familiares, su tiempo; encerrarlo, privarlo de elementos básicos como sanitarios dignos, agua, alimentación; hacerlo sujeto de acoso, obligarlo a pernoctar en instalaciones hacinadas, o incluso, pernoctar y transportarse con los animales. Todas, y cada una de las anteriores, son violaciones al trabajo digno que requieren ser castigadas y, además, deben ser reparadas.

¿Qué se puede decir de las terribles afectaciones de las cuales son víctimas los trabajadores migrantes, o bien, sobre el trabajo infantil, o del impacto negativo a la salud como consecuencia del estrés laboral, del *mobbing* o del *burnout*? En ocasiones, una relación de suprasubordinación en el trabajo, lleva a pensar o suponer que un nivel de autoridad permite subestimar el amor propio, la intimidad y la honra de alguien. Estigmatizar al trabajador con un apodo, burlarse de algún defecto, no considerar alguna discapacidad, o aplicarle un tratamiento distintivo en función de sus preferencias sexuales o de su estado de salud; son violaciones a sus derechos fundamentales y, reitero, se castigan y se reparan.

Los derechos humanos nacieron y se concibieron como derechos oponibles al poder del Estado; sin embargo, a partir de la *Teoría del Drittwirkung*, respecto a la existencia de derechos humanos con eficacia horizontal, actualmente los “*derechos fundamentales deben ser respetados tanto por los poderes públicos como por los particulares en relación con otros particulares*”.⁴¹ Bajo esta perspectiva, se entienda que los derechos fundamentales,

⁴⁰ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos publicada en el Diario Oficial de la Federación el 5 de febrero de 1917. Última reforma publicada el 09/08/2019.

⁴¹ Corte-IDH, *Opinión Consultiva OC-18/03, 17 de septiembre de 2003, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos. En relación con la condición jurídica y derechos de los*

también, pueden ser violados por particulares en ciertas condiciones de poder; el ejemplo más claro de ello es el patrón. En este sentido, en México existen pronunciamientos del Poder Judicial en los que se reconocer este efecto horizontal de los derechos humanos, baste con mencionar la Tesis Jurisprudencial 15/2012 (9a) de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), mediante la cual se señala que:

A juicio de esta Primera Sala, los derechos fundamentales previstos en la Constitución gozan de una doble cualidad, ya que si por un lado se configuran como derechos públicos subjetivos (función subjetiva), por el otro se traducen en elementos objetivos que informan o permean todo el ordenamiento jurídico, incluyendo aquellas que se originan entre particulares (función objetiva). (*omissis*) En esta lógica, la doble función que los derechos fundamentales desempeñan en el ordenamiento y la estructura de ciertos derechos, constituyen la base que permite afirmar su incidencia en las relaciones entre particulares.⁴²

Adicionalmente, cabe recordar que, desde la Reforma Constitucional en materia de Derechos Humanos de 2011, en el ámbito interpretativo, las autoridades deben guiarse por el principio *pro-persona* cuando apliquen normas de derechos humanos; es decir, se deberá acudir al precepto más amplio, o a la interpretación más extensiva, cuando se trate de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se deba establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria.

Aunado a lo anterior, pese a que toda persona física o moral con actividades empresariales tiene la obligación de cumplir con el marco normativo nacional, pareciese ser que una empresa al cumplir con la ley no puede violar derechos humanos; sin embargo, el que ésta respete la normatividad es una condición necesaria, más no suficiente, para evitar que las acciones vinculadas a su operación generen consecuencias negativas en detrimento de los derechos humanos.

Para este punto, es preciso recordar los Principios Rectores de la ONU, considerados como el máximo estándar en materia de empresas y

migrantes indocumentados, Organización de los Estados Americanos OEA, 2003.

⁴² Jurisprudencia 1a./J. 15/2012, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, t. II, octubre de 2012, p. 798.

derechos, diseñados por el relator especial John Ruggie⁴³ y el Consejo de Derechos Humanos por mandato del Secretario General de la ONU, con el objeto de contar con una norma mundial para prevenir, investigar, castigar y reparar los abusos en la materia cometidos por las actividades empresariales. De acuerdo con éstos, el Estado debe proteger los derechos humanos dentro de su territorio y/o su jurisdicción, incluidas las relacionadas con las empresas; al tiempo que estas deben contar con procesos que les permita reparar las consecuencias negativas generadas sobre los derechos humanos derivadas de su actividad empresarial:

Principio Rector 1. Los Estados deben proteger contra las violaciones de los derechos humanos cometidas en su territorio y/o su jurisdicción por terceros, incluidas las empresas. Para tal efecto, deben adoptar las medidas apropiadas para prevenir, investigar, sancionar y reparar esos abusos mediante políticas adecuadas, actividades de reglamentación y sometimiento a la justicia.

Principio Rector 15. Para cumplir con su responsabilidad de respetar los derechos humanos, las empresas deben contar con políticas y procedimientos apropiados en función de su tamaño y circunstancias, a saber:

- a) Un compromiso político de asumir su responsabilidad de respetar los derechos humanos;
- b) un proceso de diligencia debida en materia de derechos humanos para identificar, prevenir, mitigar y rendir cuentas de cómo abordan su impacto sobre los derechos humanos;
- c) unos procesos que permitan reparar todas las consecuencias negativas sobre los derechos humanos que hayan provocado o contribuido a provocar.⁴⁴

⁴³ Se ha desempeñado en dos ocasiones como alto funcionario de las Naciones Unidas. Actualmente, es profesor Berthold Beitz en Derechos Humanos y de Asuntos Internacionales en la Escuela Kennedy de Gobierno y profesor afiliado en Estudios Legales Internacionales en la Facultad de Derecho de Harvard. Ha sido Decano de la Facultad de la Universidad de Columbia de Asuntos Internacionales y Públicos, profesor en la Universidad de Berkeley en California y las escuelas de San Diego y dirigido para todo el sistema UC Instituto sobre Conflictos y Cooperación Global. Cuenta con un BA en a Universidad McMaster en Canadá, un doctorado en Ciencias Políticas de la Universidad de California, Berkeley, Doctor en Leyes (Honoris Causa) de McMaster, y un Doctor en Letras (honoris causa) de la Universidad de Waterloo.

⁴⁴ Ruggie, J., *Informe del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas*, A/HRC/17/31,

La conectividad de los mercados y las prácticas comerciales internacionales hacen indispensable el cumplimiento de los derechos humanos por parte de las empresas, ya que su inobservancia permite la existencia de conductas de competencia desleal que, no solo merman la competitividad global; además, atentan contra la dignidad humana y el bienestar de los trabajadores. En esencia, se trata de invertir el devenir histórico que, desde el principio de los tiempos, ha afligido al individuo como trabajador al ser la parte más débil del contrato social.

Es momento de hacer que la competencia deje de jugar en contra de los trabajadores y, por el contrario, sea un factor que posibilite la dignidad de los trabajadores. Hoy día, el sector privado es corresponsable en encaminar los esfuerzos de protección y defensa del derecho humano al trabajo en condiciones dignas; más allá del irrestricto apego a la ley y a la legalidad durante la producción de sus actividades, es imperativo *humanizar* al trabajo y eliminar la visualización del ser humano como un recurso, una máquina, un bien, un *commodity* o, peor aún, como mercancía.

4.1. La observancia del trabajo digno

Por otra parte, los juzgadores, hoy, tienen la gran responsabilidad de conocer y resolver asuntos donde el trabajador manifieste que se violó su libertad sindical, su igualdad, su honra e intimidad; o bien, que haya sufrido acoso, violencia; así como que no se le haya respetado su libertad ideológica o religiosa. Asimismo, el trabajador tiene derecho a la información, a la seguridad y la salud en el trabajo. Actualmente, todo lo anterior es perfectamente exigible ante las autoridades judiciales y hoy las resoluciones deberán obligar, no solo al cumplimiento, además deben prever la reparación por esas violaciones; de esta forma, la jurisprudencia nutrirá y perfeccionará el Derecho Laboral.

Las autoridades administrativas, a través de la Inspección del Trabajo, tienen una gran labor en esta materia; sin embargo, es debido reconocer que las multas, las sanciones y las clausuras, no restituyen derechos ni amparan dignidades, mucho menos salvan vidas. Por tanto, resulta impensable quedarse en este terreno, las inspecciones tienen limitantes

Ginebra, Suiza, ONU, 2011, pp. 7, 11.

importantes; empero, las decisiones del Juez, sí restituyen el derecho y corrigen la situación: éstas sí imparten justicia. Hoy, los tiempos de transformación, brindan la anhelada oportunidad de corregir tan lastimosa demanda y enfrentar el gran reto de impartir justicia en defensa del derecho fundamental al trabajo digno.

Más allá de lo anterior, en adelante se tendrán que imprimir esfuerzos en la esfera del diálogo y coacción social para enfrentar las prácticas abusivas tanto de los grandes consorcios empresariales como de sus cadenas productivas para que el mercado mismo castigue y repudie esas conductas que, en aras de reducir costos, atentan contra la dignidad de los trabajadores. Aún queda camino por recorrer, la historia no se ha terminado.

Comparto con la Dra. Claudia Costa Almada⁴⁵ el concepto de que “el derecho al trabajo en condiciones dignas, hoy ha dejado de ser aspiracional y se ha convertido en una exigencia inexcusable, cuyo fin debe conducir a la humanización del trabajo”⁴⁶ y también cuando señala que debemos avanzar hacia una “cultura mundial de valorización del trabajador, persona de derecho, que debe tener su dignidad salvaguardada en condiciones de trabajo adecuadas”.⁴⁷ No olvidemos nunca que el trabajo es para el hombre: no al contrario.

5. BIBLIOHEMEROGRAFÍA

Bibliografía

Aristóteles, *Política*, Libro VII, Capítulo 2, 1337 b, Buenos Aires, Losada, 2005.

Baylos, A., *Derecho del trabajo. Historia, fuentes y Derecho sindical*, Albacete, España, Bomarzo, 2008.

⁴⁵ Doctora en Derecho Internacional Público por la Universidad de Barcelona (UB). Cuenta con Maestría en Derecho, Estado y Sociedad, en la Universidad Federal de Santa Catarina (UFSC). Se ha desempeñado como Inspectora de Trabajo en Brasil, fue profesora sustituta en la Universidad Federal de Santa Catarina (UFSC) y en la Universidade Federal do Maranhão (UFM), universidad en la cual es miembro del Consejo Estadual del Trabajo.

⁴⁶ Costa, C., *La protección del derecho al trabajo digno: Entre el garantismo y la flexibilidad*, Barcelona, Universitat de Barcelona, 2016, p. 261.

⁴⁷ *Idem*, pp. 348.

Cámara de Diputados, *La Constitución política y sus reformas, Febrero 1917 – Marzo 2013, Documentación Legislativa, Cuadernos de Apoyo*, México, Biblioteca del Congreso, 2013.

Costa, C., *La protección del derecho al trabajo digno: Entre el garantismo y la flexibilidad*, Barcelona, Universitat de Barcelona, 2016.

Ferrater, J., *Diccionario de Filosofía*, Barcelona, Ariel, S.A, 2004.

Guevara, L., *Afirmación de los derechos sociales como derechos humanos en América Latina*, Habana, Asociación Latinoamericana de Abogados Laboralistas, 2013.

Innerarity, C., *La comprensión aristotélica del trabajo*, Navarra, España, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra, 2008.

Le, J., *Los derechos del niño en la Escuela. Una educación para la ciudadanía*, Bruselas, De Boeck Université, 2002.

OIT, *CIT87, Memoria del director general: Trabajo decente*, Ginebra, Suiza, Conferencia Internacional del Trabajo, 1999.

Ricardo, D., *Principios de Economía Política y Tributación*, Londres, Ediciones Pirámide, 1821.

Ruggie, J., *Informe del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas*, A/HRC/17/31, Ginebra, Suiza, ONU, 2011.

Séneca, L., *Cartas Filosóficas. Epístolas morales a Lucilio*, 2011, EPub.

Schlicke, P., *The Oxford Companion to Charles Dickens: Anniversary Edition*. Nueva York, Oxford University Press Inc., 2011.

Villermé, L., *Reseña del Estado Físico y Moral de los Obreros de las Industrias del algodón, la lana y la seda*, París, Academia de Ciencias francesa, 1840.

Documentos publicados en Internet

Puerto, K., *BlackBerry despedirá a 4,500 empleados y se centrará en el mercado profesional*, Xataka Móvil, <https://www.xataka.com/historia-tecnologica/vida-y-milagros-de-blackberry>, 2013.

Puerto, K., *Vida y “milagros” de BlackBerry*, Xataka Móvil, <https://www.xataka.com/historia-tecnologica/vida-y-milagros-de-blackberry>, 2013.

Legislación

Ley Federal del Trabajo, publicada en el DOF el 1 de abril de 1970. Última Reforma publicada el 2 de julio de 2019.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos publicada en el Diario Oficial de la Federación el 5 de febrero de 1917. Última Reforma publicada el 09 de agosto de 2019.

Tratados y convenios internacionales

ONU, *Declaración Universal de Derechos Humanos, resolución 217 A (III)*, Ginebra, Suiza, 1948.

Jurisprudencia

Corte-IDH, *Opinión Consultiva OC-18/03, 17 de septiembre de 2003, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos. En relación con la condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, Organización de los Estados Americanos OEA, 2003.

Jurisprudencia 1a./J. 15/2012, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, t. II, octubre de 2012.

Otros documentos

Génesis 3:17 Versión del Rey Jacobo.

DINAMISMO DE LA LEGISLACIÓN MEXICANA RESPECTO A LOS DERECHOS HUMANOS DE NO DISCRIMINACIÓN E IGUALDAD DE GÉNERO

Dynamism of the Mexican Legislation with Respect to Human Rights of Non-Discrimination and Gender Equality

Recepción: 26/08/2019

Aceptado para su publicación: 30/09/2019

CARLOS FERRÁN MARTÍNEZ CARRILLO*

RESUMEN: Para que se constituya un verdadero Estado de Derecho, es función del órgano legislativo actualizar las leyes conforme a la realidad social, siempre reconociendo y garantizando los derechos humanos. La lucha social que se ha dado durante la historia de la humanidad ha logrado el reconocimiento de los derechos humanos en las legislaciones nacionales, así como la regulación y vigilancia de las Organizaciones Internacionales a todos los estados nación para salvaguardarlos. Así mismo, el Poder Ejecutivo mexicano se ha comprometido ante las autoridades internacionales, a la mejora de las condiciones de trabajo y la protección de los derechos de las mujeres. Esta ponencia busca fundamentar en la Constitución, los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo, las Normas Oficiales Mexicanas, la Ley Federal de Trabajo y los criterios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el dinamismo de la legislación mexicana conforme el contexto histórico y la regulación internacional de los derechos humanos, en específico del derecho a la no discriminación y a la igualdad de género desde una perspectiva de Derecho Laboral. En adición, se analiza a profundidad el concepto de igualdad sustantiva debido a que relaciona los derechos humanos antes mencionados, considerando el equilibrio que se debe tener entre la no discriminación y la igualdad de género, y ciertas distinciones que se pueden hacer conforme a los requisitos necesarios para desempeñar cierto empleo, sin que estos sean considerados discriminatorios.

* Licenciado en Derecho con Mención Honorífica por la Universidad Iberoamericana. Maestro en Derecho del Trabajo por la Escuela Libre de Derecho. Candidato a Doctor en Derecho por la Escuela Libre de Derecho. Socio del área laboral de la firma legal Cuesta Campos Abogados. Coordinador General de Comisiones del Ilustre y Nacional Colegio de Abogados de México. Columnista de El Economista, El Financiero, IDC Expansión y Hechos y Derechos del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Profesor titular de las cátedras Derecho Laboral 1, Derecho Laboral 2 y Argumentación Jurídica en la Universidad Iberoamericana.

PALABRAS CLAVE: Supremacía constitucional, Organización Internacional del Trabajo, igualdad sustantiva, trabajo digno.

ABSTRACT: For a legitimate rule of law to be established, it is the function of the legislative body to update the laws in accordance with our social reality, always recognizing and guaranteeing human rights. The social struggle that has taken place during human history has achieved the recognition of human rights before the national legislation, as well as the regulation and surveillance by international organizations for every nation to safeguard them. Likewise, the Mexican executive branch has committed to international authorities to improve labor conditions and protect women's rights. This paper seeks to substantiate in the Constitution, the International Labor Organization Agreements, the Official Mexican Standards, the Federal Labor Law and the Supreme Court paradigms, the dynamism of Mexican legislation according to the historical context and the international regulation of human rights, specifically the right to non-discrimination and gender equality within the perspective of labor law. In addition, this text analyzes in depth the concept of substantive equality because it relates to the aforementioned human rights, considering the balance that must exist between non-discrimination and gender equality, as well as certain distinctions that can be made according to the necessary requirements to perform a certain job, without regarding these as discriminatory.

KEY WORDS: Constitutional supremacy, International Labor Organization, substantive equality, decent work.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. DERECHOS HUMANOS EN LA LEGISLACIÓN LABORAL. 3. JUSTICIA LABORAL EN MÉXICO. 4. CONCLUSIÓN. 5. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

Los derechos laborales y los derechos de las mujeres se reconocieron en los estados nación gracias a una constante lucha social de las clases menos favorecidas durante la historia de la humanidad. Esta lucha social sigue presente en nuestros días, desde los patrones que buscan mejorar las condiciones de los trabajadores; los trabajadores que exigen que respeten sus derechos humanos en sus centros de trabajo; los organismos internacionales que, de manera continua asesoran a los países que forman parte de sus tratados y en México que los gobernantes desde sus tres poderes buscan una regulación justa, aunque muchas veces se convierte en una legislación proteccionista.

Los antecedentes históricos de carácter nacional que derivaron al reconocimiento de los derechos laborales en la Constitución, así como a la

creación de la Ley Federal del Trabajo siempre han sido proteccionistas y siguiendo el principio por operario. Esto se debe a la desigualdad en posibilidades y circunstancias de las que México ha sido testigo, a lo largo de la historia entre la fuerza de trabajo y los patrones.

En la exposición de motivos de la Ley Federal del Trabajo de 1931 se establece que esta ley busca ser una legislación proteccionista. El argumento que usan los legisladores para la creación de una ley proteccionista es que el artículo 123 Constitucional, que es del cual emana esta ley especial, se logró siguiendo los principios que rigieron a la revolución, en donde se buscó defensa de las clases trabajadoras. Así mismo, se establece que la concepción individualista que ha regido las relaciones laborales las ha igualado a un sistema de servidumbre en donde se vulneran los derechos del trabajador.¹

Desde su creación, en la Ley Federal del Trabajo se ha buscado la plena protección a los derechos humanos de los trabajadores, pero al mismo tiempo la ley ha permitido abusos provenientes de las partes de la relación laboral.

Para comprender la naturaleza, fundamentación y motivación de los derechos a la no discriminación y la igualdad de género en materia laboral, debemos empezar a conceptualizar genéricamente a los derechos humanos.

2. DERECHOS HUMANOS EN LA LEGISLACIÓN LABORAL

Los derechos humanos son reconocidos oficialmente desde la Declaración Universal de Derechos Humanos. Dicha declaración fue adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948, según los datos oficiales de la Organización de las Naciones Unidas. En su artículo primero se establece que “todos los seres humanos nacen libre e iguales en dignidad y derechos.”² Derivado de este artículo se puede interpretar como reconocido el derecho huma-

¹ Ley Federal del Trabajo, publicada en el Diario Oficial de la Federación del 28 de agosto de 1931. Abrogada el 1 de mayo de 1970.

² Declaración Universal de Derechos Humanos, 1948.

no de la igualdad de género, ya que se reconocen los derechos a los seres humanos, sin hacer mayor distinción.

Así mismo, en el artículo segundo se establece que “toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”.³ Considerando estos dos artículos, podemos asegurar que, desde este documento, que tuvo trascendencia jurídica a nivel internacional, se reconoce el derecho a la no discriminación y a la igualdad de género. Debemos considerar que en la época en la que se redactó esta declaración, no era común utilizar la terminología de mujer y hombre. En la actualidad se entiende que todos los seres humanos sin distinción de género, somos iguales ante la ley.

Refiriéndonos a la legislación vigente mexicana, la igualdad de género y la no discriminación son temas primordiales y dicha importancia se fundamenta en la Constitución que es la ley suprema en nuestro país.

A continuación, mencionare ciertos artículos que son necesarios para entender el reconocimiento otorgado por legisladores mexicanos a los derechos humanos de igualdad de género y a la no discriminación.

En primer lugar, es necesario mencionar la importancia cual es la jerarquía que se les otorga a los tratados internacionales dentro de la legislación mexicana. En nuestra legislación se equipará su jerarquía a la de la Constitución.

El artículo primero establece que “En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección”.⁴ Así mismo, el artículo 133 constitucional establece que la Constitución y los Tratados Internacionales que vayan conforme a ella, serán considerados Ley Suprema del país. El único requisito que se establece en el artículo constitucional antes mencionado es que los tratados internacionales tienen que

³ *Ibidem*, Artículo segundo.

⁴ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación del 5 de agosto de 1917. Última Reforma publicada el 9 de agosto de 2019. Artículo primero.

ser celebrados por el presidente y aprobados por el Senado. En segundo lugar, es importante mencionar los fundamentos constitucionales a los derechos humanos que son el tema central de esta ponencia.

La Constitución reconoce en el último párrafo de su artículo primero el derecho humano a la no discriminación “queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.”⁵ Cabe mencionar que en este mismo párrafo se establece la no discriminación por razones de género, por lo que este artículo también se puede considerar en fundamento constitucional del derecho de igualdad de género.

Así mismo, en su artículo cuarto se establece que las mujeres y hombres somos iguales ante la ley por lo que se puede adicionar este fundamento al del artículo primero. Es primordial señalar que el texto de este artículo ha sido reformado quince veces desde su texto original y la última reforma se dio en el año en curso. La esencia del artículo cuarto fue conceptualizada en la reforma del año 1974 en donde se establece que: “El varón y la mujer son iguales ante la ley. Esta protegerá la organización y el desarrollo de la familia”⁶.

2.1. Influencia del Derecho Internacional en la legislación nacional

Una vez mencionados los preceptos constitucionales necesarios para comprender la naturaleza de los derechos humanos materia de este escrito, nos debemos referir distintas normativas y organizaciones que contemplan y garantizan dichos derechos.

En primer lugar, se encuentra la Organización Mundial del Trabajo que ha impulsado cambios significativos en nuestra legislación. Es necesario puntualizar que la OIT es una agencia tripartita que deriva de la

⁵ *Idem.*

⁶ Secretaría de Gobernación, “Decreto por el que se reforman y adicionan los artículos 4º, 5º, 30 y 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en relación con la igualdad jurídica de la mujer”, en *Cámara de Diputados*, http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM_ref_079_31dic74_ima.pdf

ONU, enfocada en crear mejores condiciones entre los patrones y sus trabajadores, mediante normas de trabajo, políticas y programas. Fue creada en el año 1919 y tiene más de 187 estados miembros, por ejemplo: México, Chile y Colombia.⁷

Una de las principales influencias de la OIT a la legislación mexicana relacionada con los derechos humanos fue el concepto de trabajo digno que se adicionó a la Ley Federal del Trabajo. Vale la pena mencionar este concepto porque que de él se desprenden distintas condiciones laborales que garantizan los derechos a la no discriminación y la igualdad de género. Este concepto se integró a la Ley Federal del Trabajo en la reforma del 2012 y, como ya se mencionó, con gran influencia de la OIT. La definición que actualmente se reconoce se dio a conocer en la reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, celebrada en 1999⁸.

Se define al trabajo digno o decente como aquel en el que se respeta de manera total la dignidad humana del trabajador.⁹ La integración del concepto de trabajo digno en la Ley Federal del Trabajo fue un paso importante en el camino al reconocimiento de los derechos humanos, a pesar de que la administración de la justicia laboral tiene ciertas deficiencias cuando se trata de reconocimiento de los derechos del patrón.

Relacionado con la OIT, otro de los convenios que tuvo mayor trascendencia jurídica en México, fue el convenio 098 sobre el derecho de sindicación y la libertad colectiva. Este convenio fue firmado en el año 1949 en Ginebra y fue ratificado por 167 países.¹⁰

En dicho convenio reconoce, como su nombre lo dice, la libertad de los trabajadores de asociarse o no a un sindicato. El artículo primero establece que “Los trabajadores deberán gozar de adecuada protección contra todo acto de discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical en relación con su empleo.”¹¹ Se puntualiza la protección que debe tener todo trabajador ante la discriminación que se relacione con

⁷ Organización Mundial del Trabajo, “Misión e impacto de la OIT”, OIT, 2019, <https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/mission-and-objectives/lang-es/index.htm>

⁸ *Idem*.

⁹ Ley Federal del Trabajo, publicada en el Diario Oficial de la Federación del 1 de abril de 1970. Última Reforma publicada el 2 de julio de 2019.

¹⁰ Convenio sobre el derecho de sindicación y la negociación colectiva, 1949.

¹¹ *Ibidem*, Artículo 1.

su libertad sindical. Un ejemplo que se podría dar en México de este tipo de discriminación son los actos que tiene ciertos sindicatos en donde no le permiten al trabajador afiliarse si no forman parte del mismo partido político con el que el sindicato simpatiza.

En referencia con el Convenio 098 de la OIT, se considera un acto de discriminación rescindir la relación laboral únicamente porque el trabajador decidió no pertenecer al sindicato titular del contrato colectivo o fue expulsado de este. Puntualiza que se debe proteger al trabajador de actos en donde se condicione su empleo a la afiliación a un sindicato y al que se rescinda su relación por acudir a actividades sindicales en horas de trabajo¹².

Por otro lado, una deficiencia de la legislación mexicana en la protección de los derechos humanos es que se permitía incluir la cláusula de exclusión por separación que consistía en que un trabajador podría ser rescindido de su relación laboral debido que se desafilara del sindicato con el que se tenía firmado en contrato colectivo de trabajo.

En primer lugar, se publicó una jurisprudencia de la Corte que establecía la inconstitucionalidad de esta cláusula debido a que iba en contra de los artículos quinto y noveno de la Constitución. Dichos artículos reconocen el derecho humano al trabajo y el derecho humano de asociación o reunión, respectivamente. El artículo 123 constitucional en su apartado A fracción XVI establece el derecho de los trabajadores y los patrones a unirse según sus intereses para la creación de sindicatos, asociaciones profesionales, etc.¹³

A continuación, el rubro de la jurisprudencia antes citada: *Cláusula De Exclusión Por Separación. Los Artículos 395 Y 413 De La Ley Federal Del Trabajo Que Autorizan, Respectivamente, Su Incorporación En Los Contratos Colectivos De Trabajo Y En Los Contratos-Ley, Son Violatorios De Los Artículos 5o., 9o. Y 123, Apartado A, Fracción Xvi, De La Constitución Federal.*

Siguiendo con lógica del criterio de la Corte y adicionando la presión internacional relacionada con la firma del Tratado de Libre Comercio con

¹² *Ibidem*, Artículo 2.

¹³ Tesis: 2a. LIX/2001, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, tomo XIII, mayo de 2001, p. 443, Tesis aislada (Constitucional, Laboral).

Estados Unidos y Canadá (en su momento), el Tratado Comercial con Estados Unidos y Canadá, y la reciente ratificación del Senado del Convenio 098 antes mencionado, se reformó la ley para prohibir dicha cláusula.

El artículo 391 fue reformado en los años 2012 y 2019 y actualmente establece que:

Los contratos colectivos no podrán contener cláusula de exclusión por separación, entendiéndose como tal la que establece que aquellos trabajadores que dejen de pertenecer al sindicato por renuncia o expulsión del mismo puedan ser separados de su empleo sin responsabilidad para el patrón.¹⁴

Este párrafo define claramente qué es considerada una cláusula de exclusión y una prohibición expresa en el contenido de los contratos colectivos de trabajo.

Así mismo, el texto actual del artículo establece que:

En el contrato colectivo, podrá establecerse que el patrón admitirá exclusivamente como trabajadores a quienes sean miembros del sindicato contratante. Esta cláusula y cualesquiera otras que establezcan privilegios en su favor, no podrán aplicarse en perjuicio de los trabajadores que no formen parte del sindicato y que ya presten sus servicios en la empresa o establecimiento con anterioridad a la fecha en que el sindicato solicite la celebración o revisión del contrato colectivo y la inclusión en él de la cláusula de exclusión. La sanción sindical impuesta al trabajador no podrá afectar su permanencia en el empleo o sus condiciones de trabajo.¹⁵

Este artículo señala que pertenecer a un sindicato o ser expulsado de este no se relaciona con mantener las condiciones de trabajo.

Cabe mencionar que presidente Enrique Peña Nieto envió, en noviembre del 2015, el Convenio 098 de la OIT a la Cámara de Senadores para ser ratificado, pero este fue puesto en espera. Cuatro años después, con la llegada de partido político MORENA y su mayoría en el órgano legislativo, el Convenio 098 de la OIT fue ratificado y la Reforma Laboral fueron aprobada.

Retomando la firma del Tratado Comercial y el Tratado de Libre Comercio de 1994, sin lugar a duda, han sido temas controversiales en nuestro país desde su firma y su revisión. Los altos mandos gubernamentales

¹⁴ Ley Federal del Trabajo, *op. cit.*

¹⁵ *Idem.*

de Estados Unidos siempre han establecido como requisito primordial que en México se continúen implementando mejores condiciones de trabajo para establecer una buena relación comercial.

Refiriéndonos específicamente al Tratado de Libre Comercio que se firmó en el año 1992, este fue firmado de manera mancomunada con un Acuerdo de Cooperación Laboral entre el Gobierno de Canadá, el Gobierno de los Estados Unidos de América y el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos, mismo que entró en vigor en el año 1994.

En este acuerdo los tres países se comprometen específicamente a:

- Mejorar las condiciones de trabajo y los niveles de vida en territorio de cada una de las partes;
- promover al máximo los principios;
- estimular la cooperación para promover la innovación, así como niveles de productividad y calidad crecientes;
- alentar la publicación y el intercambio de información, el desarrollo y la coordinación de estadísticas, así como estudios conjuntos para promover la comprensión mutuamente ventajosa de las leyes e instituciones que rigen en materia de trabajo en territorio de cada una de las partes;
- proseguir actividades de cooperación relativas al trabajo en términos de beneficio mutuo;
- promover la observancia y la aplicación efectiva de la legislación laboral de cada una de las partes; y
- promover la transparencia en la administración de la legislación laboral¹⁶.

3. JUSTICIA LABORAL EN MÉXICO

Desde aquel momento histórico, México ha intentado conseguir justicia laboral efectiva en donde no se vulnere ningún derecho humano. El

¹⁶ Acuerdo de cooperación laboral entre el gobierno de Canadá, el gobierno de los Estados Unidos de América y el gobierno de los Estados Unidos Mexicanos, 1992.

más claro y reciente ejemplo de esto es la creación de Tribunales Laborales y la desaparición de las Juntas de Conciliación y Arbitraje, contemplados desde la reforma de 2017 y regulados en la reforma de 2019.

Continuando con la referencia a la reforma laboral del año 2019 respecto a la protección de los trabajadores a la no discriminación, se reformó el artículo 3 bis. en su penúltimo párrafo. El artículo establece que garantizar un ambiente de libre discriminación es de interés social y que el patrón debe generar beneficios para el trabajador, promover, capacitar, vigilar, certificar la productividad y la calidad en el trabajo¹⁷.

Otro claro ejemplo de la protección al derecho humano de los trabajadores a la no discriminación se encuentra en el artículo 133 de la ley Federal del trabajo, mismo que fue reformado en el año 2012. Este artículo regula las prohibiciones de los patrones y sus representantes; y en su fracción primera, establece que “Negarse a aceptar trabajadores por razón de origen étnico o nacional, género, edad, discapacidad, condición social, condiciones de salud, religión, opiniones, preferencias sexuales, estado civil o cualquier otro criterio que pueda dar lugar a un acto discriminatorio.”¹⁸ Se establece de manera literal la prohibición al patrón de cualquier acto discriminatorio.

Los artículos antes mencionados son fundamentos esenciales derivados de la Ley Federal de Trabajo a la protección a la no discriminación que se le ha ido otorgando durante el tiempo al trabajador en la legislación mexicana, desde su libertad sindical hasta las medidas que tiene que tomar el patrón para garantizar un ambiente libre de trabajo.

Otro Convenio de la OIT que merece la pena mencionar por la relación directa que tiene con el Derecho Humano a la no discriminación, es el Convenio 111 sobre la Discriminación (empleo y ocupación), celebrado el año 1958 y ratificado por México el año 1961. El preámbulo de dicho Convenio establece que se considera como discriminación¹⁹:

- a) Cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacio-

¹⁷ Ley Federal del Trabajo, *op. cit.*

¹⁸ Ley Federal del Trabajo, *op. cit.*

¹⁹ Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958.

nal u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación;

- b) Cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación que podrá ser especificada por el Miembro interesado previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, y con otros organismos apropiados.²⁰

Así mismo, este convenio reconoce que se pueden generar válidamente distinciones, preferencias o exclusiones que se basen en las cualidades o calificaciones exigidas para desempeñar cierto empleo, sin que estas sean consideradas discriminatorias.

En ocasiones los trabajadores buscan excusar su falta de capacidad con un acto discriminatorio por lo que este convenio busca reconocer la libertad que tiene el patrón de escoger su fuerza de trabajo basándose en sus capacidades.

Adicional a la fundamentación del derecho a la no discriminación laboral y la igualdad de género, cabe mencionar los organismos creados o que ya existían pero que, durante los últimos años, se han enfocado a la protección de los derechos de los trabajadores.

En primer lugar, es primordial mencionar a la Secretaría de Trabajo y Prevención Social, actualmente encabezada por Luisa María Alcalde Luján. Esta Secretaría ha sido un agente de cambio durante este sexenio debido al impacto que ha tenido en la fuerza generadora de empleo en México. Se han creado programas como *Jóvenes construyendo el futuro*. Este programa se puede interpretar como una medida contra la discriminación laboral que se puede dar dentro de una empresa a los jóvenes no tienen previa experiencia laboral.

Así mismo, con este programa seguimos notando la función protectora que ha tomado el estado desde la exposición de motivos de la Ley Federal del Trabajo del 1931. El Estado tomó la función de intermedia entre los patrones y la gente joven que busca trabajo.

²⁰ Convenio sobre el derecho de sindicación y la negociación colectiva, *op. cit.*

Este programa consiste en que los patrones como empresas se inscriben en el programa y el salario del joven lo paga subsidiariamente el Estado.

Otro organismo que merece la pena mencionar es la PROFEDET, cuyas siglas significan, Procuraduría Federal de la Defensa del Trabajo. Fue creada por el presidente Emilio Portes Gil, fue reconocida legalmente en la Ley Federal del Trabajo de 1931; y actualmente está reconocida como un órgano desconcentrado con autonomía técnica y administrativa, de la Secretaría del Trabajo y Previsión Social. Esta procuraduría juega un papel fundamental dentro de la reforma laboral porque su principal fin es la defensa, mediante el asesoramiento y la representación de los trabajadores que generalmente no cuentan con los medios económicos suficientes, frente a la vulneración de sus derechos laborales²¹.

Así mismo, es importante mencionar al Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación (CONAPRED) que es un órgano creado por el Estado y reconocido en la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación que fue publicada en el año 2003. Tiene como finalidad última, la creación de políticas y medidas que vayan encaminadas a la inclusión social y garantizar el derecho humano a la igualdad. Este organismo es el que principalmente se encarga de prevenir la discriminación en todos los aspectos de la vida cotidiana de cualquier ciudadano²².

Consecuentemente, se ha impulsado a la creación de Normas Oficiales Mexicanas que, según su fundamento en el artículo tercero de la Ley sobre Metrología y Normalización, son “*son regulaciones técnicas de observancia obligatoria expedidas por las dependencias competentes*”.²³ (Ley sobre Metrología y Normalización, 1992).

La NOM 025 del año 2015 (NMX-R-025-SCFI-2015) que se basa en la NOM 025 que fue creada en el año 2002 y al mismo tiempo la cancela. Se relaciona de gran manera con el dinamismo de la legislación mexicana sobre los derechos tratados en esta ponencia, porque se trata el tema de la igualdad laboral y no discriminación²⁴.

²¹ Procuraduría Federal de la Defensa del Trabajo, <https://www.gob.mx/profedet>

²² Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, <https://www.conapred.org.mx/>

²³ Ley sobre metrología y normalización publicada en el Diario Oficial de la Federación del 1 de julio de 1992. Última Reforma el 30 de abril de 2009. Artículo tercero.

²⁴ Norma Oficial Mexicana 025. Igualdad laboral y no discriminación. NMX-R 025-SCFI-2015. Publicada en el Diario Oficial de la Federación del 19 de octubre de 2015.

El objetivo principal de dicha NOM es: “establecer los requisitos para que los centros de trabajo públicos, privados y sociales, de cualquier actividad y tamaño, integren, implementen y ejecuten dentro de sus procesos de gestión y de recursos humanos, prácticas para la igualdad laboral y no discriminación que favorezcan el desarrollo integral de las y los trabajadores”.²⁵ Como es de su conocimiento al ser una NOM es de observancia general, pero esta hace énfasis en que busca regular los requisitos de los centros de trabajo tanto públicos, como privados y sociales.

Así mismo, establece que “su finalidad es fijar las bases para el reconocimiento público de los centros de trabajo que demuestran la adopción y el cumplimiento de procesos y prácticas a favor de la igualdad laboral y no discriminación.”²⁶ Esta NOM tiene trascendencia jurídica porque se busca estandarizar las condiciones de trabajo en favor de la igualdad laboral y la no discriminación.

También conceptualiza la igualdad de género como “el principio que reconoce que las necesidades y características de mujeres y hombres son valoradas y tomadas en cuenta de la misma manera, de modo que sus derechos, responsabilidades y oportunidades no dependen de su sexo, eliminando así toda forma de discriminación por dicho motivo.”²⁷ En este concepto se relaciona de manera directa en el concepto de la igualdad de género, la no discriminación. Es fundamental contemplar que estos conceptos van de la mano y no se puede reconocer uno de los derechos sin reconocer al otro.

Por las razones antes mencionadas, es fundamental mencionar esta NOM 025/2015 al momento de hablar de la igualdad de género y la no discriminación laboral.

Otra norma oficial mexicana que merece la pena mencionar es la NOM 035/2018 que trata de los factores de riesgo psicosocial en el trabajo. Dicha NOM busca mejorar las condiciones de trabajo, pero desde una visión profunda y no común dentro de nuestra legislación mexicana.²⁸

²⁵ *Idem.*

²⁶ *Idem.*

²⁷ Norma Oficial Mexicana 025. Igualdad laboral y no discriminación, *op. cit.*

²⁸ Norma Oficial Mexicana 035. Factores de riesgo psicosocial en el trabajo, publicada en el Diario Oficial de la Federación del 23 de octubre de 2018.

En otros países se ha buscado conservar y proteger la salud mental de sus trabajadores, pero en México el alcance de las leyes nunca había sido tan extenso. Un ejemplo de la complejidad y la novedad de esta ley es que se define el Entorno Organizacional Favorable como:

Aquel en el que se promueve el sentido de pertenencia de los trabajadores a la empresa; la formación para la adecuada realización de las tareas encomendadas; la definición precisa de responsabilidades para los trabajadores del centro de trabajo; la participación proactiva y comunicación entre trabajadores; la distribución adecuada de cargas de trabajo, con jornadas de trabajo regulares conforme a la Ley Federal del Trabajo, y la evaluación y el reconocimiento del desempeño²⁹.

Desde este concepto podemos visualizar el alcance de la ley y las futuras regulaciones que se van a establecer en los centros de trabajo.

Considerando las circunstancias actuales de los centros de trabajo pareciera que esta NOM va más allá del concepto de las condiciones de trabajo que se consideraban que cumplían con el concepto de trabajo digno antes mencionado.

El concepto que se puede considerar un equilibrio entre los dos derechos humanos antes mencionados es el de igualdad sustantiva. La reforma a la Ley del Trabajo del 2012 impulsó la inclusión e igualdad sustantiva y un ejemplo de esto es la reforma al artículo segundo.

Se adicionó la definición de igualdad sustantiva en el artículo segundo y se define como:

La igualdad sustantiva es la que se logra eliminando la discriminación contra las mujeres que menoscaba o anula el reconocimiento, goce o ejercicio de sus derechos humanos y las libertades fundamentales en el ámbito laboral. Supone el acceso a las mismas oportunidades, considerando las diferencias biológicas, sociales y culturales de mujeres y hombres.³⁰

La igualdad sustantiva es un tema que se puede llegar a considerar el equilibrio perfecto entre la no discriminación y la igualdad de género. La razón principal para el argumento antes mencionado es que es necesario tomar en cuenta las condiciones biológicas que generan diferencias naturales entre las mujeres y los hombres, mismas que muchas veces son

²⁹ *Idem.*

³⁰ Ley Federal del Trabajo, *op. cit.* Artículo segundo.

consideradas como una discriminación directa a la mujer. Un ejemplo de este argumento sería que una mujer de edad avanzada no fuera contratada para ser montacargas cuando su candidato competidor era un hombre joven con experiencia en el trabajo. Definitivamente esto no debe ser considerado como un acto discriminatorio.

Relacionado con el ejemplo antes mencionado, la Ley Federal para prevenir y eliminar la discriminación en su artículo quinto, hace una aclaración bastante trascendente respecto a lo que no debe ser considerado discriminación. El artículo establece que no será considerada como discriminatoria la decisión tomada bajo criterios razonables, proporcionales y objetivos, cuyo fin no sea menoscabar los derechos humanos.³¹

Esta ley se relaciona de gran manera con los conceptos de igualdad sustantiva, la discriminación e igualdad de género. Es importante mencionar que no se debe confundir la defensa a los derechos humanos de manera genérica y la atinada conceptualización de cada uno de ellos.

Refiriéndonos nuevamente a la Organización Internacional del Trabajo, el tema de la igualdad de género ha sido materia de debate durante Conferencias Internacionales. Un claro ejemplo de la importancia que tiene este derecho dentro de la OIT es el Convenio 100 sobre igualdad de remuneración, mismo que fue ratificado en México en 1952.³²

Este convenio en su preámbulo establece la regulación relacionada con la igualdad en las remuneraciones referentes a la mano de obra femenina y masculina. Así mismo, su artículo segundo establece que:

Todo Miembro deberá, empleando medios adaptados a los métodos vigentes de fijación de tasas de remuneración, promover y, en la medida en que sea compatible con dichos métodos, garantizar la aplicación a todos los trabajadores del principio de igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor.³³

Es necesario hacer énfasis en la redacción que este artículo utiliza en donde se debe buscar garantizar la aplicación del principio de igualdad

³¹ Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación, publicada en el Diario Oficial de la Federación del 11 de junio de 2003, Última reforma publicada 21 de junio de 2018.

³² Convenio sobre igualdad de remuneración, 1951.

³³ *Idem*.

de remuneración, en la medida en que sea compatible con los métodos vigentes de fijación de salario.

La Ley Federal del Trabajo establece en su artículo 86 que “A trabajo igual, desempeñado en puesto, jornada y condiciones de eficiencia también iguales, debe corresponder salario igual.”³⁴ Principio que es fundamental para garantizar condiciones de trabajo justas, de igual manera que el derecho de igualdad de género. A pesar de que la legislación mexicana reconoce este principio y el derecho humano de la igualdad de género, la realidad es que la brecha salarial en México y en otros países sigue siendo un problema.

4. CONCLUSIÓN

Para concluir, debemos reconocer el esfuerzo que se ha dado de manera nacional e internacional para reconocer y proteger de la manera más amplia los derechos a la no discriminación y la igualdad de género.

Desde la creación de la ONU, el reconocimiento universal de los derechos humanos mediante a la Declaración Universal de Derechos Humanos, la creación de organismos como la Organización Mundial del Trabajo y la legislación mexicana.

Definitivamente, México no se ha quedado atrás y ha buscado que la regulación proteja de manera más amplia

La legislación mexicana se puede considerar muy dinámica porque nuestras leyes se actualizan de manera constante, a pesar de que esto sea una ventaja, en repetidas ocasiones los legisladores atienden a la realidad política del país en el momento del aprobación y publicación de la ley y los tratados internacionales.

El ejemplo más notorio del argumento mencionado en el párrafo anterior es la reciente aprobación de la reforma laboral y del Convenio 098 de la OIT.

Adicionalmente, la legislación mexicana es extensa y constantemente busca crear leyes, criterios de la corte, Normas Oficiales mexicanas, y

³⁴ Ley Federal del Trabajo, *op. cit.* Artículo 86.

organismos que se encarguen de garantizar la protección a los derechos humanos de todos los mexicanos. El problema radica en el Derecho Positivo en México.

Desafortunadamente la falta de protección a los derechos humanos en nuestro país no es la laguna de leyes u organismos, es la incapacidad del Estados y los gobernados de respetarlos. También el Estado no cuenta con los medios ni la capacitación necesaria para sancionar a quienes no los respeten, sus funcionarios públicos incluidos.

5. BIBLIOHEMEROGRAFÍA

Documentos publicados en Internet

Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, <https://www.conapred.org.mx/>

Organización Mundial del Trabajo, “Misión e impacto de la OIT”, en OIT, 2019, <https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/mission-and-objectives/lang-es/index.htm>

Procuraduría Federal de la Defensa del Trabajo, <https://www.gob.mx/profedet>
Secretaría de Gobernación, “Decreto por el que se reforman y adicionan los artículos 4º, 5º, 30 y 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en relación con la igualdad jurídica de la mujer”, en *Cámara de Diputados*, http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM_ref_079_31dic74_ima.pdf

Legislación

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación del 5 de agosto de 1917. Última Reforma publicada el 9 de agosto de 2019.

Ley federal del trabajo, publicada en el Diario Oficial de la Federación del 28 de agosto de 1931. Abrogada el 1 de mayo de 1970.

Ley Federal del trabajo, publicada en el Diario Oficial de la Federación del 1 de abril de 1917. Última Reforma publicada el 2 de julio de 2019.

Ley federal para prevenir y eliminar la discriminación, publicada en el Diario Oficial de la Federación del 11 de junio de 2003, Última reforma publicada 21 de junio de 2018.

Ley sobre metrología y normalización publicada en el Diario Oficial de la Federación del 1 de julio de 1992. Última reforma el 30 de abril de 2009.

Norma Oficial Mexicana 025. Igualdad laboral y no discriminación. NMX-R 025-SCFI-2015. Publicada en el Diario Oficial de la Federación del 19 de octubre de 2015.

Norma Oficial Mexicana 035. Factores de riesgo psicosocial en el trabajo, publicada en el Diario Oficial de la Federación del 23 de octubre de 2018.

Convenios y tratados internacionales

Acuerdo de cooperación laboral entre el gobierno de Canadá, el gobierno de los Estados Unidos de América y el gobierno de los Estados Unidos Mexicanos, 1992.

Convenio sobre el derecho de sindicación y la negociación colectiva, 1949.

Convenio sobre igualdad de remuneración, 1951.

Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958.

Declaración Universal de Derechos Humanos, 1948.

Tratado de libre comercio de América del norte, 2019.

Jurisprudencia

Tesis: 2a. LIX/2001, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, tomo XIII, mayo de 2001, p. 443, Tesis aislada (Constitucional, Laboral).

BREVE HISTORIA SOBRE LOS DERECHOS HUMANOS

Brief History on Human Rights

Recepción: 16/08/2019

Aceptado para su publicación: 30/09/2019

MANUEL JORGE CARREÓN PEREA*

RESUMEN: Los derechos humanos se han encontrado latentes desde épocas que datan antes de Cristo, pasando por los tiempos de Babilonia, la cultura hebrea, entre otras posibilidades históricas, pero ¿Es posible hablar de una historia de los derechos humanos? esta pregunta guiará el desarrollo del presente artículo. Lejos de poseer una realidad estática, este tipo de derechos han surgido y desarrollado con el paso del tiempo, siendo dinámica su evolución y consolidación en el mundo jurídico. Sin embargo, la forma en cómo comprendemos e interpretamos los derechos humanos actualmente, dista mucho de ser la misma que hace novecientos años; incluso su configuración y concepción hace ochenta años, era diametralmente distinta a la que se tiene hoy en día.

PALABRAS CLAVE: derechos humanos, evolución histórica, ilustración, revolución francesa, revolución industrial.

ABSTRACT: Human rights have been latent since times before Christ, through the times of Babylon, the Hebrew culture, among other historical possibilities, but ¿Is it possible to speak of a history of human rights? This question will guide the development of this article. Far from having a static reality, this type of rights has emerged and developed over time as a dynamic of evolution and consolidation in the legal world. However, how we understand and interpret human rights today; even its configuration and conception eighty years ago was diametrically different from what you have today.

KEY WORDS: human rights, historical developments, illustration, French revolution, industrial revolution.

SUMARIO: 1. PREÁMBULO. 2. LOS DERECHOS HUMANOS EN LAS CIVILIZACIONES ANTIGUAS. 3. LOS PRIMEROS DOCUMENTOS SOBRE DERECHOS. 4.

* Director de Investigación del INACIPE. Profesor en la Universidad del Claustro de Sor Juana. Texto revisado y comentado por Alex Giovanni Rueda Rueda y Vicente Sinaí Domínguez Arango.

LA ILUSTRACIÓN Y SU INFLUENCIA EN LOS MOVIMIENTOS DE DERECHOS HUMANOS. 5. LA INDEPENDENCIA DE LAS 13 COLONIAS Y LA REVOLUCIÓN FRANCESA. 6. LA REVOLUCIÓN INDUSTRIAL Y EL SURGIMIENTO DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. 7. LA ETAPA DE POSGUERRA Y EL MUNDO ACTUAL. 8. CONCLUSIONES. 9. BIBLIOHEMEROGRAFÍA.

1. PREÁMBULO

La doctrina que versa sobre los derechos humanos tiene como principal eje a la historia, la cual en específico guarda una relación con los cuerpos normativos tanto del ámbito internacional como del nacional en cuanto al concepto y positivización de los derechos. Siendo así una reconstrucción emanada de los hechos históricos que mantienen de manera válida y funcional su positivación. Tal y como lo expone Ángel Llamas:

El reconocimiento histórico de los derechos humanos constituye uno de los ejes centrales en torno a los que se ha construido la doctrina sobre derechos humanos. Supone el punto de encuentro entre el concepto de los derechos y su positivización en los ordenamientos jurídicos, tanto nacionales como internacionales (*omissis*) no es, por tanto, sólo una reconstrucción a partir de un dato histórico. Se trata, más bien, del recorrido en el que afloran, se explican y justifican, discuten y mantienen razones para su positivación y las refutaciones de las mismas.¹

La historia parte de una base evolutiva con una relación demasiado estrecha a la sociedad, esta última cuenta con cambios constantes y abismales en toda su existencia, ahora bien, en la búsqueda sobre una historia de los derechos humanos no es de extrañarse encontrar tantas posturas de partida, así como de conceptos, por ello resulta menester que en las siguientes líneas observemos como se han ido construyendo históricamente los derechos fundamentales.

2. LOS DERECHOS HUMANOS EN LAS CIVILIZACIONES ANTIGUAS

La doctrina especializada en la materia que nos ocupa ha tendido a ubicar los primeros indicios de los derechos humanos en culturas que nos parecen

¹ Llamas, Ángel, "Reconocimiento histórico de los derechos humanos", en Tamayo, Juan José (dir.), *10 palabras claves sobre derechos humanos*, Navarra, Verbo Divino, 2005, pp. 273-274.

tan extrañas y difíciles de comprender por la distancia temporal que nos separa y nuestro hábito de interpretar la realidad a partir de nuestros propios cánones; sin embargo, ello no limita el hecho de que en las civilizaciones antiguas se hayan desarrollado algunas posiciones cercanas a este tipo de derechos.

Para sostener lo anterior, vale señalar que “se considera que el Cilindro de Ciro (Ciro el Grande, del imperio aqueménide de Persia), redactado en el año 539 a.C., fue el primer instrumento sobre derechos humanos. También en Mesopotamia (Código de Hammurabi) se regularon algunas instituciones y principios relativos a lo que hoy llamaríamos derechos fundamentales”.² En este sentido el *Código de Hammurabi* (que en resumidas cuentas postula la célebre *ley del talión*, en términos coloquiales conocida como *ojo por ojo, diente por diente*), establecía una especie de igualdad entre las personas, aunque apelando únicamente al carácter eminentemente punitivo.

En la actualidad, la simple consideración de una situación como la relatada con antelación nos parece terrible y completamente alejada de los pilares sobre los que se sustenta el Estado Democrático de Derecho, ya que nos conduciría a la denominada *autotutela* o autocomposición, la cual se encuentra prohibida en el territorio nacional en términos de lo establecido en el artículo 17 de la Constitución Federal, ya que el *ius puniendi* o poder de castigar compete única y exclusivamente al Estado.

Algunos posicionamientos más rastrean el origen de los derechos humanos a los inicios del pueblo hebreo, toda vez que, en tanto miembros del pueblo elegido por dios, sus integrantes ostentaban los mismos derechos sin importar su condición, aunque excluyendo de tales prerrogativas a toda aquella persona que no formara parte del pueblo en cita.

En este sentido, Rodrigo Labardini sostiene que “el Deuteronomio y el Código de Hammurabi son precedentes lejanos que manifiestan una preocupación en la Edad Antigua por la persona individual, enmarcados en un derecho que busca su permanencia y estabilidad al pretender establecerse de manera escrita”.³

² Quintero, Eloísa, *Sistema de derechos humanos y sistema penal. Víctima, reparación del daño y trata trasnacional*, INACIPE, 2014, p. 9.

³ Labardini, Rodrigo, “Orígenes y antecedentes de derechos humanos hasta el siglo XV”, *JURIDICA*, núm. 19, 1988 – 1989, p. 292.

Por otra parte, Carlos Quintana y Norma Sabido en su obra *Derechos Humanos*, señalan que es con la filosofía estoica cuando “surge por primera ocasión en la cultura occidental una idea dignificadora del hombre, al entender que todo el género está hermanado por la razón”,⁴ lo cual implicaba que todas las personas, por el hecho de serlo, compartían una misma naturaleza y, por lo tanto, debían recibir un trato indiferenciado.

En contraposición con las posturas asentadas con antelación, considero que en la antigüedad los antecedentes más próximos a la moderna concepción de los derechos humanos pueden ser ubicados en el período clásico de Grecia, en el cual florecieron múltiples áreas del conocimiento humano como la escultura, la filosofía, la geometría y, de manera necesaria, el ámbito jurídico-político.

Es ampliamente conocido que el origen de lo que hoy conocemos como régimen democrático tiene su origen en el sistema de gobierno propuesto en Atenas, en la cual los ciudadanos de la *polis* se reunían en asambleas para decidir de manera conjunta las cuestiones más importantes de la ciudad, aunque realmente se tratara de una *isonomía* (gobierno entre iguales).

Bajo esta tesitura, el establecimiento de un gobierno que implica la participación conjunta de los miembros de la comunidad para la toma de decisiones que resultarán vinculantes para todos, nos remite al antecedente de los hoy denominados *derechos políticos*, los cuales eran ejercidos únicamente por los atenienses libres y con capacidad de toma de decisiones. No obstante, lo anterior, tal y como sucede en la actualidad, el carácter de ciudadano conlleva la limitación a un grupo específico de población, dejando de lado a otros y que en el contexto griego eran las mujeres, los niños, los *metecos* y los *bárbaros*. Hoy en día esa división se mantiene, ya que al menos en México sólo adquieren la categoría de ciudadanos (y la correlativa capacidad de ejercicio de derechos políticos), los mexicanos mayores de 18 años y con un modo honesto de vida, negando tal posibilidad a los vagos consuetudinarios, a los extranjeros y a los niños.

Por lo anterior, es factible reconocer que “la cultura griega, siglo V. a.C., realizó grandes aportaciones al establecer el nacimiento de la de-

⁴ Quintana, Carlos y Norma Sabido, *Derechos Humanos*, México, Porrúa, 2013, p. 5.

mocracia y el concepto de la dignidad humana basado en el hombre libre (el ciudadano)”⁵ estableciendo algunas pautas que hasta el día de hoy se mantiene, como ya lo hemos anotado con antelación.

Por otro lado, debemos destacar que más allá de las ideas de Platón y de Aristóteles, la escuela sofista puede ser considerada como fundamental para el desarrollo de los derechos humanos, específicamente en lo relativo a la dignidad e individualidad de la persona como veremos en seguida.

La principal referencia que se tiene de la escuela sofista proviene de Platón, filósofo griego discípulo de Sócrates, el cual en un número importante de sus denominados *Diálogos*⁶ acusan a sus adeptos de lucrar con el conocimiento y no buscar la verdad, sino convencer a través de la palabra aun cuando lo que predique sea falso. Sin embargo, la relevancia de esta escuela radica principalmente en que es la primera corriente de pensamiento que otorga al hombre la capacidad y responsabilidad de sus actos, negando la predeterminación divina o sujeción a normas que provengan de un fundamento distinto a la naturaleza humana.

La frase de Protágoras, principal representante de la sofística, *el hombre es la medida de las cosas*, conlleva un fuerte sentido humanista en el que se delega a las personas la capacidad de generar sus propias leyes y sus propios códigos de conducta. Bajo esta tesitura, la totalidad de los hombres son responsables de sus actuaciones sin distingo alguno, implicando por lo tanto una caracterización unificadora de los mismos al poseer una misma capacidad para llevar a cabo su vida, es decir, se plantea una idea de libertad intrínseca en la naturaleza del hombre.

Ahora bien, en lo que respecta al Derecho Romano, podemos señalar que:

Aportó a la historia de los derechos humanos una serie de instrumentos dignos de ser mencionados: la Ley de las Doce Tablas que puede ser considerada el origen de un texto constitucional por asegurar la libertad, la propiedad y la protección de los derechos del ciudadano; el *Curator Civitatis* instituido por el emperador Trajano (98-117 DC) a quien se encomendó la protección de los niños y de las clases más humildes contra

⁵ Quintero, *op. cit.*, p. 9.

⁶ Para mayor referencia, ver el diálogo platónico del *Sofista*.

las autoridades; el *Defensor Plebis* creado por Valentiniano I (364-375) con la finalidad de simplificar la administración de justicia y acabar con los abusos de poder.⁷

Por otra parte, en el cristianismo primitivo podemos encontrar una idea concreta y explícita sobre la igualdad de todas las personas, toda vez que éstas al ser producto de la creación divina cuentan con una dignidad que les es inherente desde el nacimiento hasta su muerte.

Esta idea de la misma naturaleza de todas las personas permea el pensamiento cristiano en sus orígenes, ya no haciendo distinción entre grupos sociales o condiciones derivadas, las cuales no son esenciales a cada sujeto. Pero siendo aún más progresista en cuanto al tema de la igualdad entre las personas, se establece una igualdad fáctica entre géneros, es decir, tanto el hombre y la mujer son iguales ante Dios, como puede apreciarse en la Primera Carta del Apóstol San Pablo a los Corintios (11, 12), en donde se establece que las mujeres y los hombres son iguales ante Dios. Esta igualdad de género no es mínima, ya que por primera vez en la historia se va en contra de la idea de que la mujer no debe poseer el mismo trato que el hombre, siendo por lo tanto innovadora.

Ahora bien, en el contexto del auge y de la caída del imperio romano de occidente en el año 476, así como en el contexto de la denominada Alta Edad Media, es posible rastrear algunos indicios sobre lo que actualmente denominamos derechos humanos, pero de manera marginal y muy limitada, no siendo hasta el año de 1215 cuando se suscita un acontecimiento que se tiende a considerar un hito en la historia de este tipo de derechos como veremos a continuación.

Bajo esta tesitura, es factible considerar que “llegada la edad media (*omissis*) los derechos humanos no tuvieron mayores avances, en virtud de que, el conocimiento se encontraba en los monasterios de Europa”,⁸ lo que impidió un mayor desarrollo de ciertos aspectos y derechos esenciales a la naturaleza humana, la cual adquiriría dignidad sólo en referencia con la imagen de la divinidad y no por su propia condición.

⁷ Manili, Pablo, *Manual Interamericano de Derechos Humanos*, Colombia, Ediciones Doctrina y Ley, 2012, p. 18.

⁸ González, Gustavo, *La ponderación de los derechos fundamentales: Estudio de las colisiones de derechos derivadas de manifestaciones públicas*, México, Porrúa, 2013, p. 13.

De igual forma, habrá que reconocer que debido al carácter eminentemente teológico que prevaleció en la Edad Media, se gestaron ideas y posiciones que frenarían el desarrollo de algunos derechos que en la edad antigua eran respetados de manera más o menos abierta como lo es la libertad de conciencia o de creencia, misma que a partir del medioevo comenzó una lucha por su reconocimiento que a la fecha se mantiene en diversas sociedades.

3. LOS PRIMEROS DOCUMENTOS SOBRE DERECHOS

En el año de 1215 se suscita en Inglaterra un movimiento social y político encabezado por la nobleza de dicho país que trae como consecuencia la limitación de los poderes casi absolutos del soberano en ciertos rubros, principalmente en cuestiones de índole judicial y de propiedad.

Bajo este contexto, se promulga el 17 de junio de 1215 un documento titulado *Carta Magna*, que reunía una serie de directrices que el monarca debía de respetar, con la finalidad de asegurar un conjunto de derechos mínimos a los habitantes del reino, otorgando a la vez una seguridad jurídica que debería ser velada por las autoridades. En este sentido, “contempla entre otros puntos, aspectos relacionados con el derecho de propiedad, regulación y limitación respecto de las cargas tributarias; además de que consagra la libertad personal y de la Iglesia. Este documento no se limita a una enumeración teórica de los derechos del hombre, sino que garantiza su efectivo cumplimiento”.⁹

Así, la importancia de la *Carta Magna* no es mínima si consideramos los siguientes aspectos:

- a) Por primera vez en la historia, se lleva a cabo una sistematización de un conjunto de derechos que se oponen a la autoridad del soberano, incluyéndose en un cuerpo normativo específico.
- b) Se inaugura un período histórico (que a la fecha aún podemos apreciar), en el que el conjunto de derechos subjetivos oponibles al poder estatal se asienta en un documento de observancia ge-

⁹ Quintana, *op. cit.*, p. 8.

neral el cual no puede ser abolido o suprimido, por parte de las autoridades sin el consentimiento del pueblo.

- c) Puede considerarse como el primero de tres documentos surgidos en Inglaterra, que, junto a las ideas surgidas en el contexto de la ilustración europea, servirán como ejemplo para la superación de un régimen monárquico absoluto y para dar paso a la configuración de los estados modernos, basados en el imperio de la ley.

Ahora bien, los otros dos documentos que completarían la tercia previamente aludida son la *Petition of Rights* y la *Bill of Rights*. La primera de ellas, surgida en el año de 1628, representa una respuesta a los abusos y poder autoritario de Carlos I de Inglaterra, mediante la cual el Parlamento Inglés le realiza una serie de peticiones al Rey, con la finalidad de evitar el menoscabo a libertades personales, así como afecciones directas a sus ingresos mediante la imposición de impuestos.

Por su parte, la *Bill of Rights* de 1689 busca fundamentar la independencia del Parlamento del poder real y evitar la creación de nuevos impuestos, lo cual va en consonancia con una idea de sociedad mucho más centrada en el valor de los intereses de las personas, por encima del poder del soberano. En este sentido, si bien este documento “no pasará de ser un proyecto de ley (*omissis*) su valor no será legal cuanto de toma de posición”,¹⁰ es decir, resultará un paradigma en la historia de los derechos humanos.

La relevancia de los tres documentos que hemos señalado brevemente en líneas anteriores radica en que, además de inaugurar la tradición británica o anglosajona en materia de derechos humanos, servirá de influencia en los movimientos suscitados en el siglo XVIII, mismos que analizaremos más adelante. En resumen, podemos señalar que:

En Inglaterra durante el siglo XVII, tras años de opresión y luego de haber estallado las guerras civiles, surge en el pueblo la idea de la democracia, así como del respeto a los derechos del hombre. En ese contexto se gestan importantes documentos, mismos que fueron base en la formación de la cultura de los derechos humanos: la Petición de Derechos (1628), que protegía los derechos personales y patrimoniales; la *Toleration Act* (1649),

¹⁰ González, Nazario, *Los Derechos Humanos en la Historia*, Universidad Autónoma de Barcelona, 1998, p. 41.

primer documento sobre la tolerancia religiosa emanado de asamblea popular; el Acta de *Habeas Corpus* (1679), que prohibía las detenciones sin orden judicial; la Declaración de Derechos (1689), que consagraba los derechos recogidos en los textos anteriores.

Asimismo, es preciso puntualizar que estos documentos serán la base de lo que podríamos denominar la *tradición insular* de los derechos humanos, que tendrá como uno de sus alcances más importantes la Independencia de las 13 colonias inglesas en América del Norte y que, si bien guardará paralelos con lo suscitado en Francia a finales del siglo XVIII, poseerá características particulares atendiendo a su pertenencia a un sistema jurídico basado en el *Common Law*.

4. LA ILUSTRACIÓN Y SU INFLUENCIA EN LOS MOVIMIENTOS DE DERECHOS HUMANOS

La Ilustración (también llamada *iluminismo*) puede considerarse como un período intelectual del pensamiento en Occidente, en el cual una multiplicidad de pensadores generan obras de carácter filosófico y político que tienen como objetivo principal el impulsar un viraje con respecto a la tradición prevaleciente en su tiempo, ya sea en la esfera del conocimiento como en la social. En este sentido, se pueden distinguir tres tipos de Ilustración: epistemológica, ética y política.

4.1. Ilustración epistemológica

La primera de ellas, que tiene sus raíces en el pensamiento racionalista de René Descartes, es de carácter eminentemente filosófico y asociada con la forma en cómo las personas pueden acceder a ciertos conocimientos, mismos que deben ser válidos no sólo para el sujeto que los concibe sino para la totalidad de la humanidad.

Bajo este matiz, se distingue un rasgo ambivalente, ya que por un lado el sujeto es capaz de conocer a partir desde su propia subjetividad y razón, pero, por otro, es precisamente esta última la que le otorga un carácter universal y no particular, al ser atributo de toda persona. Con ello, se asienta el hecho de que es posible el conocimiento y consenso común, en tanto se presenta en seres racionales.

Lo sostenido previamente no resulta menor para considerar nuestros sistemas jurídicos contemporáneos, toda vez que parten precisamente de la noción de que la razón es común a todas las personas y, por lo tanto, pueden comprender las consecuencias de sus conductas, así como la subsecuente sanción o penalización que puede devenir del incumplimiento de la normatividad vigente. Así, las personas consideradas como no-racionales, se sujetan a un régimen jurídico especial o diferenciado.

Esta posición racionalista es fundamental para comprender la serie de movimientos que se suscitaron en el contexto de las revoluciones liberales del siglo XVIII, toda vez que sienta las bases para comenzar a eliminar la idea de *verdad revelada*, característica de la patrística y teología escolástica, la cual sirvió como fundamento para la instauración de un régimen monárquico centralizado, en el cual se relegaba a la población en general. En este sentido, la verdad no es posesión de un grupo favorecido por la divinidad, sino que todas las personas se encuentran en posibilidades de acceder a ella.

Lo anterior resulta relevante debido a que se comienza a generar una idea de *autoconciencia* o de *autodeterminación*, en la cual la persona se entiende a sí misma como parte de una comunidad, además, se concibe como sujeto de derechos.

4.2. Ilustración ética

Aparejada a la Ilustración en el ámbito epistemológico, encontramos la referente al ámbito ético la cual comparte ciertas características con la primera como veremos a continuación.

El sujeto autoconsciente que referíamos previamente no sólo lo hará en relación con el conocimiento que puede adquirir, sino de su propia condición como individuo *libre*, es decir, tanto es capaz de conocer por sí mismo la verdad a partir de su raciocinio, como de poder elegir lo que más conviene a sus intereses, lo que implica un ejercicio de la manifestación exterior de su voluntad (libertad) acorde a lo que considere útil o satisfactorio.

Lo anterior no es mínimo, toda vez que comienza a dejarse de lado la determinación de la voluntad dirigida por una moral establecida (que rige cánones y códigos de conducta), para trasladarse a la esfera personal del sujeto autoconsciente, implicando por ende la posibilidad de que éste

tome sus propias decisiones, pero no sólo desde su esfera personal sino también comunitaria.

La consecuencia que deviene de esta conciencia de su propia libertad, es el involucramiento del sujeto en los asuntos públicos, toda vez que también reconoce en los demás sujetos las mismas características que ostenta. Pero más importante aún, al concebirse como sujeto de derechos, el individuo querrá conservarlos y que no se vean afectados, esto es, buscará salvaguardarlos y oponerlos ante los entes (principalmente las autoridades) que pudieran vulnerarlos.

Estas dos capacidades del sujeto, racionalidad y libertad, van a mostrarse como autorreferenciales e indispensables en la conformación política de los estados modernos, toda vez que conllevan no sólo una caracterización de la persona de manera individual sino comunal, lo que nos lleva al tercer tipo de Ilustración: la política.

4.3. Ilustración política

A diferencia de las dos anteriores, la Ilustración política remite a las propuestas de transformación del régimen monárquico absolutista, dominante durante la mayor parte de la Edad Moderna, en el cual la figura del soberano (rey) era la depositaria de los tres poderes (ejecutivo, legislativo y judicial), lo cual tenía como resultado un gobierno déspota y poco interesado en las necesidades de los gobernados.

Es en este contexto, en el que diferentes pensadores comienzan a generar obras en las que señalan la necesidad de la descentralización del poder, así como la insostenibilidad de un gobierno en el cual las personas se encuentran infra representadas o completamente alejadas de los asuntos públicos, mismos que requieren de una serie de prerrogativas asociadas a las personas para materializarse de manera efectiva.

Entre las obras más importantes encontramos el *Contrato Social* de Jean Jacques Rousseau, en la cual sostiene la bondad natural del hombre así como la necesidad de que, en conjunto con los demás individuos, firme o suscriba un pacto para asegurar la subsistencia no como sujeto aislado, sino como parte de una comunidad en la que se establecen reglas y normas de actuación; el *Espíritu de las Leyes* de Charles Louis de Secondat, barón de Montesquieu; *Tratado de los delitos y de las penas* de

Cesare Bonesana, Marqués de Beccaria, misma que implicó un viraje en la concepción del *ius puniendi* y de la aplicación de las penas, basadas en el castigo eminentemente corporal.

Cada una de las obras referidas, en gran parte inspiradas en el pensamiento de John Locke y David Hume, tienen como base fundamental la comprensión de una sociedad *liberal* (en sentido amplio y no restringido), así como de un concepto de hombre escindido o emancipado de la autoridad política, que si bien se reconoce como miembro de una colectividad es autónomo, tanto racional como conductualmente.

Lo anterior no resulta mínimo si consideramos el hecho de que comprender al sujeto como autónomo, implica una liberación que se traduce en autonomía política y ética, la cual es posible por la autocomprensión del individuo como capaz de decidir y hacer lo que más convenga a sus intereses; esto es, se concibe a sí mismo como *libre* y con derecho de serlo o en palabras de Tzvetan Todorov “en el punto de partida del cambio radical que trajo consigo el pensamiento de la Ilustración encontramos un doble movimiento, negativo y positivo: de liberación respecto de normas impuestas desde fuera, y de construcción de normas nuevas que nosotros hemos elegido”.¹¹

Esta noción del individuo libre y con derechos es la que permea el pensamiento de dos movimientos sociales que marcaron una pauta en la historia moderna, mismos que tuvieron como consecuencias la reestructura de la sociedad de su tiempo, sirviendo a su vez como paradigma de los derechos humanos: la ya referida Independencia de las 13 colonias inglesas en América del Norte, así como la Revolución Francesa.

5. LA INDEPENDENCIA DE LAS 13 COLONIAS Y LA REVOLUCIÓN FRANCESA

La segunda mitad del siglo XVIII fue testigo de una convulsión social y jurídica que se vivió en diferentes partes del mundo occidental, propiciando un momento histórico en el cual la estructura del régimen feudal y absolutista comenzó a tambalearse, hasta desmoronarse de manera súbita para dar paso a nuevas estructuras geográficas, sociales, jurídicas y políticas.

¹¹ Todorov, Tzvetan, *El espíritu de la Ilustración*, México, Galaxia Gutenberg, 2014.

El primer movimiento emancipador que se opone a un régimen absolutista se suscita en lo que actualmente se conoce como los Estados Unidos de Norteamérica, en el cual los colonos descontentos por las actuaciones de la Corona Inglesa (principalmente por el alza de impuestos), se sublevan con el objetivo de lograr su independencia y con ello gozar de autonomía plena de la metrópoli.

Es en este contexto que se promulga la *Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia*, documento que reúne una serie de derechos que limitan la autoridad del gobernante, a la par de asegurar un cuerpo normativo que busca potencializar la noción de individuo autónomo, pero en codependencia con los demás miembros de la comunidad. En este sentido, es importante puntualizar que “en esta declaración, evidentemente se encuentra la influencia del Contrato Social de Rousseau, así como el pensamiento de Montesquieu, sin faltar desde luego, como elemento básico, la influencia de la tradición y el pensamiento inglés”.¹²

De esta forma, se publica un documento que posee rasgos característicos que lo definen y posicionan como único en su tiempo, que además emana de un movimiento social que busca limitar el poder desmedido del soberano, pero que a la par se asienta en un cuerpo específico de normas un conjunto de derechos que serán la base de la sociedad, teniendo como fundamento la tradición insular en materia de derechos humanos previamente referida.

Por otra parte y en lo referente al ámbito político, la importancia de la Independencia de las 13 colonias es esencial para comprender la estructura de los Estados Democráticos contemporáneos, sobre todo si consideramos las democracias con regímenes presidencialistas y es que al término del movimiento independentista, los Estados Unidos adquieren esta forma de gobierno, expuesta y desarrollada en los *Papeles del Federalista*, documento poco conocido y estudiado, en el cual se postula el régimen representativo.

Ahora bien, en el caso francés también encontraremos algunas similitudes con lo sucedido en el denominado Nuevo Mundo; sin embargo, existen variantes específicas que no podemos perder de vista y que a continuación desarrollaremos.

¹² Quintana, *op. cit.*, p. 11.

La Revolución Francesa, de manera general y explicativa, se suscita en el marco de un descontento social acontecido en la Francia de finales del siglo XVIII, cuya sociedad mostraba un malestar creciente hacia la figura del soberano y el desmedido poder que ostentaba, el cual se oponía claramente con la señalada autonomía del individuo que se desarrolló previamente. En este sentido, el pueblo francés se levanta en armas para deponer a la autoridad (en este caso el rey Luis XVI), siendo el hecho más emblemático la toma de la Bastilla (antigua prisión que servía como símbolo del poder real) el 14 de julio de 1789.

De manera análoga a lo acontecido en Estados Unidos, en el marco del movimiento revolucionario francés es generado un documento que contiene un cuerpo de derechos que son inalienables al individuo, mismos que no pueden ser socavados de manera unilateral por los gobernantes, ya que la soberanía del Estado ya no reside en este último sino en el pueblo, que es la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, basado en los ideales de libertad, igualdad, fraternidad y propiedad, esta última ampliamente criticada por el pensamiento marxista y que ubica el movimiento francés bajo una ideología burguesa.

Ahora bien, es importante reconocer que “la Revolución Francesa representa el acontecimiento político y social de mayores repercusiones en el cambio de las ideas de la Filosofía Política moderna, y consecuentemente, de la organización jurídica del Estado en el siglo XVIII”,¹³ toda vez que algunos estudiosos en la materia que nos ocupa llegan a considerar que: “Los derechos humanos han emergido por primera vez en ese hecho mayor de la historia universal que llamamos la Revolución Francesa, con su propio nombre, ligados a la Constitución, pero distintos y con una prioridad sobre ella”.¹⁴

Lo interesante de ambos movimientos es que, aun cuando se suscitan en sociedades que poseían una estructura, dinámica y problemáticas particulares que no eran las mismas en cada caso, comparten ciertas similitudes que hemos señalado previamente. De igual forma, los documentos emanados en el contexto de ambos movimientos comparten algunos puntos como veremos a continuación:

¹³ *Ibidem*, p. 13.

¹⁴ González, G., *op. cit.*, p. 75.

Cuadro comparativo 1.
Las Declaraciones del siglo XVIII

Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano 1789	Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia 1776
Artículo 1: Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos. Las distinciones sociales sólo pueden fundarse en la utilidad común.	Artículo 1: Todos los hombres son por naturaleza igualmente libres e independientes, y poseen ciertos derechos inherentes a su persona, de los que, cuando entran a formar parte de una sociedad, no pueden ser privados por ningún convenio, a saber: el goce de la vida y libertad y los medios de adquirir y poseer la propiedad y de buscar y conseguir la felicidad y la seguridad.
Artículo 2: La finalidad de cualquier asociación política es la protección de los derechos naturales e imprescriptibles del Hombre. Tales derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión.	Artículo 2: Todo poder reside en el pueblo y, por consiguiente, deriva de él; los magistrados son sus delegados y sirvientes y en cualquier ocasión son responsables ante aquél.
Artículo 3: El principio de toda Soberanía reside esencialmente en la Nación. Ningún cuerpo ni ningún individuo pueden ejercer autoridad alguna que no emane expresamente de ella.	Artículo 3: El gobierno está o debe estar instituido para el beneficio, protección y seguridad común del pueblo, nación o comunidad; de las distintas formas ó modos de gobierno la mejor es la que sea capaz de producir el mayor grado de felicidad y seguridad, y la más segura contra el peligro de la mala administración; cuando cualquier gobierno sea inadecuado o contrario a estos propósitos una mayoría de la comunidad tiene un indudable, inalienable e inquebrantable derecho a reformarlo, alterarlo o abolirlo en la forma que se juzgue más conveniente para la seguridad pública.

Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano 1789	Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia 1776
Artículo 4: La libertad consiste en poder hacer todo lo que no perjudique a los demás. Por ello, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre tan sólo tiene como límites los que garantizan a los demás Miembros de la Sociedad el goce de estos mismos derechos. Tales límites tan sólo pueden ser determinados por la Ley.	Artículo 4: Ningún hombre, o grupo de hombres, tiene derecho a monopolizar o segregar emolumentos o privilegios de la comunidad, si no es en razón de sus servicios públicos; que, al no ser transmisibles, no tienen derecho a considerarse hereditarios los oficios de magistrado, legislador o juez.
Artículo 5: La Ley sólo tiene derecho a prohibir los actos perjudiciales para la Sociedad. Nada que no esté prohibido por la Ley puede ser impedido, y nadie puede ser obligado a hacer algo que ésta no ordene.	Artículo 5: Los poderes legislativo y ejecutivo del Estado deben separarse y distinguirse del judicial; los miembros de los dos primeros deben mantenerse al margen de la opresión, mediante la participación en las preocupaciones del pueblo; y en determinados periodos, deben volver a su situación privada, regresando al cuerpo de que originalmente salieron, y las vacantes se cubrirán por elecciones frecuentes, justas y regulares, en las que todos, o una parte de los miembros, podrán ser de nuevo elegidos o no elegidos, según las leyes lo determinen.
Artículo 6: La Ley es la expresión de la voluntad general. Todos los Ciudadanos tienen derecho a contribuir a su elaboración, personalmente o a través de sus Representantes. Debe ser la misma para todos, tanto para proteger como para sancionar. Además, puesto que todos los Ciudadanos son iguales ante la Ley, todos ellos pueden presentarse y ser elegidos para cualquier dignidad, cargo o empleo públicos, según sus capacida-	Artículo 6: Las elecciones de miembros que actúan como representantes del pueblo en la asamblea deben ser libres; todos los hombres que tengan evidencia suficiente de común interés tienen derecho al sufragio, y no se les pueden imponer impuestos o expropiar su propiedad, sin su consentimiento o el de sus representantes así elegidos, ni limitar mediante ninguna ley a la que no hayan, de forma semejante, asentido en pro del bien público

Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano 1789	Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia 1776
des y sin otra distinción que la de sus virtudes y aptitudes.	
Artículo 7: Ningún hombre puede ser acusado, arrestado o detenido, salvo en los casos determinados por la Ley y en la forma determinada por ella. Quienes soliciten, cursen, ejecuten o hagan ejecutar órdenes arbitrarias deben ser castigados; con todo, cualquier ciudadano que sea requerido o aprehendido en virtud de la Ley debe obedecer de inmediato, y es culpable si opone resistencia.	Artículo 7: Todo poder de suspensión o ejecución de leyes por cualquier autoridad que carezca de consentimiento de los representantes del pueblo, es injurioso a sus derechos, y no debe ser ejercido.
Artículo 8: La Ley sólo debe establecer penas estricta y evidentemente necesarias, y tan sólo se puede ser castigado en virtud de una Ley establecida y promulgada con anterioridad al delito, y aplicada legalmente.	Artículo 8: En todo proceso criminal, cualquier hombre tiene derecho a exigir la causa y naturaleza de su acusación, a ser enfrentado con sus acusadores y testigos, a reclamar pruebas en su favor, y a un juicio rápido a través de un jurado imparcial de su vecindad, sin cuyo unánime consentimiento no puede ser juzgado culpable; ni puede ser obligado a mostrar pruebas contra sí mismo; ningún hombre sea privado de su libertad si no es en virtud del derecho de la ley de la tierra o del juicio de sus iguales.
Artículo 9: Puesto que cualquier hombre se considera inocente hasta no ser declarado culpable, si se juzga indispensable detenerlo, cualquier rigor que no sea necesario para apoderarse de su persona debe ser severamente reprimido por la Ley.	Artículo 9: No debe exigirse una excesiva fianza, ni imponerse multas cuantiosas, ni infligirse castigos crueles o no acostumbrados.

Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano 1789	Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia 1776
Artículo 10: Nadie debe ser incomodado por sus opiniones, inclusive religiosas, siempre y cuando su manifestación no perturbe el orden público establecido por la Ley.	Artículo 10: Se consideran gravosas y opresivas y no deben tolerarse las órdenes de prisión generales, mediante las cuales se envía un funcionario a investigar lugares sospechosos sin pruebas de un hecho cometido, o a apresar personas no nombradas concretamente, o cuyo delito no está descrito particularmente y apoyado con prueba alguna.
Artículo 11: La libre comunicación de pensamientos y opiniones es uno de los derechos más valiosos del Hombre; por consiguiente, cualquier Ciudadano puede hablar, escribir e imprimir libremente, siempre y cuando responda del abuso de esta libertad en los casos determinados por la Ley.	Artículo 11: En las controversias que se refieren a la propiedad y en los litigios entre hombres, es preferible a cualquier otro el antiguo juicio mediante jurado, que debe considerarse sagrado.
Artículo 12: La garantía de los derechos del Hombre y del Ciudadano necesita de una fuerza pública; por ello, esta fuerza es instituida en beneficio de todos y no para el provecho particular de aquéllos a quienes se encomienda.	Artículo 12: La libertad de imprenta es uno de los grandes baluartes de la libertad y no puede ser restringida sino por gobiernos despóticos.
Artículo 13: Para el mantenimiento de la fuerza pública y para los gastos de administración, resulta indispensable una contribución común, la cual debe repartirse equitativamente entre los ciudadanos, de acuerdo con sus capacidades.	Artículo 13: Un ejército organizado, formado por el cuerpo de los ciudadanos preparados para las armas, es la adecuada y natural salvaguardia de un Estado libre; los ejércitos permanentes en tiempo de paz deben evitarse como peligrosos para la libertad; en todos los casos, los militares deben estar estrictamente subordinados al poder civil y gobernados por él.

Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano 1789	Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia 1776
Artículo 14: Todos los Ciudadanos tienen el derecho de comprobar, por sí mismos o a través de sus representantes, la necesidad de la contribución pública, de aceptarla libremente, de vigilar su empleo y de determinar su prorrata, su base, su recaudación y su duración.	Artículo 14: El pueblo tiene derecho a un gobierno uniforme y, por tanto, ningún gobierno separado o independiente del de Virginia puede erigirse o establecerse dentro de los límites de éste
Artículo 15: La Sociedad tiene derecho a pedir cuentas de su gestión a cualquier Agente público.	Artículo 15: Ningún gobierno libre, ni los beneficios de la libertad, pueden conservarse en ningún pueblo sino por una firme adhesión a la justicia, moderación, templanza, austeridad y virtud y mediante el frecuente recurso a los principios fundamentales.
Artículo 16: Una Sociedad en la que no esté establecida la garantía de los derechos, ni determinada la separación de los Poderes, carece de Constitución.	Artículo 16: La religión, es decir el deber que tenemos hacia nuestro Creador, y la manera de realizarlo, debe orientarse exclusivamente por la razón y la convicción no por la fuerza o la violencia; y, por tanto, todos los hombres tienen el mismo derecho al ejercicio libre de la religión de acuerdo a los dictados de su conciencia; es deber mutuo de todos practicar hacia los demás la paciencia, amor y caridad cristianas.
Artículo 17: Por ser la propiedad un derecho inviolable y sagrado, nadie puede ser privado de ella, salvo cuando la necesidad pública, legalmente comprobada, lo exija de modo evidente, y con la condición de haya una justa y previa indemnización.	

Fuente: elaboración propia con base en la Declaración de los Derechos del hombre y del ciudadano de 1789 y la Declaración de Derechos del buen pueblo de Virginia de 1776.

Las características comunes de ambos documentos a continuación se destacan:

- a) Ambos establecen una serie de derechos que tienen los hombres, los cuales son indispensables para su vida en comunidad.
- b) Los derechos aludidos remiten a la esfera pública, privilegiando los civiles, políticos y de propiedad.
- c) Son individualistas, ya que, aunque el ejercicio de tales derechos se hace visible en el ámbito público, el ejercicio y titularidad son las personas concebidas como autónomas.
- d) Establecen una limitación real y efectiva a los poderes de las autoridades.
- e) Se delega la *soberanía* en el pueblo, es decir, el poder de elegir y de gobernarse a sí mismo, sin que dicha capacidad recaiga en una sola persona como en los regímenes absolutistas.
- f) Se establece la libertad religiosa, lo cual representa un hecho inusitado considerando el gran poder que durante siglos ostentó la Iglesia.
- g) La libertad de expresión goza de una consideración especial, toda vez que es necesaria para la deliberación de los asuntos públicos y políticos.

Como puede apreciarse, en ambas declaraciones se asienta un claro contenido individual y liberal, privilegiando las libertades personales y la autonomía de la persona por encima de la autoridad establecida. Lo anterior se relaciona directamente con las ideas de la Ilustración que permean el espíritu de los documentos en cita y que previamente hemos expuesto, siendo clara su tendencia a privilegiar la posición del individuo como parte integral de una comunidad política, jurídica y social.

Ambos movimientos revolucionarios, hoy en día, son considerados como pilares para el desarrollo de los derechos humanos, sin lugar a duda son referencias históricas de estos derechos.

6. LA REVOLUCIÓN INDUSTRIAL Y EL SURGIMIENTO DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

Los movimientos suscitados en Norteamérica y en Francia, así como de manera correlativa los documentos emanados en el contexto de los

mismos, sientan los primeros antecedentes contemporáneos de la protección de un conjunto de derechos inalienables a las personas, mismos que se encuentran consagrados en un texto normativo específico y definido.

La naturaleza de los derechos surgidos en esta etapa histórica es de carácter civil-político, debido a que emanan de una oposición a los regímenes autoritarios que prevalecían en la época, este conjunto de prerrogativas resulto indispensable para garantizar la participación e involucramiento activo de las personas en la esfera pública, evitando con ello la imposición de normas o visiones de la realidad ajenos a los intereses del pueblo, es decir, protegían la vida privada y pública del individuo, esferas que aun hoy en día se mantienen y poseen una vigencia casi absoluta como marco de referencia de la vida del sujeto en una comunidad.

En este sentido, algunos autores como Karel Vasak sostienen que en esta etapa surge la denominada *primera generación de derechos humanos*, debido a que son los primeros en ser consagrados en un cuerpo normativo específico (una declaración o constitución), lo cual se encuentra coligado al surgimiento de las primeras democracias contemporáneas y de los Estados nacionales.

Ahora bien, la considerada *segunda generación de derechos* que se circunscribe a los derechos económicos, sociales y culturales tiene sus orígenes en una serie de sucesos, avances tecnológicos y de producción que se presentan en el siglo XIX, mismos que se agrupan en la conocida *Revolución Industrial*, como veremos a continuación, y que se suscita especialmente con los movimientos obreros para dignificar sus condiciones de vida y trabajo. No obstante, en su momento también existieron diversas formas de resistencia a los avances que acarrea la citada revolución, siendo un caso paradigmático el movimiento *ludita*, el cual tenía como premisa principal la oposición a la introducción de maquinaria en el proceso de producción merced a las implicaciones sociales y de desempleo que acarrearía, siendo su exponente el mítico Ned Ludd.

Ahora bien, la Revolución Industrial como suceso histórico trajo consigo una modificación sustancial en las formas y medios de producción de mercancías, lo cual de manera correlativa impactó de manera importante en otras esferas de la vida de las personas, desde la social, pasando por la cultural, jurídica e incluso política, lo cual no se apreciaba desde el surgimiento del comercio mercantil (mercantilismo) a finales del siglo

XV. Bajo esta tesitura, algunos cambios visibles que se aprecian en el contexto de la Revolución Industrial son los siguientes:

- a) Migración masiva del campo a las metrópolis, toda vez que en estas últimas se concentraron las industrias, fábricas y comercios.
- b) Aumento de la densidad de población en las ciudades.
- c) Imposibilidad por parte de las autoridades, de brindar servicios públicos a la nueva población metropolitana proveniente del campo.
- d) Aumento en los índices de pobreza en las periferias de las metrópolis (cinturones de miseria).
- e) Ausencia de un esquema de seguridad social para la nueva clase trabajadora, así como de un régimen de salud y pensiones.
- f) Problemas de salubridad, seguridad pública y acceso a medios concretos de desarrollo humano.

Como puede apreciarse, la situación socioeconómica que trajo la Revolución Industrial implicó una serie de necesidades humanas que no podían solventarse apelando únicamente a la portación de derechos civiles y políticos, ya que la esfera de las libertades si bien aún no se encontraba plenamente garantizada en esta etapa histórica, no podía satisfacer las necesidades que surgían en un contexto que era diametralmente diferente, a aquel en el que emergieron las primeras declaraciones de derechos.

De esta forma, se comienza a concebir a la persona como un sujeto portador de derechos que además requiere la satisfacción de una serie de necesidades para poder existir, mismas que (en una gran mayoría de casos) no puede saldar por cuenta propia, sino que necesita de la intervención de las autoridades gubernamentales para lograr dicho cometido. Así, invirtiendo la necesidad de que el Estado no intervenga para garantizar el ejercicio de libertades fundamentales (característica de los derechos civiles y políticos), se presenta como necesaria la participación del mismo para acotar, reducir y asegurar que tales insuficiencias sean atendidas.

En este sentido, además de un sujeto portador de derechos comienza a pensarse en la persona como un sujeto tendiente al desarrollo integral y progresivo, pero no sólo de manera individual sino colectiva, lo cual la sitúa como miembro de un grupo con características definidas (trabaja-

dores, pobres, incapacitados, entre otros) que requiere de una protección particular atendiendo a su condición.

Es en este marco y contexto histórico que surgen los denominados derechos económicos, sociales y culturales los cuales se encuentran encaminados a satisfacer mínimos indispensables para la vida de las personas, mismos que requieren de la intervención estatal para poder ser materializados. No obstante, lo anterior, es preciso reconocer que la verdadera influencia de este tipo de derechos se debió al pensamiento marxista que tuvo sus orígenes en la segunda mitad del siglo XIX, mismo que desde el aspecto jurídico¹⁵ conllevaba una dignificación del obrero y de las clases desprotegidas sobre los denominados *capitalistas*.

Mucho se ha escrito sobre la consagración de este tipo de derechos en un cuerpo normativo concreto; algunos autores consideran que la Constitución Mexicana de 1917 fue innovadora en este sentido, ya que es el primer documento de su tipo que consagra una serie de derechos sociales como la educación y el derecho al trabajo, aunque también “la Constitución alemana de Weimar en 1919, buscó la síntesis entre el liberalismo y la democracia social, dando acogida a los derechos económicos y sociales en su libro II”.¹⁶

Ahora bien, este tipo de derechos que hemos venido revisando en las últimas líneas se encuentran íntimamente ligados con la aparición del primer documento internacional que consagra los derechos humanos, emanado de un organismo específico (la ONU creada en 1945 posterior a la Segunda Guerra Mundial) que busca la salvaguarda de los derechos humanos a escala global, siendo uno de los principales intereses de la comunidad internacional la Declaración Universal de Derechos Humanos.

Este documento fue adoptado el 10 de diciembre de 1948 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, consagrando en su preámbulo la importancia que tienen para la humanidad la libertad, la justicia y la paz, cuya base fundamental se encuentra en los derechos inalienables que poseen los seres humanos. Constante de 30 artículos (1 – 28 relativos a derechos de las personas;

¹⁵ Es preciso señalar que la filosofía marxista puede ser abordada desde diversas aristas, como lo es la económica, la política, la social, la jurídica. En este último aspecto es interesante la postura de Marx sobre los derechos humanos al considerarlos producto de un régimen burgués que privilegia la propiedad privada e individual sobre la social o comunitaria, tal como se aprecia en su escrito *Sobre la cuestión judía*.

¹⁶ Quintero, *op. cit.*, p. 13.

29 y 30 referentes a obligaciones y límites a los derechos), la novedad de este documento puede ser entendida a partir de dos puntos en concreto:

- a) Es el primer texto emanado de la comunidad internacional en el que se refleja su voluntad de salvaguardar una serie de derechos que son inherentes a las personas, dejando de lado connotaciones contextuales o culturales, ya que el fundamento y espíritu del documento se genera a partir de un diálogo intercultural.
- b) Por otra parte los artículos 22 (seguridad social), 23 (derecho al trabajo), 24 (derecho al descanso y goce del tiempo libre), 25 (derecho a un nivel de vida adecuado que comprende vivienda, vestido, asistencia médica entre otros), 26 (derecho a la educación) y 27 (derecho a participar en la vida cultural) consagran el cuerpo fundamental de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (más ampliamente conocidos como DESC)
- c) Es así que con la Declaración de 1948 comienzan a cobrar importancia y ser reconocidos en diversas legislaciones nacionales los derechos económicos, sociales y culturales, mismos que en el caso mexicano se agrupan en su gran mayoría en el artículo cuarto de la Constitución Federal, así como en el tercero y 123. A manera de resumen, podemos apreciar que:

El texto de la DUDH da cuenta del acuerdo entre las naciones firmantes respecto de la integración de todos los derechos humanos como una aspiración para la humanidad, sin reconocer jerarquías entre sí. De este modo, la DUDH incorporó los derechos a la seguridad social, al trabajo, a un nivel de vida adecuado, a la educación y a la vida cultural, a la par que reconoció los derechos a no ser torturado, al debido proceso a la intimidad, a la libertad de movimiento, a la libertad de expresión, a la libertad de reunión y a los derechos políticos, entre otros.¹⁷

7. LA ETAPA DE POSGUERRA Y EL MUNDO ACTUAL

Como ya habíamos señalado en el apartado anterior, una vez concluida la Segunda Guerra Mundial la comunidad internacional comienza a

¹⁷ Serrano, Sandra y Daniel Vázquez, *Los principios de Universalidad en La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, UNAM, 2011, p.35.

preocuparse por la instauración de un régimen global que anteponga los intereses de la humanidad por encima de los particulares de cada nación. De igual forma es en el período de posguerra donde se instauran los primeros tribunales enfocados a castigar las atrocidades cometidas por los regímenes autoritarios en el contexto del conflicto bélico aludido, siendo los de Núremberg y Tokio los más célebres, no encontrándose exentos de crítica sobre su naturaleza, viabilidad e, incluso, su legalidad.

Por otra parte, la geopolítica que se presenta en el período inmediatamente posterior al conflicto armado de 1939 – 1945, es de una marcada división entre dos posturas contrapuestas no sólo en el aspecto económico, sino también en el político, social, cultural, jurídico y ético, ya que cada una de ellas preveía la idea del individuo de manera diferente: *Capitalismo y Comunismo*.

El presente escrito no tiene la pretensión de desarrollar o efectuar un análisis taxonómico de los principales ejes sobre los que se sustentan las ideologías referidas en el párrafo previo, sin embargo, es importante destacar que cada una de ellas proponía un proyecto de sujeto en relación con su entorno y consigo mismo. El capitalismo privilegia la libertad individual anteponiéndola a los intereses de la comunidad; en contraparte, el comunismo delega a un segundo término al individuo para enfocarse en el bienestar colectivo.

Ambas posturas de pensamiento generaron una tensión diplomática que paulatinamente devino en presiones de carácter bélico las cuales pusieron en riesgo la vida en el planeta, merced al desarrollo de arsenales nucleares y químicos, mismos que tenían la posibilidad de la completa destrucción del mundo, teniendo como pruebas más fehacientes lo sucedido en los primeros días de agosto del año 1945 en Hiroshima y Nagasaki. No es súbito que intelectuales como Arthur Koestler mencionaran que el tiempo de la humanidad se encontraba contado a partir del denominado *Año cero de Nagasaki*, porque a partir de ese momento se corre el riesgo de que la vida humana se extinga por una simple diferencia de criterios entre dos naciones.

Es precisamente en un contexto como el referido con antelación que la comunidad internacional comienza a comprender lo indispensable de generar las condiciones esenciales que permitan la subsistencia de la humanidad como especie, lo cual es viable a través de la postulación y consagración de derechos que velen por tal objetivo. Bajo esta tesitura nacen

los derechos de *tercera generación*, cuya naturaleza es difusa y prospectiva porque no se dirigen a individuos o grupos en concreto, sino a la totalidad de las personas.

Entre estos derechos podemos encontrar el derecho a la paz, a la solidaridad, al medio ambiente, al agua, entre muchos otros que, como ya hemos señalado previamente, buscan establecer un orden que permita la conservación de la humanidad como un fin en sí mismo y no como un medio para fines particulares.

8. CONCLUSIONES

Los derechos humanos surgen de manera focalizada en ciertos países que consagran en un documento un conjunto de pretensiones que deben tener todos los hombres por el simple hecho de existir y ser miembros de una comunidad determinada. No obstante, podemos identificar algunos puntos que no pueden pasar por alto, mismos que se desarrollarán a continuación:

- a) Aunque en un primer momento son generados en el seno de sociedades que propugnaban por una autonomía política con respecto a un régimen impositivo, con el paso del tiempo y a través de un desarrollo histórico paulatino (no inmediato), su hálito se expande a la comunidad internacional.
- b) El proceso gradual de surgimiento, desarrollo y consolidación de los derechos humanos se presenta en momentos históricos específicos, que van de la mano con un cambio de mentalidad y de necesidades. Es así, que estos derechos se adecúan a los requerimientos de un tiempo determinado, sin que ello implique una superación de los previos; al contrario, habla de su carácter de progresivos y prospectivos.
- c) Las generaciones de derechos no implican una catalogación o jerarquización de los mismos, ya que sólo remiten a una conceptualización que sirve para demostrar su proceso de desenvolvimiento.

Finalmente, con el auge de las tecnologías y medios masivos de comunicación, se han venido añadiendo nuevos derechos al catálogo ya existente de derechos humanos, como lo es el internet el cual tiene caracteri-

zaciones específicas debido a su interrelación con otros como el derecho a la información, a la expresión, etc.

Como puede observarse en este capítulo, los derechos humanos se *construyen y constituyen* tanto histórica como socialmente, lo que nos habla de su dinamismo y el modo en cómo se adecúan atendiendo a las necesidades de cada contexto temporal específico, lo cual permite que su vigencia y campo de aplicación siempre sean efectivos. De nada sirve poseer un derecho que resulte anacrónico y que tutele un bien jurídico inexistente o superfluo (la portación y posesión de armas, por ejemplo), por lo cual la actualización y desarrollo de los derechos humanos es una labor que se tiene que realizar por parte de las autoridades en sus distintos órdenes y de las mismas personas.

En otras palabras:

Los derechos humanos han ido desarrollándose a lo largo de los años, partiendo de los más fundamentales – la vida, la libertad, la integridad física – e incorporando, dentro de las sociedades democráticas, otros derechos que configuran lo que se ha definido como el estado de bienestar. Se han ido reconociendo otros derechos igualmente importantes, tan necesarios como los primeros para la convivencia –fundamentalmente, los de participación política, las libertades de expresión, de reunión, de manifestación– y los que condicionan la vida digna de cualquier ciudadano: el derecho a la educación, a la salud, al trabajo, a la vivienda y tantos otros.¹⁸

9. BIBLIOHEMEROGRAFÍA

Bibliografía

Castresana, Carlos, *Seguridad y Justicia en Derechos Humanos y Globalización Alternativa: una Perspectiva Latinoamericana*, México, Universidad Iberoamericana (Puebla), 2006.

González, Gustavo, *La ponderación de los derechos fundamentales: Estudio de las colisiones de derechos derivadas de manifestaciones públicas*, México, Porrúa, 2013.

¹⁸ Castresana, Carlos, *Seguridad y Justicia en Derechos Humanos y Globalización Alternativa: una Perspectiva Latinoamericana*, México, Universidad Iberoamericana (Puebla), 2006, p. 242.

González, Nazario, *Los Derechos Humanos en la Historia*, Universidad Autónoma de Barcelona, 1998.

Manili, Pablo, *Manual Interamericano de Derechos Humanos*, Colombia, Ediciones Doctrina y Ley, 2012.

Quintana, Carlos y Norma Sabido, *Derechos Humanos*, México, Porrúa, 2013.

Quintero Eloísa, *Sistema de derechos humanos y sistema penal: Víctima, reparación del daño y trata trasnacional*, México, INACIPE, 2014.

Serrano, Sandra y Daniel Vázquez, *Los principios de Universalidad en La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, UNAM, 2011.

Todorov, Tzvetan, *El espíritu de la Ilustración*, México, Galaxia Gutenberg, 2014.

Hemerografía

Labardini, Rodrigo, “Orígenes y antecedentes de derechos humanos hasta el siglo XV”. *JURIDICA*, núm. 19, 1988 – 1989, pp. 287 – 324.

Documentos publicados en Internet

Tamayo, Juan José dir., *10 palabras claves sobre derechos humanos*, en SEDH, Consultado el 01-02-2019, <https://www.sedh.gob.hn/documentos-recientes/149-10-palabras-clave-sobre-derechos-humanos/file>.

COMENTARIOS JURISPRUDENCIALES

TRABAJOS ESPECIALES, PERSONAS TRABAJADORAS DEL HOGAR

CÉSAR EMMANUEL GARCÍA ALMEYDA*

1. NOTA PRELIMINAR

Dentro de la Ley Federal del Trabajo se dedica el Capítulo XIII del título sexto “trabajos especiales”, a las denominadas personas trabajadoras del hogar, cobra relevancia en esta ley que se brinde la protección a una prestación de servicios que no genera un beneficio económico al empleador, debido a que dentro de este rubro solo están contempladas las actividades de cuidados, aseo, asistencia o cualquier otra actividad inherente al hogar excluyendo a quienes realizan esta actividad de forma esporádica o lo haga en hoteles, casas de asistencia, restaurantes, fondas, bares, hospitales, sanatorios, colegios, internados y otros establecimientos análogos.¹

Cabe destacar que, por la naturaleza de esta actividad, resulta difícil para los trabajadores que la desempeñan, obtener una reparación del daño cuando alguno de sus derechos laborales es violentado, a causa de la notoria desproporcionalidad de poder entre ellos y su empleador.

Es por ello que el 2 de julio de 2019 se publica en el Diario Oficial de la Federación² una reforma que busca brindar una protección más amplia a los derechos de las personas trabajadoras del hogar; entre los cambios que destacan se encuentran:

- a) Un aumento significativo en las horas de descanso.

* Licenciado en Derecho por la Universidad Autónoma del Estado de México.

¹ *vid.* Ley Federal del Trabajo, publicada en el Diario Oficial de la Federación del 1 de abril de 1970. Última Reforma publicada el 2 de julio de 2019.

² Secretaría de Gobernación, “Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley Federal del Trabajo y de la Ley del Seguro Social, en materia de las personas trabajadoras del hogar.”, en *DOF*, 1 de julio de 2019, http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5564651&fecha=02/07/2019

- b) Otorgamiento de las prestaciones de ley.
- c) Inclusión en el régimen obligatorio del seguro social.

Así mismo, se han emitido jurisprudencias y tesis aisladas respecto de los trabajadores del hogar que buscan mejorar sus condiciones de trabajo, al respecto se presentan las siguientes:

2. CRITERIOS JURISPRUDENCIALES Y TESIS AISLADAS RESPECTO DE LOS TRABAJADORES DEL HOGAR

2.1. Conformación y pago del salario

a) Trabajadores domésticos: Los alimentos y la habitación de los que pernoctan en el domicilio del patrón integran el salario para efectos indemnizatorios

El 16 de junio de 2011, la Organización Internacional del Trabajo adoptó el Convenio Número 189 sobre las Trabajadoras y los Trabajadores Domésticos, acuerdo destinado a mejorar sus condiciones de trabajo, particularmente de los que residen en el hogar del empleador, prohibiendo aplicar a la remuneración en efectivo un descuento por concepto de alojamiento y alimentos y garantizando que el valor monetario que se atribuya a los pagos en especie por esos conceptos sea justo y razonable. Así, aun cuando el Estado Mexicano no ha ratificado ese convenio, el artículo 334 de la Ley Federal del Trabajo regula ese trabajo especial, de acuerdo con el parámetro internacional citado, el cual dispone que la retribución de esa clase de trabajo comprende, además del pago en efectivo, los alimentos y la habitación, los que deberán estimarse equivalentes al 50% del salario que se pague en efectivo. En este sentido, el salario de esos trabajadores se conforma con el pago en efectivo y las prestaciones en especie citadas, en el porcentaje indicado; integración del salario que es coincidente con el numeral 84 de la ley aludida, al definir que el salario se compone, entre otros conceptos, de los pagos hechos en efectivo por cuota diaria, habitación y prestaciones en especie. Por esas razones, para efectos indemnizatorios, el cálculo de las condenas debe efectuarse con base en el salario integrado que como remuneración percibe ese tipo de trabajadores, de modo que el salario en efectivo que acrediten recibir, deberá incrementarse en un 50% por los conceptos de alimentos y habitación; conclusión que encuentra justificación en el proceso legislativo que

dio origen a la reforma a la Ley Federal del Trabajo del 30 de noviembre de 2012, particularmente, en la iniciativa con proyecto de decreto recibida en la presidencia de la mesa directiva de la Cámara de Diputados el 11 de septiembre de 2012, de la que se obtiene lo siguiente: “También se hace expresa la obligación de considerar los alimentos y la habitación, aparte del salario en efectivo, para el cálculo del salario integrado, del cual derivará el pago de las prestaciones.”³

b) Trabajadores domésticos denominados “de entrada por salida”: Procedencia del pago de tiempo extraordinario.

De los artículos 181, 331, 333, 60, 61 y 66 de la Ley Federal del Trabajo, deriva que la duración de la jornada laboral de los trabajadores domésticos se rige por las reglas generales, en tanto que en el capítulo especial no hay norma que las contraríen, ni que defina específicamente ese lapso; sin embargo, la duración máxima de labores prevista en las disposiciones generales no puede soslayar las particularidades del trabajo especial doméstico, el cual tiene como modalidad que el empleado debe disfrutar de tiempos de reposo, lo que impacta en el tiempo efectivamente laborado, por las características esenciales del trabajo doméstico que no permiten conocer de antemano aquel durante el cual se desarrollarán las labores; de ahí que si el empleado permanece en la casa habitación más de 8 horas no significa, necesariamente, que el periodo excedente constituya tiempo extra. Por tanto, para resolver sobre la duración de la jornada laboral de empleados domésticos denominados “de entrada por salida”, y la procedencia del pago de tiempo extraordinario, las Juntas de Conciliación y Arbitraje, con la facultad que les otorga el artículo 841 de la Ley Federal del Trabajo, de dictar los laudos a verdad sabida y buena fe guardada y apreciando los hechos en conciencia, sin necesidad de sujetarse a reglas o formulismos sobre estimación de pruebas, podrán determinar si la jornada desarrollada por un trabajador doméstico atiende a las particularidades normales del trabajo o a circunstancias extraordinarias o especiales que le permitan definir si se prestó el trabajo en exceso, tomando en consideración la razonabilidad y verosimilitud del reclamo.⁴

³ Tesis: I.14o.T.7 L (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, libro 59, tomo III, octubre de 2018, p. 2525, Tesis Aislada (Laboral).

⁴ Tesis: 2a./J. 3/2011 (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, libro IV, tomo 4, enero de 2012, p. 3745, Jurisprudencia (Laboral).

2.2. Seguridad social

a) Trabajo del hogar: El artículo 13, fracción II, de la Ley del Seguro Social es inconstitucional al excluir a los trabajadores domésticos de ser sujetos de aseguramiento al régimen obligatorio, debido a que viola el derecho humano a la seguridad social en igualdad de condiciones

Conforme al artículo 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como al Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, el Estado mexicano está obligado a garantizar el derecho de toda persona a la seguridad social, para lo cual podrá implementar regímenes de seguridad social diferenciados que atiendan las circunstancias y necesidades de los distintos sectores de la población. Ahora bien, de acuerdo con el artículo 13, fracción II, de la Ley del Seguro Social podrán voluntariamente ser sujetos de aseguramiento al régimen obligatorio los trabajadores domésticos, los cuales a su vez están regulados en la Ley Federal del Trabajo como parte de los trabajos especiales. Así, del análisis del citado contexto normativo, se concluye que la exclusión de los trabajadores del hogar, respecto al régimen obligatorio de seguridad social no encuentra justificación constitucional alguna, pues no atiende a una diferenciación objetiva y razonable. De esa forma, el hecho de que se trate de un trabajo especial no implica que deba privárseles de una adecuada cobertura de seguridad social, ya que mediante el régimen voluntario su afiliación queda sujeta a la voluntad de la parte empleadora lo que no garantiza el derecho a la igualdad en el disfrute de una protección suficiente contra los riesgos e imprevisiones sociales, generando como consecuencia un trato discriminatorio en su contra. Si se toma en cuenta que la extensión de la seguridad social al trabajador del hogar es una meta digna y un componente necesario en las estrategias destinadas a la lucha contra la pobreza y la exclusión social, las cuales se ven obstaculizadas o limitadas por el establecimiento de un régimen voluntario.⁵

⁵ Tesis: 2a. XXX/2019 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, libro 66, tomo II, mayo de 2019, p. 1544, Tesis aislada (Constitucional).

2.3. Ofrecimiento de trabajo

a) Trabajadores domésticos. Elementos que deben tomarse en cuenta para considerar de buena fe el ofrecimiento de trabajo.

La relación laboral de los trabajadores domésticos se rige por lo dispuesto en el Capítulo XIII, del título sexto de la Ley Federal del Trabajo, cuyo artículo 331 define a ese tipo de empleados como los que se dedican a realizar servicios de aseo, asistencia y demás propios o inherentes al hogar de una persona o familia. En esa virtud, cuando uno de estos trabajadores se dice despedido y el patrón lo niega ofreciéndole el empleo en los mismos términos y condiciones en que lo venía desempeñando, la oferta se calificará atendiendo a la categoría, horario y salario con el que el empleador pretende que se reanude la relación laboral, para lo cual se deben tomar en cuenta las reglas especiales que al efecto fija el mencionado Capítulo XIII, así como a las normas generales de la ley de la materia, en cuanto no contraríen a aquéllas, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 181 de la ley laboral.

En esas condiciones, si las labores desarrolladas por un trabajador tienen que ver exclusivamente con el aseo de una casa habitación o con la atención a una persona o familia dentro de ese ámbito, y su desempeño no genera ingresos económicos para el patrón, deberá tenerse como categoría la de empleado doméstico; en cuanto al horario, debe tenerse presente que la naturaleza propia de las labores a desempeñar y la circunstancia de que la prestación de servicios se realiza en una casa habitación, el artículo 333 de esa ley dispone que los trabajadores domésticos deberán disfrutar de reposos suficientes para tomar sus alimentos y de descanso durante la noche, es decir, la jornada de trabajo y la distribución del horario no se rigen por el factor tiempo como si se tratara de empleados de una empresa productora o distribuidora de bienes o servicios, pues no se realiza un trabajo material que genere ganancias, sino que el prestado por el doméstico guarda íntima relación con la convivencia cotidiana de una familia.

Por lo que respecta al salario, el numeral 334 de la ley establece que salvo lo expresamente pactado entre las partes, la retribución del doméstico comprende, además del pago en efectivo, los alimentos y la habitación, conceptos que se considerarán equivalentes al cincuenta por ciento del salario que se pague en efectivo, y el artículo 335 de esa ley dispone

que la Comisión Nacional de Salarios Mínimos fijará los salarios mínimos que se deberán pagar a estos trabajadores; pero como dentro de la tabla de salarios mínimos expedida por la referida comisión no se incluye el salario profesional para los trabajadores domésticos, deberá estarse al mínimo general que corresponda al área geográfica dentro de la que se efectúe la prestación de servicios. Por tanto, para que el ofrecimiento del empleo pueda estimarse de buena fe, deberá hacerse con la misma categoría conforme a las labores propias de ésta; con el señalamiento de que el trabajador disfrutará de reposos suficientes para tomar sus alimentos y descansar durante la noche, y con el salario pactado, que de ninguna manera podrá ser inferior al mínimo general.⁶

b) Ofrecimiento de trabajo. Para ser considerado de buena fe, tratándose de trabajadores que aduzcan desempeñar una profesión, oficio o trabajo especial, las juntas de conciliación y arbitraje están obligadas a analizar, oficiosamente, si éste se encuentra contemplado en el catálogo de profesiones, oficios y trabajos especiales elaborado por la comisión nacional de salarios mínimos y si aquél se hace con el salario correspondiente.

Tratándose del ofrecimiento de trabajo, para que éste pueda estimarse como de buena fe, las Juntas de Conciliación y Arbitraje están obligadas oficiosamente a analizar en aquellos casos en que el actor aduzca desempeñar una profesión, oficio o trabajo especial, que éste se encuentre contemplado en el catálogo de profesiones, oficios y trabajos especiales elaborado por la Comisión Nacional de Salarios Mínimos, y establecido lo anterior, determinar si la parte patronal al hacer el ofrecimiento lo hace con el salario contemplado en dicho catálogo, en términos de la fracción VI, párrafos primero y tercero, del apartado A del artículo 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como el numeral 93 de la Ley Federal del Trabajo.⁷

c) Despido del trabajador. Cálculo del monto del salario para calificar el ofrecimiento del trabajo (trabajos especiales).

⁶ Tesis: I.13o.T.123 L, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, tomo XXII, julio de 2005, p. 1561, Tesis Aislada (Laboral).

⁷ Tesis: IV.3o.T.153 L, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, tomo XIX, enero de 2004, p. 1576, Tesis Aislada (Laboral).

Conforme a la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, si el patrón niega haber despedido al trabajador y ofrece admitirlo en los mismos términos y condiciones en que desempeñaba su trabajo, pero contravirtiendo el salario, le corresponde probar su monto y, en el supuesto de no demostrarlo, el ofrecimiento del trabajo es de mala fe. No obstante, tratándose de trabajos especiales, como es el del autotransporte de carga, y si el trabajador no devenga una cantidad fija como salario diario, sino que éste es variable, para estimar de buena fe el ofrecimiento del trabajo no es exigible al patrón que demuestre el monto del salario que el trabajador devengó en el último periodo de treinta días laborados, en términos del artículo 89 de la Ley Federal del Trabajo, bastando para ello la demostración de la forma en que pagaba el salario al trabajador, ya sea mediante el tabulador salarial o con los documentos relativos al contrato colectivo de trabajo, en los que se especifica que el salario está en relación con los kilómetros recorridos, con carga o sin ella, por boletos vendidos o número de viajes.⁸

2.4. Terminación de la relación laboral

a) Terminación de la relación de trabajo por muerte del patrón. Para que la junta determine o no su procedencia debe considerar la naturaleza y clase de las labores desarrolladas por el trabajador

Los artículos 53, fracción V y 434, fracción I, de la Ley Federal del Trabajo establecen como causas de terminación de la relación de trabajo, entre otras, la muerte del patrón. Ahora bien, para que la Junta determine si procede o no la terminación del vínculo laboral por dicha causa, debe considerar la naturaleza y clase de las labores desarrolladas por el trabajador, y cuando en el juicio se demuestre que aquél prestaba sus servicios de manera personal al patrono, como en el caso del servicio doméstico, la defunción del empleador trae como consecuencia legal el fin de la relación de trabajo de conformidad con los dispositivos legales citados.⁹

⁸ Tesis: IX.1o.18 L, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, tomo XIII, marzo de 2001, p. 1744, Tesis Aislada (Laboral).

⁹ Tesis: XIX.1o.P.T.5 L, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, tomo XXIV, noviembre de 2006, p. 1094, Tesis Aislada (Laboral).

PERSPECTIVA DE GÉNERO EN MATERIA LABORAL

YARITZA PÉREZ PACHECO*

1. INTRODUCCIÓN

El Derecho Laboral es una rama de las ciencias jurídicas que impacta de manera significativa en las sociedades, debido a que de su correcta aplicación dependerá, en gran medida, el buen funcionamiento y desarrollo de las instituciones económicas, empero, actualmente, se enfrenta a múltiples cambios que conllevan nuevas maneras de dirimir los conflictos derivados de las relaciones laborales y tienen como objetivo alcanzar la justicia social, tal es el caso de los criterios que se han adoptado en México y a nivel internacional respecto de la perspectiva de género.

En este sentido, a nivel internacional se han firmado distintos tratados como lo son la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer¹ y la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, mejor conocida como Convención de Belém do Pará,² los cuales buscan establecer un marco de igualdad legal que permita a las mujeres desarrollarse plenamente.

* Doctora en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Magister Scientiarum en Derecho Internacional Privado y Comparado y Abogada por la Universidad Central de Venezuela (UCV). Profesora de Derecho Internacional Privado. Ex directora de la Escuela de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la UCV. Integrante del Sistema Nacional de Investigadores del CONACyT. Actualmente es la Subdirectora de Investigación del Centro de Investigaciones Judiciales de la Escuela Judicial del Estado de México.

¹ Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, 1979.

² Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, 1994, ratificada por México en 1998.

A nivel nacional la Suprema Corte de Justicia de la Nación emitió el *Protocolo para juzgar con perspectiva de género*,³ en el cual señala que “juzgar con perspectiva de género implica hacer realidad el derecho a la igualdad. Responde a una obligación constitucional y convencional de combatir la discriminación por medio del quehacer jurisdiccional para garantizar el acceso a la justicia y remediar, en un caso concreto, situaciones asimétricas de poder.”

Es así que, este enfoque dentro del Derecho Laboral es una expresión del avance social que busca la igualdad y la formación de instituciones más justas, ello en razón de la apertura que pretende lograr al brindar una oportunidad real de obtener la protección del Estado a las personas que se encuentran en situaciones de desventaja por cuestiones de género o preferencias sexuales.

A continuación, se presentan una serie de criterios jurisprudenciales y tesis aisladas que marcan la pauta para juzgar con perspectiva de género en materia laboral.

2 JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

2.1. Acceso a la justicia en condiciones de igualdad. Elementos para juzgar con perspectiva de género

Del reconocimiento de los derechos humanos a la igualdad y a la no discriminación por razones de género, deriva que todo órgano jurisdiccional debe impartir justicia con base en una perspectiva de género, para lo cual, debe implementarse un método en toda controversia judicial, aun cuando las partes no lo soliciten, a fin de verificar si existe una situación de violencia o vulnerabilidad que, por cuestiones de género, impida impartir justicia de manera completa e igualitaria. Para ello, el juzgador debe tomar en cuenta lo siguiente: i) *identificar primeramente si existen situaciones de poder que por cuestiones de género den cuenta de un desequilibrio entre las partes de la controversia*; ii) *cuestionar los hechos y valorar las pruebas desechando cualquier estereotipo o prejuicio de género*, a fin de

³ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Protocolo para juzgar con perspectiva de género. Haciendo realidad el derecho a la igualdad*, SCJN, 2015.

visualizar las situaciones de desventaja provocadas por condiciones de sexo o género; iii) *en caso de que el material probatorio no sea suficiente para aclarar la situación de violencia, vulnerabilidad o discriminación por razones de género, ordenar las pruebas necesarias para visibilizar dichas situaciones*; iv) *de detectarse la situación de desventaja por cuestiones de género, cuestionar la neutralidad del derecho aplicable*, así como evaluar el impacto diferenciado de la solución propuesta para buscar una resolución justa e igualitaria de acuerdo al contexto de desigualdad por condiciones de género; v) *para ello debe aplicar los estándares de derechos humanos de todas las personas involucradas, especialmente de los niños y niñas*; y, vi) *considerar que el método exige que, en todo momento, se evite el uso del lenguaje basado en estereotipos o prejuicios*, por lo que debe procurarse un lenguaje incluyente con el objeto de asegurar un acceso a la justicia sin discriminación por motivos de género.⁴

2 JURISPRUDENCIAS Y TESIS AISLADAS EN MATERIA LABORAL

2.1. Categorías sospechosas

a) Perspectiva de género en materia laboral. La falta de participación de la trabajadora en actividades impuestas por el patrón como parte de su trabajo, que no revelan una desatención al deber de obrar con intensidad, calidad y esmero, no pueden derivar en una consecuencia desfavorable para aquella.

Desde la perspectiva de género, si la circunstancia de que la trabajadora haya decidido no participar y retirarse de ciertas actividades que no revelan una desatención al deber de obrar con intensidad, calidad y esmero, apropiados en el tiempo y lugar convenidos en el trabajo contratado, cuando se advierta que en tal decisión subyacen motivos de índole personal que, desde la perspectiva de género son objeto de tutela debido a que provienen del ámbito interno de una persona del género femenino que, conforme a sus particulares convicciones, gustos o temores, puede válidamente rechazar el participar en actividades cuya obligatoriedad

⁴ Tesis: 1a./J. 22/2016 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, libro 29, tomo II, abril de 2016, p. 836, Jurisprudencia (Constitucional), Resaltado añadido.

pretendió imponerle el patrón bajo la apreciación de que se trata de actividades habituales, generalmente aceptadas, o que se producen tradicionalmente en el ámbito laboral o social y, más aún, siendo actividades que la trabajadora debe realizar como parte de su trabajo, debe considerarse que su realización o no atañe estrictamente al ámbito interno de cada persona, quien debe decidir libremente si es compatible o no con sus convicciones, preferencias o temores; de manera que no debe derivar en una consecuencia desfavorable para aquélla y, por consiguiente, esa decisión debe ser objeto de tutela jurídica, pues desde la perspectiva de género se justifica que la trabajadora no haya aceptado intervenir en esas actividades, cuando sí desarrolló las otras para las que se le contrató.⁵

b) Oferta de trabajo. Su calificación bajo la perspectiva de género y el derecho a la no discriminación.

Si en la demanda la trabajadora adujo, entre otros hechos, que fue objeto de acoso sexual por un directivo de la empresa demandada, y que esto lo denunció al gerente, quien lejos de tomar las medidas protectoras conducentes, ejerció represalias en su contra, la Junta, al calificar la oferta de trabajo, debe realizar un escrutinio más estricto de la propuesta pues, además de verificar las condiciones fundamentales de la relación laboral como el puesto, salario, jornada u horario que, por regla general y conforme a la jurisprudencia, debe tomar en consideración; en este tipo de casos, debe tener en cuenta lo que el empleador respondió al contestar la demanda, en términos del artículo 878, fracción IV, de la Ley Federal de Trabajo, vigente hasta el 30 de noviembre de 2012, dado que si se condujo con evasivas, al omitir informar si investigó o no los hechos relativos al acoso sexual laboral, no obstante que el artículo 132, fracción VI, de la referida ley y vigencia, le impone la obligación de guardar a los trabajadores la debida consideración, absteniéndose de maltrato de palabra o de obra, lo que se traduce en que el ambiente laboral a su cargo debe estar libre de cualquier trato atentatorio contra la dignidad, integridad y seguridad de la trabajadora.

Es indudable que el ofrecimiento de trabajo debe calificarse de mala fe, por más que las referidas condiciones fundamentales de la relación

⁵ Tesis: XI.1o.A.T.41 L (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, libro 50, tomo IV, enero de 2018, p. 2211, Tesis aislada (Laboral).

laboral aparezcan bondadosas, pues lo contrario implicaría obligar a la empleada a exponerse a un ambiente hostil a su dignidad, integridad y seguridad. Adicionalmente, deberá dar vista a la Inspección del Trabajo, para que proceda conforme a sus atribuciones, en términos del artículo 540, fracción I, de la propia ley, habida cuenta que a partir de la reforma al artículo 1o., de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 10 de junio de 2011, es obligación de nuestro país observar lo dispuesto por la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres (Convención Belém do Pará), en cuyo artículo 7, apartados b y c, debe procederse con la debida diligencia para investigar y sancionar la violencia contra la mujer, entre los que quedan incluidos los casos de acoso laboral, respecto a los cuales no existe reglamentación específica.⁶

c) Defensa adecuada de trabajadoras embarazadas. Al tratarse de un grupo vulnerable que obliga a juzgar con perspectiva de género, si la junta advierte que aquéllas desconocen las reglas jurídicas del proceso laboral motivo de su despido y carecen de asesoramiento para comparecer al juicio, ello constituye una violación que amerita reponer el procedimiento.

El artículo 692, fracción II, de la Ley Federal del Trabajo, vigente a partir del 1o. de diciembre de 2012, prevé el derecho de las personas físicas que ocurran a juicio como partes a contar con una adecuada defensa técnica legal, al poder ser representadas por un abogado o asesor legal con cédula profesional o carta de pasante vigente expedida por autoridad competente. Lo anterior cobra relevancia cuando se actualiza la circunstancia de que la actora en el juicio laboral aduce como causa del despido su condición de embarazo, pues ello genera la obligación de juzgar con perspectiva de género, ya que las mujeres que trabajan y están embarazadas, deben considerarse como un grupo vulnerable que durante diversas generaciones han sido objeto de discriminación; debido a su estado de gestación, difícilmente son contratadas por algún patrón, o bien, son despedidas una vez que surge el embarazo, lo cual constituye un “foco rojo” o “categoría sospechosa” que obliga a las autoridades jurisdiccionales a analizar el asunto con perspectiva de género, a fin de lograr la debida protección de los derechos humanos de ese grupo vulnerable, ello atento

⁶ Tesis: XIX.2o.1 L (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, libro XXV, tomo 3, p. 1835, Tesis aislada (Constitucional, Laboral).

a los principios de igualdad y no discriminación previstos en los artículos 1o. y 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como de las obligaciones contraídas por el Estado Mexicano al suscribir la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer y la diversa Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Convención de Belém do Pará”.

Luego, se conculca el derecho humano al debido proceso, en su aspecto de defensa adecuada, previsto en los artículos 8, numeral 2, incisos d) y e), de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y 14 constitucional, cuando la Junta advierta que la trabajadora tiene un desconocimiento total de las reglas jurídicas del proceso laboral y la necesidad de ser asesorada para salvaguardar sus derechos humanos al debido proceso y a una defensa adecuada, lo cual se magnifica cuando se aduce que la causa del despido fue el embarazo y la trabajadora comparece a alguna etapa toral del juicio en el periodo de post parto, verbi-gracia al ofrecimiento y admisión de pruebas sin asistencia jurídica, lo cual la colocaba, per se, en una situación de desigualdad que limita el ejercicio de su derecho de defensa técnica adecuada, lo que constituye una violación procesal que trasciende al resultado del fallo, situación que amerita la reposición del procedimiento a efecto de que la Junta prevenga a la trabajadora a fin de que manifieste si desea continuar su defensa por sí misma, informándole las consecuencias de ello o con un abogado y, de ser el caso, proporcionarle uno o facilitar los medios a su alcance para que reciba asesoría a través de la Procuraduría de la Defensa del Trabajo.⁷

2.2. Valor y distribución de cargas probatorias

a) Ofrecimiento de trabajo. Aun cuando se considere de buena fe, no debe tomarse en cuenta para la distribución de las cargas probatorias cuando el despido se da durante el periodo de embarazo de la trabajadora, al constituir un tema que obliga a juzgar con perspectiva de género.

⁷ Tesis: (X Región)3o.2 L (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, libro 35, tomo IV, octubre de 2016, p. 2856, Tesis Aislada (Laboral).

Si bien la mujer embarazada goza de ciertos derechos y prerrogativas que le reconocen la Constitución y las leyes, debido a su condición física y social en esta etapa de su vida y con posterioridad al nacimiento de sus hijos, lo cierto es que en la realidad muchas mujeres enfrentan la falta de estabilidad en el empleo, por la carga que supone para algunas empresas el otorgar una licencia de maternidad, que les obligan a suplir a la empleada embarazada con los consiguientes costos, tanto como en la etapa posparto y de lactancia, por las prerrogativas que la ley impone conceder a las madres trabajadoras. Ante esta situación de mayor vulnerabilidad, esta Segunda Sala determina que estos casos ameritan aplicar la herramienta de perspectiva de género, que implica reconocer la realidad socio-cultural en que se desenvuelve la mujer y eliminar las barreras y obstáculos que la colocan en una situación de desventaja en un momento en que de manera particular requiere gozar de la atención médica necesaria del periodo pre y postnatal y de las demás prestaciones de seguridad social que garanticen el bienestar del menor, lo que exige una mayor y particular protección del Estado, con el propósito de lograr una garantía real y efectiva de sus derechos. En este sentido, el reconocimiento de los derechos de la mujer a una vida libre de violencia y discriminación, y de acceso a la justicia en condiciones de igualdad, exige que todos los órganos jurisdiccionales del país impartan justicia con perspectiva de género, por lo que las mujeres trabajadoras deben ser protegidas de manera especial durante los periodos de embarazo y licencia postnatal, pues por ese solo hecho sufren discriminación laboral, lo cual incide en una violación sistemática a sus derechos humanos, al limitar su ejercicio en los relativos al trabajo, a la seguridad social, a la salud y a un proyecto de vida.

Por tanto, en cumplimiento al deber de juzgar con perspectiva de género, cuando el motivo alegado por la trabajadora sea un acto discriminatorio, como el consistente en que el patrón haya dado terminación a la relación de trabajo, porque aquélla se encuentra embarazada o en periodo de licencia postnatal y, posteriormente, en el juicio laboral ofrezca el empleo, el efecto de revertir la carga probatoria carece de operatividad, pues ante la desventaja de la mujer trabajadora el patrón pierde este beneficio procesal y rige la regla general de que a la demandada corresponde la carga de la prueba de acreditar la inexistencia del despido por ese motivo discriminatorio; esta determinación coloca a las partes en la misma posición de acreditar el despido reclamado, es decir, opera la regla general de que corresponde al patrón allegar todos los medios de convicción ne-

cesarios al contar con mayores recursos para ello. Así, la prueba de que los motivos del despido no se encuentran relacionados con el embarazo de la trabajadora corresponde al patrón, e independientemente de que el ofrecimiento de trabajo se considere de buena fe, éste pierde el beneficio procesal de revertir la carga probatoria a la trabajadora embarazada o en periodo de licencia postnatal.⁸

b) Trabajadora embarazada. Si el patrón se excepciona aduciendo que la actora renunció y ésta demuestra que al momento de concluir el vínculo laboral estaba embarazada, el solo escrito de renuncia es insuficiente para demostrar que fue libre y espontánea.

Es criterio reiterado que juzgar con perspectiva de género implica reconocer la realidad sociocultural en que se desenvuelve la mujer, lo que exige una mayor protección del Estado con el propósito de lograr una garantía real y efectiva de sus derechos y eliminar las barreras que la colocan en una situación de desventaja, lo que cobra particular relevancia cuando se encuentra en estado de embarazo, momento en el que requiere gozar de la atención médica necesaria de los periodos pre y post natal y de las demás prestaciones de seguridad social que garanticen el bienestar de ella y del menor.

Por tanto, cuando la parte empleadora opone la excepción de renuncia y la trabajadora demuestra que la terminación de la relación laboral ocurrió encontrándose embarazada, la patronal deberá acreditar que la renuncia fue libre y espontánea; sin que en ningún caso el solo escrito que la contenga sea suficiente para demostrar su excepción, aun en caso de no haberse objetado o habiéndose perfeccionado, sino que se requieren elementos de convicción adicionales. Esto obedece al principio de primacía de la realidad consagrado en el tercer párrafo del artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, toda vez que no es verosímil que la mujer prescinda de su empleo por lo gastos que implica el alumbramiento y la necesidad de acceder a la atención médica, aunado a que existe una práctica común de ejercer actos de coacción con motivo del embarazo.⁹

⁸ Tesis: 2a./J. 66/2017 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, libro 43, tomo II, junio de 2017, p. 1159, Jurisprudencia (Laboral).

⁹ Tesis: 2a./J. 96/2019 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, libro 68, tomo II, julio de 2019, p. 998, Jurisprudencia (Laboral).

c) Despido injustificado durante el periodo de embarazo de la trabajadora. La aplicación del método de perspectiva de género, conlleva una valoración probatoria de especial naturaleza, por lo que el convenio de terminación de la relación laboral, por sí solo, es insuficiente para justificar la ausencia de discriminación en la conclusión del nexo.

El artículo 1o., último párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece que queda prohibida toda discriminación motivada, entre otras, por cuestiones de género, que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y las libertades de las personas. Así, en la jurisprudencia 2a./J. 66/2017 (10a.), de título y subtítulo: “Ofrecimiento de trabajo. Aun cuando se considere de buena fe, no debe tomarse en cuenta para la distribución de las cargas probatorias cuando el despido se da durante el periodo de embarazo de la trabajadora, al constituir un tema que obliga a juzgar con perspectiva de género.”, la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación estableció que al juzgar con perspectiva de género, lo que se pretende es detectar y eliminar obstáculos que discriminan a las personas por condición de sexo, es decir, se imparte justicia considerando las situaciones de desventaja que impiden la igualdad por cuestión de género; asimismo, señaló que cuando en un juicio se reclama que el despido de una trabajadora tuvo como origen un acto de la naturaleza invocada, debe aplicarse ese método analítico, por la sola circunstancia de su categoría, pues la extinción de la relación laboral por esa causa vulnera derechos fundamentales, como el derecho al trabajo, a la seguridad social, a la salud (por falta de atención médica) y a la estabilidad en el empleo. En ese sentido, si el patrón ofrece el empleo, el efecto de revertir la carga probatoria carece de operatividad, ante la desventaja de la actora, y rige la regla de que a él corresponde acreditar la inexistencia del despido.

Así, conforme a la herramienta de juzgar con perspectiva de género, y en observancia al principio de conciencia en la apreciación de los hechos, que rige la actuación de las Juntas de Conciliación y Arbitraje en términos del artículo 841 de la Ley Federal del Trabajo, emerge el deber de realizar una valoración probatoria de especial naturaleza, que implica: a) Atender al contexto en que se aduce la extinción del vínculo laboral (etapa de embarazo de la trabajadora), en la cual prevalece una protección reforzada dentro del periodo de gestación, así como los previos y posteriores al parto; b) Examinar el caso bajo un escrutinio más

riguroso y un estándar probatorio más elevado, a fin de determinar si se justificó la carga procesal del patrón, por lo que el problema jurídico no debe ser visto desde una óptica tradicional, sino que, dada la condición de desventaja, se requiere de parámetros más altos para colocar a las partes en la misma posición frente al despido reclamado, lo que se refleja en la exigencia de mayores elementos de convicción para demostrarlo; c) Llevar a cabo un estudio de razonabilidad que, en el supuesto de que el patrón oponga la excepción de terminación de la relación de trabajo por parte de la empleada mediante un convenio por consentimiento, se traduce en analizar si el enlace entre los hechos acreditados (embarazo de la operaria y el convenio de terminación) con sus consecuencias (cese de beneficios de seguridad social y demás prestaciones) es coherente con la situación fáctica de la actora; es decir, si resulta razonable que una mujer en estado de gravidez decida concluir la relación laboral en una etapa de su vida en que más necesita del trabajo para contar con atención médica y seguridad social. En esa virtud, aun cuando se otorgue valor probatorio al convenio presentado por la empleadora y que éste cumpla con los requisitos legales, ese documento, por sí solo, no tiene el alcance convictivo para justificar la carga probatoria de la demandada por lo que hace a la controversia del despido aducido, esto es, demostrar la ausencia de discriminación en la terminación del vínculo, pues acorde con el contexto fáctico en que se ubica, la decisión plasmada en él no es creíble frente a la serie de necesidades propias de la condición de gestación de la trabajadora (nacimiento del hijo, solventar la alimentación, sustento económico, beneficios de seguridad social y atención médica); siendo indispensable aportar otros elementos que, concatenados entre sí, evidencien que fue voluntad de la trabajadora concluir el nexo laboral pese a su condición de embarazo y, por ende, que justifiquen el débito procesal correspondiente, pues tratándose del despido de una mujer en estado de gravidez, el deber de juzgar con perspectiva de género implica apartarse de resultados formalistas y, paralelamente, conlleva una apreciación de los hechos y pruebas en conciencia, conforme a un estándar probatorio más elevado, que permita valorar los medios aportados con apego a un estudio de razonabilidad.¹⁰

¹⁰ Tesis: XVII.1o.C.T.73 L (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, libro 65, tomo III, abril de 2019, p. 2008, Tesis Aislada (Laboral).

2.3. Casos en los que no se configuran los supuestos para juzgar con perspectiva de género

a) Violencia de género y discriminación. No se configuran por el hecho de que la acción laboral haya sido ejercida por un trabajador jubilado y no obtenga resolución definitiva favorable.

La circunstancia de que el quejoso sea un trabajador jubilado y no haya obtenido resolución definitiva favorable en cuanto a la acción laboral que intentó, no puede llevar a establecer, por sí sola, que fue con motivo de que la autoridad jurisdiccional responsable le haya aplicado un trato discriminatorio, si del análisis de las constancias que integran el sumario de origen no se advierte una atención o trato diferenciado en el procedimiento jurisdiccional hacia el actor por ser jubilado y que ello le impidiera el pleno y efectivo ejercicio del derecho de igualdad, o bien, que se hubiese hecho uso de algún lenguaje basado en estereotipos o prejuicios. En esas condiciones, al no estar ante un caso que amerite juzgar con perspectiva de género para determinar si, efectivamente, la realidad socio-cultural en que se desenvuelve un trabajador en ese estatus lo colocó en una situación procesal de desventaja, se concluye que la decisión de la autoridad responsable, a partir del análisis de la litis definida en el juicio, desde la óptica de la procedencia de derechos y obligaciones que establecen las normas laborales, no puede estimarse violatoria de la equidad de género; esto, al margen de si lo ahí decidido es o no apegado a derecho por causas jurídicas, sustantivas o adjetivas.¹¹

b) Violencia de género y discriminación. No se configuran por el hecho de que la acción laboral haya sido ejercida por una mujer y no obtenga resolución favorable.

La circunstancia de que la quejosa sea mujer y no haya obtenido resolución definitiva favorable en cuanto a la acción laboral que intentó, no puede llevar a establecer, por sí sola, que fue con motivo de que la autoridad le haya aplicado un trato discriminatorio, si del análisis de las constancias que integran el sumario natural no se advierte una atención o trato diferenciado en el procedimiento jurisdiccional hacia la actora

¹¹ Tesis: VII.2o.T.228 L (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, libro 69, tomo IV, p. 4680, agosto de 2019, Tesis Aislada (Constitucional, Laboral).

por ser del sexo femenino, y que ello le impidiera el pleno y efectivo ejercicio del derecho a la igualdad, o bien, que se hubiese hecho uso de algún lenguaje basado en estereotipos o prejuicios. En esas condiciones, al no estar ante un caso que amerite juzgar con perspectiva de género para determinar si, efectivamente, la realidad socio-cultural en que se desenvuelve la mujer colocó a la trabajadora en una situación de desventaja, se concluye que la decisión de la autoridad responsable, a partir del análisis de la litis definida en el juicio, desde la óptica de la procedencia de derechos y obligaciones que establecen las normas laborales, no puede estimarse violatoria de la equidad de género.¹²

c) Violencia de género y discriminación. No se configuran por el hecho de que la persona que fue despedida sea mujer, aun cuando el despido sea injustificado, sin que ello exima al tribunal de amparo de verificar íntegramente las actuaciones del juicio laboral a fin de constatar o descartar aquel tipo de conductas.

Si en el juicio laboral, en específico en la demanda, la actora dentro de sus argumentos indica que fue despedida injustificadamente, entre otras circunstancias, por ser mujer y que, por tanto se violaron en su perjuicio diferentes preceptos de la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, esos señalamientos, por sí mismos, no conllevan estimar que efectivamente se ejerció en su contra violencia de género y discriminación, aun cuando se haya acreditado el despido injustificado alegado. Ello, porque en principio, la Junta debe analizar la litis en el juicio desde la perspectiva de derechos y obligaciones que establecen las normas laborales en las relaciones entre trabajadores y patrones, y a partir de ahí resolver el problema sometido a su jurisdicción. Sin embargo, dada la naturaleza de las manifestaciones que formula la quejosa en la demanda de amparo, y conforme al artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como de las tesis de jurisprudencia P./J. 5/2016 (10a.) y 1a./J. 22/2016 (10a.) y aislada 1a. XCIX/2014 (10a.), emitidas por el Pleno y la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, respectivamente, el tribunal de amparo debe estudiar las constancias que obran en el juicio laboral,

¹² Tesis: VII.2o.T.179 L (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, libro 59, tomo III, octubre de 2018, p. 2536, Tesis Aislada (Constitucional, Laboral).

a fin de verificar si de ellas se advierte que el patrón desplegó en contra de la trabajadora alguna conducta de violencia de género o discriminación, sólo por ser mujer y que ello haya derivado en la terminación de la relación laboral.¹³

¹³ Tesis: I.16o.T.9 L (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, libro 49, tomo IV, diciembre de 2017, p. 2278, Tesis Aislada (Común, Laboral).

HISTORIA DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MÉXICO

IDEAS PRECURSORAS DEL DERECHO LABORAL MEXICANO

ATANASIO SERRANO LÓPEZ*

Las dramáticas huelgas de Cananea, Sonora, del 1° de junio de 1906 y Río Blanco, Veracruz, del 7 de enero de 1907, no solo estremecieron al régimen porfirista, sino afirmaron sus movimientos como precursores de la revolución que estallaría cuatro años más tarde. Mineros y obreros, que no podían seguir viviendo con salarios de hambre se rebelaron contra la injusticia de los patrones.

Esas suspensiones de trabajo, impuestas por obreros al iniciar el siglo XX, tienen en el Estado de México un precedente histórico. En el mes de diciembre de 1872 obreros de la fábrica “La Colmena” situada en Tlalnepantla, México, se declararon en huelga, por considerar inequitativos los salarios. La creación de una comisión obrera, encargada de vigilar el pago de salarios justos, puso fin al paro laboral. Tres años después las fábricas de San Ildefonso, Miraflores y La Colmena y, nuevamente, suspenden labores para exigir la reducción de la jornada laboral y la cancelación del trabajo nocturno, llamado por los trabajadores afectados, como “las veladas”.

En los años 1883 y 1898, las inconformidades continúan en las fábricas citadas. Los patrones pretendían disminuir salarios. Los obreros son favorecidos con la cancelación de la injusta medida patronal.

La fábrica Miraflores, recibe al siglo XX con una huelga, no hay negociaciones. Los líderes son procesados penalmente. En diciembre de 1906, a seis meses del trágico paro de Cananea, Sonora, se da en esa factoría otro paro laboral.

* Licenciado en Derecho por la Universidad Autónoma del Estado de México (UAEM), institución en la que impartió clases de Filosofía del Derecho, Derecho Político y Derecho Agrario. Actualmente es cronista del Poder Judicial del Estado de México.

Esas huelgas reprimidas, son precursoras de la Primera Revolución Social del siglo XX: El constituyente mexicano al incorporar los derechos de los trabajadores a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se instituye como la primera en el mundo que integra a su cuerpo las Garantías Sociales.

Esos ideales de lucha social, quedaron consagrados en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, promulgada en la ciudad de Querétaro el 5 de febrero de 1917. El artículo 123 constitucional fracción XX faculta a las Juntas de Conciliación y Arbitraje, tramitar y revisar conflictos o diferencias, suscitados entre el trabajo y el capital.

Ante la ausencia de una autoridad, encargada de tutelar los derechos de los trabajadores, poner fin a los conflictos obrero patronales, en el estado, el gobernador Agustín Millán el 27 de noviembre de 1917, expidió el Reglamento Provisional para el Funcionamiento de las Juntas de Conciliación y Arbitraje del Estado de México, publicado en el periódico oficial el 5 de diciembre de 1917.

El reglamento establecía la jurisdicción de cuatro distritos obreros:

- Toluca, ejercía jurisdicción en los Distritos Rentísticos y Judiciales de Ixtlahuaca, Lerma, Tenango y Tenancingo.
- Tlalnepantla, asimilaba jurisdiccionalmente, Cuautitlán, Zumpango, Chalco, Otumba, Texcoco y Jilotepec.
- Sultepec, comprendía además Temascaltepec.
- El Oro de Hidalgo, ejercería jurisdicción únicamente en su área territorial.

Siete meses después de promulgada la Carta Magna, nacerían las Juntas de Conciliación y Arbitraje en el Estado de México, como una necesidad de mantener la armonía entre trabajadores y patrones; diez años antes de que, el ejecutivo federal expidiera el 27 de septiembre de 1927, un decreto que creaba la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje y las Juntas Federales de Conciliación.

Empezarían a operar en el mismo mes de expedido por el Reglamento. La Junta de Conciliación y Arbitraje de Toluca, dictó una primera resolución el 21 de diciembre de 1917. Condenó a la empresa “Luz Eléctri-

ca de San Pedro” al pago de una pensión a la viuda e hijo del trabajador Juan Miranda.

La composición de las juntas la integraban tres representantes de los trabajadores, y tres del capital, tendrían dos suplentes; un representante del gobierno y un secretario, designados por el Ejecutivo Local.

El mismo reglamento, establecía el procedimiento a seguir en las controversias entre capital y trabajo. Era sumario. En una sola audiencia quedaba resuelto el conflicto.

En atención a que, en los últimos años de la década veinte del siglo anterior, había una serie de conflictos de trabajo, que trascendían la jurisdicción de las Juntas Locales de Conciliación y Arbitraje; la abundancia de leyes laborales, diferentes e inequitativas para los trabajadores, que evidentemente violaban sus derechos laborales. La Ley Federal del Trabajo, promulgada en 1930 federalizó la legislación laboral. La Ley Reglamentaria dispuso que fuera facultad exclusiva de la federación la regulación de las relaciones obrero-patronales; estableciendo, las ramas en las que las Juntas Federales y las Juntas Locales serían competentes.

El periódico oficial del gobierno del Estado de México el 4 de junio de 1930, publicó el decreto No. 40, expedido por la Legislatura del Estado, que daría paso a vigencia de la Ley Reglamentaria de las Juntas de Conciliación y Arbitraje del Estado de México.

Esta nueva ley modificaba la estructura territorial de las juntas, del 5 de diciembre de 1917. Dispuso que el estado se dividiera en tres distritos obreros:

- Toluca, jurisdiccionalmente comprendía los Distritos Rentísticos y Judiciales de Ixtlahuaca, Lerma, Tenango, Tenancingo y el Oro de Hidalgo.
- Tlalnepantla, se integraba con Cuautitlán, Zumpango, Otumba, Texcoco y Jilotepec;
- Sultepec, se componía con Temascaltepec y Valle de Bravo.

En la cabecera de cada distrito obrero, habría una Junta de Conciliación y Arbitraje. Estas, conocerían todos los conflictos surgidos entre trabajadores y patrones, en sus respectivas jurisdicciones, aun cuando el domicilio de la empresa estuviese fuera de su jurisdicción. Exceptuando

los conflictos, cuyo conocimiento estuviere reservado a la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje.

La nueva reglamentación determina que Junta de Conciliación y Arbitraje de Toluca, tendría carácter de Central. De acuerdo con la fracción IX del Artículo 123 constitucional, solo atendía lo concerniente a la fijación del salario mínimo y el reparto de utilidades.

El artículo 4° del reglamento dispone que la junta estaría integrada por un Presidente, éste sería un representante del gobierno; un Secretario y tres representantes de los obreros, otros tres representarían a los patrones. A los representantes del capital y de trabajo presentaban una terna al gobierno para de ella, seleccionar a quien sería presidente.

Esta ley, la de 1930, previa a la Ley Federal del Trabajo de 1931, resultó ser un ordenamiento acorde a las exigencias que los obreros y patrones planteaban. Contenía un procedimiento en el que, la conciliación apresuraba el trámite de los conflictos sometidos a la competencia de las juntas. Además, facultaba al gobernador de hacer mediante efectivos los fallos de las autoridades laborales con un procedimiento de ejecución administrativa.

En virtud de lo dispuesto por el artículo décimo cuarto transitorio de la Ley Federal del Trabajo de 1931, todas las leyes y decretos expedidos por las legislaturas estatales fueron derogadas.

En el Estado de México se acató la orden, concentrando en la ciudad de Toluca a la Junta Central de Conciliación y Arbitraje del Estado de México; ajustando en consecuencia, sus funciones de acuerdo con los lineamientos de la nueva legislación federal.

Esta junta central, en términos de su competencia registró el 6 de octubre de 1931, por vez primera una organización sindical: el Sindicato de Empleados de Hoteles, Restaurantes y Similares.

Durante el mandato del gobernador Juan Fernández Albarrán dictó el 1° de octubre de 1966 un acuerdo que creo el Grupo Especial Cuatro de la Junta Central de Conciliación y Arbitraje del Estado de México, al mismo tiempo fundó la Junta Municipal Permanente de Conciliación para los Municipios integrantes de los distritos de Chalco, Cuautitlán, Tlalnepantla, Zumpango y Otumba.

El propósito de instituir este grupo, era atender con mayor rapidez los asuntos expuestos ante la junta que en ese tiempo con tres grupos. Otro fin, fue la desconcentración de la justicia laboral a los distritos del Valle de México; estableciendo en Tlalnepantla una Junta Municipal Permanente de Conciliación. A su jurisdicción correspondían los distritos citados en el párrafo anterior.

Un avance manifiesto en la evolución de la justicia laboral, es la promulgación de la Ley Federal del Trabajo de 1970. La iniciativa, antes de configurarse, el Poder Legislativo convocó a las fuerzas productivas de la nación, trabajadores, patrones, organizaciones sindicales; a juristas conocedores del Derecho del Trabajo, a una consulta para acopiar ideas, opiniones, criterios, propuestas, planes, que la enriquecieran. Sirvieron de base para presentar el proyecto de una innovadora Ley Federal del Trabajo, que entró en vigor el 1º de mayo de 1970, durante el gobierno del presidente Gustavo Díaz Ordaz.

Esta ley excluyó la conceptualización del trabajo del ámbito del Derecho Civil, en virtud de que esa rama del Derecho Privado lo consideraba como artículo comercial. A partir de esta ley, el trabajo, fue consagrado como un derecho.

Como consecuencia de la Ley Federal del Trabajo, los gobernadores de los estados, en tres meses reorganizaron las Juntas de Conciliación y Arbitraje.

Las autoridades laborales eran: La Junta de Conciliación Permanente del Valle de México; la Junta Central de Conciliación y Arbitraje; la Dirección del Trabajo y Previsión Social; la Procuraduría de la Defensa del Trabajo y la Oficina de Inspección.

En ese año, por acuerdo del gobernador del Estado de México, Carlos Hank González, publicado en la Gaceta de Gobierno de fecha 12 de agosto de 1970, la Junta Central de Conciliación y Arbitraje, cambio de nominación para convertirse en Junta Local de Coordinación y Arbitraje del Estado de México.

COMENTARIOS

LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO A 100 AÑOS DE SU FUNDACIÓN*

VÍCTOR MANUEL ROJAS AMANDI**

1. LA HISTORIA

La historia del Derecho Internacional reconoce la existencia de organizaciones conformadas por Estados para alcanzar de manera conjunta objetivos que cada uno de ellos individualmente sería incapaz de lograr. Estas formaciones requieren contar con reglas y órganos propios de carácter técnico. Para el logro de los objetivos comunes se ha requerido contar con una voluntad propia que no necesariamente coincide con la de los Estados que forman parte de la misma. Estas organizaciones son titulares de derechos y obligaciones del Derecho Internacional Público por lo que cuentan con personalidad jurídica en este sistema jurídico.

Las acciones en favor de una organización internacional que enfrentara temas laborales se iniciaron en el siglo XIX, y fueron lideradas por dos empresarios, Robert Owen (1771-1853) de Gales y Daniel Legrand (1783-1859) de Francia. Desde finales del siglo XIX, empresarios, docentes universitarios, políticos y humanistas por igual comenzaron a reconocer la necesidad de contar con una legislación laboral internacional. Un ejemplo temprano de la ejecución de ese impulso fue la Asociación Internacional para la Protección Legal de los Trabajadores.

Fundada en Basilea en 1900, la Asociación logró sentar las bases de dos convenios laborales internacionales iniciales; uno prohibía el trabajo nocturno femenino en la industria, y el otro prohibía el uso de fósforo

* La información de este ensayo ha sido tomada esencialmente de la página web de la Organización Internacional del Trabajo, cuya dirección electrónica es: <http://www.ilo.org>

** Doctor en Derecho por la Universidad de Heidelberg en Alemania y Director del Centro de Investigaciones Judiciales de la Escuela Judicial del estado de México.

blanco en la fabricación de cerillas. El ámbito de aplicación se limitaba a Europa y la opinión de los trabajadores aún no se consideraba, pero el trabajo de la Asociación fue la fase de laboratorio determinante de la labor ulterior de la OIT.

Fue hasta después del final de la Primera Guerra Mundial, el 11 de abril de 1919 que la OIT fue creada como parte del Tratado de Versalles que puso fin al conflicto y reflejó la convicción de que la justicia social es esencial para alcanzar una paz universal y permanente.

Su constitución fue elaborada entre enero y abril de 1919 por una Comisión del Trabajo establecida por la Conferencia de Paz, que se reunió por primera vez en París y luego en Versalles. La Comisión, presidida por Samuel Gompers, presidente de la Federación Estadounidense del Trabajo (AFL), estaba compuesta por representantes de nueve países: Bélgica, Cuba, Checoslovaquia, Francia, Italia, Japón, Polonia, Reino Unido y Estados Unidos. El resultado fue una organización tripartita, la única en su género con representantes de gobiernos, empleadores y trabajadores en sus órganos ejecutivos.

La fuerza que impulsó la creación de la OIT fue provocada por consideraciones sobre seguridad, humanitarias, políticas y económicas. Al sintetizarlas, el Preámbulo de la Constitución de la OIT dice que las Altas Partes Contratantes estaban “movidas por sentimientos de justicia y humanidad, así como por el deseo de asegurar la paz permanente en el mundo”.

Había un verdadero reconocimiento a la importancia de la justicia social para el logro de la paz, en contraste con un pasado de explotación de los trabajadores en los países industrializados de ese momento. Había también una comprensión cada vez mayor de la interdependencia económica del mundo y de la necesidad de cooperación para obtener igualdad en las condiciones de trabajo en los países que competían por mercados.

El Preámbulo, al reflejar estas ideas establecía:

- a) Considerando que la paz universal y permanente sólo puede basarse en la justicia social;
- b) Considerando que existen condiciones de trabajo que entrañan tal grado de injusticia, miseria y privaciones para gran número de seres humanos, que el descontento causado constituye una ame-

naza para la paz y armonía universales; y considerando que es urgente mejorar dichas condiciones;

- c) Considerando que, si cualquier nación no adoptare un régimen de trabajo realmente humano, esta omisión constituiría un obstáculo a los esfuerzos de otras naciones que deseen mejorar la suerte de los trabajadores en sus propios países.

Las áreas que podrían ser mejoradas y que fueron enumeradas en el Preámbulo continúan vigentes, por ejemplo:

- a) Reglamentación de las horas de trabajo, incluyendo la duración máxima de la jornada de trabajo y la semana;
- b) reglamentación de la contratación de mano de obra, la prevención del desempleo y el suministro de un salario digno;
- c) protección del trabajador contra enfermedades o accidentes como consecuencia de su trabajo;
- d) protección de niños, jóvenes y mujeres.
- e) pensión de vejez e invalidez, protección de los intereses de los trabajadores ocupados en el extranjero;
- f) reconocimiento del principio de igualdad de retribución en igualdad de condiciones;
- g) reconocimiento del principio de libertad sindical;
- h) organización de la enseñanza profesional y técnica, y otras medidas similares.

La OIT ha realizado aportes importantes al mundo del trabajo desde sus primeros días. La primera Conferencia Internacional del Trabajo en Washington en octubre de 1919 adoptó seis Convenios Internacionales del Trabajo, que se referían a las horas de trabajo en la industria, desempleo, protección de la maternidad, trabajo nocturno de las mujeres, edad mínima y trabajo nocturno de los menores en la industria.

La OIT estableció su sede en Ginebra en el verano de 1920 con el francés Albert Thomas como primer presidente de la Oficina Internacional del Trabajo, que es la secretaría permanente de la Organización. Con gran ímpetu impulsó la adopción de 9 Convenios Internacionales del Trabajo y 10 Recomendaciones en menos de dos años.

No se debe pasar por alto que una característica propia de la Sociedad de Naciones consistió en asumir tareas que tradicionalmente no correspondían a los temas de cooperación internacional, tal como se conocía con anterioridad a al conflicto internacional, tales como: la economía, la cultura y los temas sociales. Este trabajo se llevó a cabo mediante el trabajo propio de la sociedad de las Naciones o mediante la coordinación de actividades de organizaciones que gozaban de su propia personalidad internacional, y que con el tiempo se volvieron organizaciones especiales de la Organización de Naciones Unidas. Estas organizaciones ya no se limitaron al trabajo tradicional de coordinación de las actividades administrativas y de gobierno de los estados, sino que integraron en sus actividades a los actores sociales involucrados en las temáticas que les ocuparon. En el caso de la OIT se integraron en la conferencia general, además de los representantes de los estados, representantes de los trabajadores y de los empresarios, con lo que se trató más de una organización internacional de una verdadera unión administrativa del trabajo. Después de la guerra mundial la OIT se reestructuró.

2. SU ESTATUS

La OIT es una organización internacional interestatal. Como tal cuenta con ocho características fundamentales:

- a) Es una formación constituida permanentemente
- b) Se crea por un acuerdo de Derecho Internacional Público, el que se denomina “Constitución de la OIT”
- c) Sus partes son Estados, los que hoy alcanzan la cifra de 187
- d) El criterio de organización fundamental es la igualdad de los Estados
- e) La función de la organización sirve para alcanzar un fin común permitido por el Derecho Internacional
- f) Cuentan con una voluntad propia
- g) Cuentan con por lo menos un órgano. En términos del Art. 2:

La Organización permanente comprende: (a) la Conferencia General de los representantes de los Miembros; (b) el Consejo de

Administración, compuesto como lo indica el artículo 7; y (c) la Oficina Internacional del Trabajo, que estará bajo la dirección del Consejo de Administración.

- h) Es titular de derechos y obligaciones del Derecho Internacional Público.

Entre las reuniones de la Conferencia, la OIT está dirigida por el Consejo de Administración, el que está compuesto por 28 miembros gubernamentales, 14 miembros de los empleadores y 14 miembros de los trabajadores. El Secretariado de la OIT, la Oficina Internacional del Trabajo, tiene su sede en Ginebra, Suiza, y mantiene oficinas en el terreno en más de 40 países. En su 50° aniversario, en 1969, la OIT fue galardonada con el Premio Nobel de la Paz. El actual Director General de la OIT es el Sr. Guy Ryder.

La Constitución de la OIT contiene una serie completa de disposiciones que confían a la Oficina Internacional del Trabajo y a otros órganos de la OIT el control del cumplimiento de las obligaciones que los Estados miembros individuales han asumido con respecto a dichos acuerdos, en especial la obligación de informar, en particular, sobre la transformación de acuerdos no autoejecutables en legislación nacional. Los gobiernos de los Estados miembros quedan obligados, de conformidad con el artículo 19, 5.b de los Estatutos de la OIT, a dar a conocer a sus órganos legislativos dentro de los doce meses siguientes a que el Acuerdo del Trabajo haya sido acordados por la Conferencia Internacional del Trabajo, para que los mismos puedan decidir aceptar o rechazar el Acuerdo

La Organización Internacional del Trabajo (OIT) está consagrada a la promoción de la justicia social, de los derechos humanos y laborales reconocidos internacionalmente, persiguiendo su misión fundadora: la justicia social es esencial para la paz universal y permanente. Esta misión la lleva a cabo mediante la creación de normas del trabajo, formular políticas laborales y la elaboración de programas tendientes a la promoción del trabajo decente, la remuneración digna, el mejoramiento de la cobertura y de la calidad de la seguridad social de todos los seres humanos y el fortalecimiento del tripartismo y del diálogo social.

La OIT forma parte de una gran familia de organizaciones encabezadas por la ONU. No obstante, la OIT cuenta con una personalidad jurídica propia y con estados miembro que no necesariamente son exactamente

los mismos que los de la ONU. Sin embargo, actúan coordinadamente con otras organizaciones internacionales para el desarrollo de los programas sociales de Naciones Unidas.

3. LA CREACIÓN NORMATIVA DE LA OIT

Los fundadores de la OIT consideraron que el establecimiento de normas internacionales del trabajo, así como el control de su aplicación constituye una estrategia clave para avanzar progresivamente hacia la justicia social como base de una paz y seguridad duraderas.

Durante el siglo transcurrido desde su fundación, las normas internacionales del trabajo han servido de guía a los países para que, según la Constitución de la OIT de 1919, “adopten un régimen de trabajo realmente humano”, en el entendimiento de que, si cualquier nación no lo hiciera, ello constituiría “un obstáculo a los esfuerzos de otras naciones que deseen mejorar la suerte de los trabajadores en sus propios países”. De esta forma, se considera que las normas internacionales son normas *erga omnes* en cuyo cumplimiento está interesada la comunidad internacional como tal.

Las normas internacionales del trabajo son el componente jurídico de la estrategia de la OIT para gestionar la globalización, promover el desarrollo sostenible, erradicar la pobreza y garantizar que todos se beneficien de condiciones de trabajo decentes y seguras. La Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa hace hincapié en que, a fin de alcanzar los objetivos de la OIT en el contexto de la globalización, la Organización debe «promover la política normativa de la OIT como piedra angular de sus actividades realzando su pertinencia para el mundo del trabajo, y garantizar la función de las normas como medio útil para alcanzar los objetivos constitucionales de la Organización».

Para su estudio y sistematización estas normas se dividen en convenios, que son tratados internacionales legalmente vinculantes que pueden ser ratificados por los Estados Miembros, o recomendaciones, que actúan como directrices no vinculantes. En muchos casos, un convenio establece los principios básicos que deben aplicar los países que lo ratifican, mientras que una recomendación relacionada complementa al convenio, proporcionando directrices más detalladas sobre su aplicación.

Las recomendaciones también pueden ser autónomas, es decir, no vinculadas con ningún convenio.

Los convenios y las recomendaciones son preparados por representantes de los gobiernos, de los empleadores y de los trabajadores, y se adoptan en la Conferencia Internacional del Trabajo de la OIT, que se reúne anualmente. Una vez adoptadas las normas, se requiere de sus Estados Miembros las sometan a sus autoridades competentes (normalmente el Parlamento) para su examen. En el caso de los convenios, se trata de examinarlos de cara a su ratificación. Si un país decide ratificar un convenio, en general, éste entra en vigor para ese país un año después de la fecha de la ratificación. Los países que ratifican un convenio están obligados a transformarlo en su legislación –esto significa que se redactan como normas *non self executing*– y en la práctica nacional, y tienen que enviar a la Oficina memorias sobre su aplicación a intervalos regulares. Además, pueden iniciarse procedimientos de reclamación y de queja contra los países por violación de los convenios que han ratificado.¹ Como ejemplo podemos mencionar el Art. 2 del *Protocolo de 2002 relativo al Convenio sobre seguridad y salud de los trabajadores*, mismo que establece:

La autoridad competente deberá por medio de leyes o reglamentos, o por cualquier otro medio compatible con las condiciones y la práctica nacionales, y tras celebrar consultas con las organizaciones de empleadores y de trabajadores más representativas establecer y reexaminar periódicamente los requisitos y procedimientos para:

- a) el registro de los accidentes del trabajo, las enfermedades profesionales y, cuando sea procedente, los sucesos peligrosos, los accidentes de trayecto y los casos de enfermedades cuyo origen profesional es sospechoso, y
- b) la notificación de los accidentes del trabajo, las enfermedades profesionales y, cuando sea procedente, los sucesos peligrosos, los accidentes de trayecto y los casos de enfermedades cuyo origen profesional es sospechoso.

En la actualidad existen 190 convenios, 203 recomendaciones y 6 Protocolos, datando algunos de 1919. Como puede esperarse, algunos de estos

¹ Vázquez, Carlos Manuel, “Treaties as law of the land: the supremacy clause and the judicial enforcement of treaties”, *Harvard Law Review*, vol. 122, num. 2, december 2008, pp. 630-631.

instrumentos ya no corresponden a las necesidades del presente. Para abordar este problema, la OIT adopta convenios revisores que sustituyen a convenios más antiguos, o protocolos que añaden nuevas disposiciones a convenios más antiguos. La Conferencia Internacional del Trabajo puede aprobar el retiro de recomendaciones o de convenios que no han entrado en vigor.

Entre 1995 y 2002, el Consejo de Administración de la OIT realizó una revisión de todas las normas de la OIT adoptadas antes de 1985, excepción hecha de los convenios fundamentales y de los convenios de gobernanza, a efectos de considerar si se requería su revisión. Como consecuencia de esa revisión, 71 convenios, incluidos los convenios fundamentales y los adoptados después de 1985, se designaron como actualizados y se recomendó su promoción activa.

En lo que atañe al resto de las normas, el Consejo de Administración decidió que algunas necesitaban una revisión, otras tenían un estatus provisional, otras eran obsoletas y otras requerían más información y estudios. Además, en 1997 la Conferencia Internacional del Trabajo adoptó una enmienda a la Constitución de la OIT que permitiría la derogación de un convenio en vigor, pero reconocido como obsoleto, si dos tercios de los delegados votaran a favor de dicha medida. Esta enmienda ha sido ratificada hasta la fecha por 120 Estados y necesita dos ratificaciones más para su entrada en vigor. Los mandantes de la OIT están contemplando la posibilidad de implementar un mecanismo de examen de las normas con el objeto de garantizar que la OIT cuente con un cuerpo claro y actualizado de normas internacionales del trabajo que responda a las necesidades del mundo del trabajo, brinde protección a los trabajadores y contribuya a la promoción de empresas sostenibles.

El Consejo de Administración de la OIT ha establecido que ocho convenios son *fundamentales*. Estos abarcan temas que son considerados como principios y derechos fundamentales en el trabajo: la libertad de asociación y la libertad sindical, y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva; la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio; la abolición efectiva del trabajo infantil; y la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación. Estos principios también están incluidos en la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales del trabajo (1998). Existen en la actualidad más de 1.367 ratificaciones de estos convenios, lo que representa el 91,4% del número posible de ratifi-

caciones. Se necesitan aún 129 ratificaciones más para lograr el objetivo de la ratificación universal de todos los convenios fundamentales.

Convenios fundamentales:

- a) Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (núm. 87).
- b) Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949 (núm. 98).
- c) Convenio sobre el trabajo forzoso, 1930 (núm. 29).
- d) Convenio sobre la abolición del trabajo forzoso, 1957 (núm. 105).
- e) Convenio sobre la edad mínima, 1973 (núm. 138).
- f) Convenio sobre las peores formas de trabajo infantil, 1999 (núm. 182).
- g) Convenio sobre igualdad de remuneración, 1951 (núm. 100).
- h) Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (núm. 111).

El Consejo de Administración de la OIT también ha designado otros cuatro convenios como instrumentos *prioritarios* o de gobernanza, por lo cual impulsa a los Estados Miembros a su ratificación, en razón de su importancia para el funcionamiento del sistema de normas internacionales del trabajo. Desde 2008, estos convenios están calificados de Convenios de gobernanza, ya que fueron identificados por la *Declaración de la OIT sobre la justicia social para una mundialización equitativa* como las normas que revistan mayor importancia en relación con la gobernanza.

Convenios de Gobernanza:

- a) Convenio sobre la inspección del trabajo, 1947 (núm. 81).
- b) Convenio sobre la política del empleo, 1964 (núm. 122).
- c) Convenio sobre la inspección del trabajo (agricultura), 1969 (núm. 129).
- d) Convenio sobre la consulta tripartita (normas internacionales del trabajo).

Son muchos los países en los que los tratados internacionales ratificados se aplican automáticamente en el ámbito nacional. Así, sus tribunales pueden valerse de las normas internacionales del trabajo para dictaminar

en casos en los que la legislación nacional es inadecuada o no se pronuncia en esa materia, o recurrir a definiciones establecidas en las normas, como la de *trabajo forzoso* o la de *discriminación*.

Además de dar forma a la ley, las normas internacionales del trabajo pueden aportar directrices para el desarrollo de políticas nacionales y locales, como las políticas de empleo, de trabajo y de familia. Pueden utilizarse asimismo para mejorar diversas estructuras administrativas: la administración del trabajo, la inspección del trabajo, la administración de la seguridad social, los servicios del empleo y otros. Al ser utilizadas por órganos de resolución de conflictos laborales, las normas internacionales del trabajo también pueden actuar como una fuente de buenas relaciones laborales aplicadas por órganos de resolución de conflictos laborales y como modelos para los convenios colectivos.

4. MÉXICO ANTE LA OIT

La Constitución de la OIT entró en vigor internacional el 10 de enero de 1920. El gobierno de México se adhirió al tratado el 9 de septiembre de 1931, el Senado aprobó el tratado el 14 del mismo mes y año. Hasta hoy día, de los convenios de la OIT ratificados por México son 80 de los 190 que se han concluido bajo los auspicios de dicha organización.

De los convenios fundamentales México ha ratificado los 8, en tanto que de los de gobernanza sólo ha ratificado uno, el Convenio sobre la Consulta Tripartita (144).

Fue precisamente la aplicación de un convenio de la OIT, el Convenio 87 relativo al derecho de sindicalización, el que dio lugar a una nueva etapa de los tratados en el sistema jurídico mexicano, al asumir que en al ámbito interno los tratados tienen una superior jerarquía respecto a leyes federales y locales.²

² Registro Núm. 6353, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XI, marzo de 2000, p. 442, AMPARO EN REVISIÓN 1475/98. Sindicato nacional de controladores de tránsito aéreo, ministro ponente: Humberto Román Palacios, secretario: Antonio Espinoza Rangel. Tesis: P. LXXVII/99, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. X, noviembre de 1999, p. 46.

PERSPECTIVAS DE LA REFORMA LABORAL EN MÉXICO

TOMÁS H. NATIVIDAD SÁNCHEZ*

1. INTRODUCCIÓN

México fue pionero de los derechos sociales que se elevaron a rango constitucional en 1917¹ y fue ejemplo de los mismos durante muchos años. Nos rigió un marco legal que se estructuró desde la primera Ley Federal del Trabajo de 1931, previa la reforma constitucional de 1929 que federalizó la materia del Trabajo.²

Actualmente, tenemos una serie de cambios en materia de justicia laboral, tanto a nivel nacional e internacional, que nos presentan una reestructuración de instituciones, ello basado en la reforma a la Ley Federal del Trabajo fue publicada el 01 de mayo de 2019, entro en vigor el 02 de mayo del mismo año.³

* Licenciado en Derecho por la Escuela Libre de Derecho, Doctorante por la Universidad Panamericana. Ex director jurídico de Coparmex, consejero y vocero del sector empresarial en la Comisión Nacional de Salarios Mínimos. Rector y maestro de Instituto de Posgrado en Derecho. Profesor de la Especialidad en Derecho Laboral del Posgrado en Derecho de la Universidad Panamericana y conferencista del tema en foros nacionales e internacionales.

¹ *vid.* Artículo 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el diario Oficial de la Federación del 5 de febrero de 1917. Texto original, http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum/CPEUM_orig_05feb1917_ima.pdf

² Secretaría de Gobernación, Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley Federal del Trabajo, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, de la Ley Federal de la Defensoría Pública, de la Ley del Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores y de la Ley del Seguro Social, en materia de Justicia Laboral, Libertad Sindical y Negociación Colectiva, en *DOF*, 1 de mayo de 2019, https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5559130&fecha=01/05/2019

³ Entre los fenómenos nacionales que propician estos cambios se encuentran: Secretaría de Gobernación, Decreto por el que se reforman y adicionan los artículos 107

Esto supone uno de los cambios más trascendentes desde la Constitución de 1917, ya que implica un giro en el tema del Derecho Laboral y la Justicia Laboral dentro de México, que comprende tres líneas fundamentales:

1. Cambio de la justicia laboral del Poder Ejecutivo (Juntas de Conciliación y Arbitraje) al Poder Judicial (Tribunales Laborales).
2. Creación de un Organismo Descentralizado que regulará la conciliación laboral como instancia obligatoria y el control de los registros laborales, denominado Centro Federal de Conciliación y Registro Laboral “CFCRL” (Registro de Sindicatos Federales, Estatales, Municipales, de cualquier ámbito o radio de acción).
3. La reglamentación de la representación de los trabajadores en la firma de los CCT, la certeza en la firma, registro y depósito de los CCT, elección de dirigentes Sindicales, mediante el voto de los trabajadores personal, libre y secreto. Y en algunos supuestos por el voto directo que va más allá de la reforma constitucional y de los otros dos cuerpos legales citados.

2. INSTRUMENTOS INTERNACIONALES QUE TIENEN UNA INFERENCIA EN LA REFORMA LABORAL

2.1. Convenio de 1998 de la OIT

Fue ratificado por el Senado de la Republica en México el 20 de septiembre de 2018.

- a) Pluralidad de la contratación colectiva en los centros de trabajo y fuero sindical de los trabajadores.

y 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en *DOF*, 24 de febrero de 2017, bajo el gobierno del Presidente Enrique Peña Nieto. http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5472965&fecha=24/02/2017 Los de naturaleza internacional son: Convenio 98 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), ratificado por el Senado de la Republica el 20 del mes de septiembre de 2018 y entra en vigor el 21 de septiembre de 2019. Anexo 23-A del Tratado entre México, Estados Unidos y Canadá USMCA o T-MEC que fue aprobado por el Senado de la Republica el 19 de junio de 2019.

- b) Prohibición de todo acto de discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical en relación con su empleo.
- c) Derecho a la sindicación.
- d) Adoptar medidas para estimular y fomentar entre los empleadores y las organizaciones de trabajadores, el pleno desarrollo y uso de procedimientos de negociación voluntaria, con objeto de reglamentar, por medio de contratos colectivos, las condiciones de empleo.

2.2. Anexo 23 A del USMCA (T-MEC)

Negociado por México con USA, contempla todos los cambios derivados de la reforma constitucional y compromete a México a formular la reforma laboral con base en todos los puntos que se establecen en el Anexo, sobre todo en la representatividad de los trabajadores en donde se requiere el voto personal, libre y secreto en todos los supuestos: firma, revisión, terminación, titularidad y vigencia de los contratos colectivos de trabajo y la elección de dirigentes sindicales.

Busca garantizar la efectiva implementación de los derechos laborales fundamentales en la legislación y, promover la transparencia en la aplicación de la legislación laboral.

2.3. Puntos importantes del anexo 23-A del T-MEC

- a) Proporcionar en sus leyes laborales el derecho de los trabajadores a participar en la contratación colectiva o protección colectiva, y a organizar, formar y afiliarse al sindicato de su elección.
- b) Establecer (i) *una entidad independiente para la conciliación y el registro de acuerdos colectivos de negociación sindical* y (ii) *Tribunales de Trabajo independiente para la resolución de conflictos laborales*.
- c) Prever en sus leyes laborales, un *sistema eficaz para verificar que las elecciones de los líderes sindicales se llevan a cabo a través de voto personal, gratuito y secreto de los miembros del sindicato*.
- d) Prever en sus leyes laborales que *las disputas de representación sindical sean llevadas a cabo por los Tribunales de Trabajo a través de una votación secreta*, y no están sujetos a demoras.

- e) Adoptar legislación de conformidad con la Constitución de México, requiriendo: a) *la verificación por parte de la entidad que los acuerdos de negociación colectiva cumplen con los requisitos legales* y b) *para el registro de un contrato colectivo inicial, el apoyo mayoritario, mediante el ejercicio de un voto personal, libre y secreto, de los trabajadores.*
- 6. Todos los acuerdos de negociación colectiva existentes deberán incluir un requisito de apoyo mayoritario, mediante el ejercicio del voto personal, libre y secreto de Trabajadores cubiertos por dichos convenios colectivos; todos los CCT existentes *se revisarán al menos una vez durante los cuatro años posteriores a la entrada en vigencia de la legislación.*
- 7. Disponer en sus leyes laborales que un CCT negociado por el sindicato y los documentos o estatutos que rigen al sindicato se encuentran disponibles de forma fácilmente accesible para todos los trabajadores cubiertos por el contrato colectivo, proporcionar un sitio web centralizado que permita acceso público a todos los contratos colectivos vigentes.
- 8. Los Estados Unidos, Canadá y México esperan que México adopte la legislación antes del 1 de enero de 2019. *Se entiende además que la entrada en vigor del acuerdo puede demorarse hasta que dicha legislación entre en vigencia.*

3. REFORMA LABORAL EN MATERIA DE JUSTICIA LABORAL, LIBERTAD SINDICAL Y NEGOCIACIÓN COLECTIVA

La transición de las Juntas de conciliación y arbitraje a Tribunales laborales tiene dos implicaciones importantes:

- a) La transición de la función jurisdiccional de las Juntas de Conciliación y Arbitraje (dependientes del Poder Ejecutivo), a Tribunales laborales (dependientes del Poder Judicial de la Federación y de las entidades federativas).
- b) Creación de un Organismo Público Descentralizado, que atenderá la conciliación y el registro laboral denominado Centro Federal de Conciliación y Registro Laboral, (CFCRL).

3.1. Funciones del Centro Federal de Conciliación y Registro Laboral (CFCRL)

- a) Función conciliatoria;
- b) Función registral de asociaciones y organizaciones sindicales, contratos colectivos y reglamentos interiores de trabajo;
- c) Auxiliar en la verificación de la mayoría de trabajadores a través del voto personal, libre y secreto para la elección de directivas sindicales y el respaldo a los contratos colectivos de trabajo;
- d) Emisión de “Constancia de Representatividad”.

3.2. Cambios entorno al voto personal, libre y secreto de los trabajadores

El voto personal, libre, y secreto de los trabajadores, será obligatorio en los casos siguientes:

- a) Elección de dirigentes sindicales.
- b) Obtención de “Constancia de Representatividad”.
- c) Conflictos intersindicales (recuento).
- d) Aprobación del contenido de contratos colectivos de trabajo y convenios de revisión.

Elección de Directivas Sindicales Art. 371 y 371 Bis LFT Art. 69 LFTSE		
La elección de directivas sindicales se realizará mediante voto personal, libre, directo y secreto de los afiliados. Esta obligación incluye a los sindicatos de trabajadores al servicio del Estado (Art. 123 Apartado B).	El CFCRL podrá verificar el procedimiento de elección a solicitud de la directiva sindical o de por lo menos el treinta por ciento de los afiliados al sindicato.	En caso de duda razonable sobre la veracidad de la documentación presentada por el sindicato, el CFCRL podrá organizar un recuento para consultar a los trabajadores el sentido de su decisión.

Fuente: Elaboración propia con base en datos de la Ley Federal del Trabajo.

Constancia de Representatividad Art. 390 Bis LFT		
Documento expedido por el CFCRL que acredita que el sindicato cuenta con la representación de al menos el 30% de los trabajadores cubiertos por el contrato.	En caso de que se presente más de una solicitud, el CFCRL consultará a los trabajadores para determinar qué sindicato tendrá la Constancia de Representatividad.	La constancia tendrá una vigencia de seis meses a partir de la fecha en que sea expedida.

Fuente: Elaboración propia con base en datos de la Ley Federal del Trabajo.

4. REQUISITOS Y PROCEDIMIENTO LABORAL DE REGISTRO SINDICAL

4.1. Constancia de representatividad

Cuando un sindicato solicita la celebración del CCT ante el CFCRL, presentando, lista con el 30% mínimo de los trabajadores, con nombre, CURP, fecha de contratación y firma.

El CFCRL publicará el aviso de solicitud de Constancia en los tres días siguientes. Si hay otro sindicato, presentará al CFCRL el listado de 30% de trabajadores en los diez días siguientes. Cuando sólo se presente la solicitud un sindicato, se le otorga la Constancia de Representatividad, siempre y cuando compruebe el apoyo de al menos 30% de los trabajadores, Si se comprueba el apoyo del 30%. El CFCRL otorga la Constancia

Con dos o más sindicatos. El CFCRL integra el padrón en diez días, para validar el respaldo del 30%, mediante voto personal, libre, directo y secreto.

El CFCRL emite la convocatoria (en un término de 10 a 15 días), se publica en su sitio web y en el centro de trabajo, después, se lleva a cabo la votación personal, libre, directa y secreta, en la hora, lugar y fecha señalada.

El CFCRL practica el escrutinio público y cómputo de los votos, anuncia los resultados y otorga la Constancia.

Además de ello, el artículo 390 Ter de la Ley Federal del Trabajo, se establece el requisito del voto personal, libre y secreto de los trabajadores para validar los acuerdos negociados por su sindicato sobre el contenido del contrato colectivo de trabajo o del convenio de revisión. Dicha consulta será convocada y organizada por el sindicato que solicita la firma o revisión contractual.

El CFCRL podrá validar y, en su caso, realizar una nueva consulta en caso de existir duda razonable sobre la legalidad del procedimiento.

5. RÉGIMEN TRANSITORIO

Primero. Vigencia. El Decreto entrará en vigor al día siguiente de su publicación en el DOF.	Entro en vigor el 2 de mayo de 2019:
Segundo. Plazo para expedir Ley Orgánica del Centro Federal. Dentro de los 180 siguientes a que entre en vigor el Decreto. El Congreso de la Unión expedirá la Ley Orgánica del CFCRL.	Que contados a partir del 2 de mayo vencerán el 29 de octubre de 2019.
Tercero. Plazo de inicio de funciones de la Autoridad Registral. El CFCRL iniciará sus funciones en materia de registro de asociaciones sindicales y CCT en un plazo no mayor de dos años. Al día siguiente de que se suspendan el servicio de registro de la STPS y de las JC y A, iniciara operaciones el CF-CRL. Hasta que el CFCRL no inicie funciones las JC y A y la STPS, continuaran con las funciones registrales.	Que vencerá el 2 de mayo de 2021.

Ex Legibus, 11, Octubre 2019: pp. 557-574

Cuarto. Traslado de Expedientes de Registro.	Con una anticipación mínima de seis meses al inicio de las funciones del CFCRL la STPS y las JC y A deberán remitir al CFCRL una relación completa de todos los expedientes con soporte electrónico de cada registro o expediente. El traslado físico de los expedientes federales y locales deberá concluir en un plazo no mayor a un año posterior al inicio de las funciones registrales de dicho CFCRL
Quinto. Plazo de inicio de funciones de la Autoridad Conciliadora Local y Tribunales Locales. Los Centros de Conciliación locales y los Tribunales del Poder Judicial de las Entidades Federativas iniciarán actividades dentro del plazo máximo de tres años. Los Centro de Conciliación locales deberán entrar en operación en cada entidad federativa, en la misma fecha en que lo hagan los Tribunales Locales	Plazo máximo de tres años iniciarán actividades, (el 2 de mayo de 2022).
Sexto. Plazo para el inicio de funciones de la Autoridad Conciliadora Federal y Tribunales Federales Laborales. Dentro del plazo máximo de cuatro años.	Plazo máximo de cuatro años, (el 2 de mayo de 2023).
Séptimo. Asuntos en Trámite:	Los procedimientos en trámite ante la STPS y las JCyA Federales y Locales, serán concluidos por éstas de conformidad con las <i>disposiciones vigentes al momento de su inicio</i>.
Octavo. Asuntos iniciados con posterioridad al Decreto	La STPS y las JCyA federales y Locales continuarán conociendo de los procedimientos individuales, colectivos y registrales que se inicien con

	posterioridad a la entrada en vigor del presente Decreto, (2 de mayo de 2019) hasta en tanto entren en funciones los Tribunales federales y locales y los Centros de Conciliación.
Noveno. Improcedencia de Acumulación de Procesos. Cuando un juicio se encuentre en trámite conforme a las disposiciones de la Ley Federal del Trabajo vigentes con anterioridad a la entrada en vigor del presente Decreto y otro se sustancie conforme a las disposiciones de este Decreto, no procederá la acumulación de juicios.	Cuando juicio se encuentre en trámite conforme a las disposiciones de la LFT anteriores al 2 de mayo de 2019, y otro que inicie conforme a las disposiciones, posteriores al 2 de mayo de 2019 <i>no procederá la acumulación</i> .
Décimo. Trámite de Procedimientos y Juicios.	Una vez que entren en operación los Centros de Conciliación y Tribunales, los procedimientos y los juicios se ventilarán ante ellos
Décimo Primero. Legitimación de Contratos Colectivos de Trabajo. Los contratos colectivos de trabajo existentes deberán revisarse al menos una vez durante los cuatro años posteriores a la entrada en vigor de este Decreto. Las referidas revisiones contractuales deberán depositarse ante el Centro Federal de Conciliación y Registro Laboral.	2 de mayo de 2023.
Si al término del plazo fijado en el primer párrafo de este artículo el CCT no cuenta con el apoyo mayoritario de los trabajadores o se omite realizar la consulta mencionada. Éste se tendrá por terminado.	Si al término del plazo fijado, (4 años).

Hasta en tanto no entre en funciones el CFCRL, la STPS establecerá el protocolo para efectuar la verificación de la consulta a que se refiere el presente artículo transitorio y dispondrá las medidas necesarias para su instrumentación dentro de un plazo de tres meses siguientes a la entrada en vigor del presente Decreto.	2 de agosto de 2019.
Décimo Segundo. Previsiones para la aplicación de la Reforma.	El Congreso de la Unión y las Legislaturas de las entidades federativas deberán destinar los recursos necesarios para la implementación de la reforma.
Décimo Tercero. Implementación y Capacitación	Las Autoridades Conciliadoras y los Tribunales del Poder Judicial Federal y de las entidades federativas, deberán incorporar en sus programas de formación y capacitación, metodologías y contenidos para brindar atención y asesoría en materia de protección de derechos humanos a personas en situación de vulnerabilidad.
Décimo Cuarto. Primera Sesión de la Junta de Gobierno del Centro Federal	La STPS convocará a la primera sesión de dicho órgano dentro de los noventa días naturales siguientes a la fecha de designación de su titular.
Décimo Quinto. Concursos de Selección de Personal	Las convocatorias a concurso para la selección de personal del CFCRL, de los Centros de Conciliación Locales y de los Tribunales del Poder Judicial Federal y de las entidades federativas, serán de carácter abierto y garantizarán el derecho de participar en igualdad de oportunidades al personal de las JCyA

Décimo Sexto. Plan y Programa de Trabajo para la Conclusión de los asuntos en Trámite. Dentro de los ciento veinte días naturales siguientes a la aprobación del presente Decreto la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje y las Juntas Locales de Conciliación y Arbitraje presentarán al Consejo de Coordinación para la Implementación de la Reforma al Sistema de Justicia Laboral, un plan de trabajo con su respectivo programa para la conclusión de los asuntos en trámite y la ejecución eficaz de los laudos así como para el cierre y conclusión de labores en forma paulatina y gradual de dichos órganos. Los planes y programas de trabajo deberán contener indicadores de resultados y desempeño por periodos semestrales. Corresponderá al Órgano Interno de Control de cada Junta de Conciliación y Arbitraje la medición de resultados e impacto a que se refiere el párrafo anterior.	Dentro de los ciento veinte días naturales siguientes al 2 de mayo de 2019 la JFC y A y JLC y A, presentarán al <i>Consejo de Coordinación para la Implementación de la Reforma al Sistema de Justicia Laboral</i>, un plan de trabajo con su respectivo programa <i>para la conclusión de los asuntos en trámite y la ejecución eficaz de los laudos, así como para el cierre y conclusión de labores en forma paulatina y gradual de dichos órganos</i>.
Décimo Séptimo. Coordinación interinstitucional para la implementación de la reforma:	<i>Se crea el Consejo de Coordinación para la Implementación de la Reforma al Sistema de Justicia Laboral.</i> Deberá sesionar de manera ordinaria por lo menos tres veces al año. El Consejo se integrará por: I. Poder Ejecutivo Federal La persona Titular de la STPS; y La persona Titular de la SHCP. Las ausencias de éstos serán suplidas por los servidores públicos que ellos designen, con un nivel jerárquico inmediato inferior.

	II. Un representante del PJF que designe el presidente de la SCJN; III. Un representante de la CONAGO; Un representante de la Comisión Nacional de Tribunales Superiores de Justicia: y Un representante de la Conferencia Nacional de Secretarios del Trabajo. Tendrá las siguientes atribuciones I. Emitir los acuerdos, lineamientos. Normas. procedimientos y demás instrumentos normativos necesarios para el cumplimiento de su objeto, vinculatorios para sus integrantes: II. Elaborar las políticas, programas y mecanismos necesarios para instrumentar, a nivel federal y local, una estrategia nacional para la implementación del Sistema de Justicia Laboral, que contemple la programación de compromisos y etapas de desarrollo; III. Diseñar criterios para la implementación de las adecuaciones legales y normativas necesarias para cumplir con su objeto; Proponer a las instancias correspondientes los cambios organizacionales, la construcción y operación de la infraestructura que se requieran; Emitir los lineamientos para la evaluación y seguimiento de las acciones que se deriven de las políticas. Auxiliar en la elaboración de los programas de capacitación y difusión sobre el Sistema de Justicia Laboral dirigidos a jueces, procuradores del trabajo, defensores y asesores públicos. Conciliadores, peritos, abogados, servidores públicos involucrados.

	Representantes de trabajadores y empleadores. Instituciones educativas. Así como a la sociedad en general; Coadyuvar con el Congreso de la Unión. Las Legislaturas de las Entidades Federativas. en el seguimiento y evaluación de los recursos presupuestales ejercidos en la implementación y operación del Sistema de Justicia Laboral Elaborar los criterios para la suscripción de convenios de colaboración interinstitucional; así como los acuerdos de coordinación con los gobiernos de las Entidades Federativas y de cooperación internacional; Analizar los informes que le remita la Secretaría Técnica sobre los avances de sus actividades: Interpretar las disposiciones del presente artículo y su alcance jurídico. así como desahogar las consultas que se susciten con motivo de su aplicación, y Las demás que se requieran para el cumplimiento de su objeto. Dentro de los cuarenta y cinco días posteriores a la entrada en vigor del presente Decreto, (16 de junio 2019) la STPS emitirá los lineamientos de operación y la convocatoria para la primera sesión de este Consejo.
Décimo Octavo. Abatimiento del Rezago.	Para abatir el rezago de juicios tramitados ante las JC y A los organismos y entidades públicas deberán establecer instancias internas de conciliación.
Décimo Noveno. Disposiciones para la conclusión de conflictos de seguridad social	Para la conclusión de conflictos de seguridad social, los institutos de seguridad social deberán adoptar las disposiciones administrativas nece-

	sarias para instaurar instancias internas para la autocomposición en los conflictos individuales de seguridad social.
Vigésimo. Protección de derechos de los Trabajadores	Los derechos laborales de los trabajadores de las instituciones que se vean involucradas en esta transición deberán ser respetados en su totalidad a través de acciones de carácter administrativo para garantizar que se protejan y conserven los derechos de seguridad social, de acuerdo con las leyes aplicables
Vigésimo Primero. Implementación de Tecnologías de la Información	Los Tribunales, así como los Centros de Conciliación deberán contar con los sistemas electrónicos para garantizar que los procedimientos a su cargo sean ágiles y efectivos y deberán crear las plataformas electrónicas que albergarán los buzones electrónicos y las aplicaciones digitales necesarias para operar la conectividad por medios electrónicos con las autoridades laborales
Vigésimo Segundo. Plazo para el cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 390 Bis y 390 Ter. Las organizaciones sindicales tendrán un plazo máximo de un año a partir de la entrada en vigor del presente Decreto, para adecuar sus procedimientos de consulta a las normas establecidos en los artículos 390 Bis y 390 Ter de la Ley Federal del Trabajo	Las organizaciones sindicales tendrán un plazo máximo de un año a partir de la entrada en vigor del presente Decreto, 2 de mayo de 2020, para adecuar sus procedimientos de consulta a las normas establecidos en los artículos 390 Bis y 390 Ter de la LFT.
Vigésimo Tercero. Adecuación de los estatutos sindicales. Las disposiciones previstas en el artículo 371 de la Ley Federal del Tra-	Las disposiciones previstas en el artículo 371 de la LFT Contenido de los Estatutos Sindicales) <i>para la elección de las directivas sindicales mediante el</i>

bajo para la elección de las directivas sindicales mediante el voto personal libre, directo y secreto de los trabajadores, iniciarán su vigencia en un plazo de doscientos cuarenta días a partir de la entrada en vigor del presente Decreto. Asimismo, dentro del mismo plazo las organizaciones sindicales deberán adecuar sus estatutos a las disposiciones previstas en dicho artículo y demás aplicables de la citada Ley	<i>voto personal libre, directo y secreto de los trabajadores</i>, iniciarán su vigencia en un plazo de doscientos cuarenta días (28 de diciembre 2019) a partir de la entrada en vigor del Decreto. Dentro del mismo plazo (28 de diciembre 2019) las organizaciones sindicales deberán adecuar sus estatutos a las disposiciones previstas en dicho artículo y demás aplicables de la citada Ley.
Vigésimo Cuarto. Declaratoria de la Cámara de Senadores y de los Congresos Locales Los Tribunales del Poder Judicial de la Federación y el Centro Federal de Conciliación y Registro Laboral entrarán en funciones en cada entidad federativa una vez que la Cámara de Senadores emita la declaratoria correspondiente. Los Tribunales Locales y los Centros de Conciliación locales entrarán en funciones una vez que las respectiva Legislatura Local haga la declaratoria correspondiente. Lo anterior deberá publicarse en los medios de difusión oficial correspondientes	Los Tribunales del PJF y el CFCRL entrarán en funciones en cada entidad federativa una vez que la Cámara de Senadores emita la declaratoria correspondiente. Los Tribunales Locales y los Centros de Conciliación locales entrarán en funciones una vez que las respectiva Legislatura Local haga la declaratoria correspondiente. Deberá publicarse en los medios de difusión oficial correspondientes
Vigésimo Quinto. Personas trabajadoras del hogar La fracción IV del artículo 337 del presente Decreto en materia de trabajo del hogar iniciará su vigencia una vez que se aprueben y entren en vigor las adecuaciones normativas necesarias para la incorporación formal de las personas trabajadoras del hogar en el régimen obligatorio de seguridad social, conforme a la reso-	Personas trabajadoras del hogar la fracción IV del artículo 337 (inscripción en el IMSS y pago de cuotas) del presente Decreto iniciará su vigencia una vez que se aprueben y entren en vigor las adecuaciones normativas necesarias para la incorporación formal de las personas trabajadoras del hogar en el régimen obligatorio de seguridad social. Aquellos trabajadores del hogar que se encuentren inscritos ante el IMSS no les serán aplicable los artículos 338 y 339 de esta Ley.

lución del Amparo Directo 9/2018 (relacionado con el Amparo Directo 8/2018) emitido por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Aquellos trabajadores del hogar que se encuentren inscritos ante el Instituto Mexicano del Seguro Social no les será aplicable los artículos 338 y 339 de esta Ley	Art. 338 enfermedades no de trabajo, pago de hasta un mes del salario; Art. 339 Muerte pago de gastos del sepelio.
Vigésimo Sexto. Plataforma en materia de seguridad social para consulta del Tribunal. La plataforma informática a que hace referencia el artículo 899-E será operada por las instituciones públicas de seguridad social correspondientes. Las bases de datos pertenecientes a cada institución estarán vinculadas entre si y deberán concentrarse en dicha plataforma para consulta inmediata del Tribunal que lo requiera. Las instituciones de seguridad social y los Poderes Judiciales federales y locales suscribirán los acuerdos de colaboración necesarios para la adecuada operación de la plataforma, así como para la protección de los datos personales que concentre. La información contenida en la plataforma deberá estar actualizada y debidamente registrada por cada institución de seguridad social. La plataforma deberá estar en operación en un plazo no mayor a dos años posteriores a la entrada en vigor del presente Decreto por lo que las instituciones de seguridad social deberán tomar las medidas apropiadas para su instrumentación en el plazo requerido.	La plataforma informática Art. 899-E (peritos médicos) será operada por las instituciones públicas de seguridad social correspondientes. Las bases de datos pertenecientes a cada institución estarán vinculadas entre si y deberán concentrarse en dicha plataforma para consulta inmediata del Tribunal que lo requiera. Las instituciones de seguridad social y los Poderes Judiciales federales y locales suscribirán los acuerdos de colaboración necesarios para la adecuada operación de la plataforma, así como para la protección de los datos personales que concentre. La información contenida en la plataforma deberá estar actualizada y debidamente registrada por cada institución de seguridad social. La plataforma deberá estar en operación en un plazo no mayor a dos años (2 de mayo de 2021) posteriores a la entrada en vigor por lo que las instituciones de seguridad social deberán tomar las medidas apropiadas para su instrumentación en el plazo requerido.

Vigésimo Séptimo. Representantes de los trabajadores y de los patrones ante las Juntas de Conciliación y Arbitraje.	Representantes de los trabajadores y de los patrones ante las JC y A. En caso de ser necesaria la designación de algún representante de trabajadores o patrones ante las JC y A en tanto éstas continúan su operación, el titular de la STPS realizará las designaciones correspondientes para el periodo que resulte necesario para que las citadas instancias puedan concluir sus funciones. Asimismo, de incurrir los representantes trabajadores y patrones en algún tipo de responsabilidad, le serán aplicables las sanciones contenidas en la LFT
Vigésimo Octavo. Derogación explícita y tácita de preceptos incompatibles Se derogan las disposiciones legales. Administrativas y reglamentarias que se opongan a las contenidas en el presente Decreto.	Se derogan las disposiciones legales. Administrativas y reglamentarias que se opongan a las contenidas en el presente Decreto.

Fuente: Elaboración propia con datos obtenidos del Diario Oficial de la Federación.

6. CONCLUSIÓN

Por todo lo anterior es que las empresas del país, y todo el foro laboral, abogados, y sindicatos, ya viven nuevas reglas laborales y deben prepararse para enfrentarlas; las acciones más importantes para ello son las que se lleven a cabo en cada empresa u organización de acuerdo a su naturaleza, estructura y ramo de actividad a la que se dediquen, con las organizaciones sindicales que cuenten o directamente con los trabajadores, resaltando valores y principios del trabajo humano, de la dignidad y el buen trato, de la pertenencia y permanencia de la solución de los problemas humanos, culturales, educativos y familiares de los trabajadores.

México ya cambio, pero no esperemos el cambio, este es ya una realidad, la zona de confort que vivió el país en esta materia durante muchos años ya termino y las partes de la relación laboral, trabajadores, sindicatos y empleadores, debemos enfrentarlo ahora.

VIOLENCIA LABORAL CONFORME EL DERECHO INTERNACIONAL DEL TRABAJO

HUGO ITALO MORALES SALDAÑA*

1. VIOLENCIA Y ACOSO

El Consejo de Administración de la OIT tomo la decisión en noviembre de 2015, de inscribir en el orden del día de la Conferencia 107^a. ha celebrarse en Ginebra, Suiza el mes de mayo de 2018 el tema denominado “la violencia contra las mujeres y los hombres en el mundo del trabajo”.

Dichas expresiones fueron sustituidas con posterioridad por “violencia y acoso”, con el objeto de comprender distintos comportamientos inaceptables en el trabajo.

Se preparó un informe previo transcribiendo la legislación y practica de los diferentes países miembros, resultado de un cuestionario que se formuló, cuyas respuestas justificaron la elaboración de un anteproyecto el cual se remitió nuevamente, para conocer las opiniones individuales.

Derivado de la doble discusión que señala la carta fundamental de la OIT para estos casos, se concluyó la necesidad complementaria de formular una recomendación paralela, destinada a los países que no estuvieran en condiciones de ratificar el convenio; fueron múltiples los debates sobre el tema, para redactar ambos instrumentos.

* Doctor en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México, Especialista en Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Doctor Honoris Causa de la Universidad de Ciencia y Tecnología de ICA-PERÚ y del Instituto de Posgrado en Derecho. Presidente del Claustro de Doctores de la Facultad de Derecho de la UNAM, Catedrático de la UNAM desde hace 53 años. Autor de diversas obras en materia laboral y artículos para publicaciones jurídicas especializadas. Ponente en numerosas Conferencias y Seminarios en México como en el Extranjero. Investigador en la rama del Derecho del Trabajo por más de 50 años.

Por la importancia que representa en la actualidad el tema de la violencia y acoso, se amplió al mundo del trabajo, representando en consecuencia el estudio de ambas figuras no tan solo en los centros laborales, sino además en cualquier lugar que subsistiera la relación laboral.

2. DISPOSICIONES INTERNACIONALES SOBRE VIOLENCIA Y ACOSO LABORAL

El Convenio 190, sobre la eliminación de la violencia y el acoso en el mundo del trabajo busca el reconocimiento del derecho a un mundo libre de violencia y acoso, incluidos la violencia y el acoso por razón de género.

La violación o abuso de los derechos humanos son una amenaza para la igualdad de oportunidades e incompatibles con el trabajo decente. De tal manera que afectan la salud psicológica, física y sexual afectan negativamente la reputación de las empresas y la productividad.

La violencia doméstica afecta el empleo, la productividad, la seguridad y salud adopta, Convenio, sobre la violencia y el acoso, 2019.

a) Definiciones

Violencia y acoso: comportamientos y prácticas inaceptables, causan daño físico, psicológico, sexual o económico.

Violencia y acoso por razón de género incluye el acoso sexual.

Pueden definirse en la legislación nacional como un concepto único.

b) Ámbito de aplicación

Protege a los trabajadores asalariados, personas en formación, pasantes y aprendices, despedidos, voluntarios, postulantes, individuos que ejercen la autoridad. Sectores, público o privado, formal, informal, en zonas urbanas o rurales.

Lugar de trabajo: donde se cubre el salario toma su descanso o donde come; instalaciones sanitarias; vestuarios; desplazamientos; viajes; eventos o actividades sociales; alojamiento y trayectos.

c) Principios fundamentales

- Prevenir y eliminar la violencia y el acoso.
- Velar por una estrategia.
- Crear mecanismos de control.
- Prever recursos, reparación y apoyo.
- Sanciones.
- Herramientas, orientaciones y educación.
- Inspección e investigación.
- Establecer funciones de los gobiernos, empleadores y los trabajadores.
- Respetar, promover derechos fundamentales, libertad de asociación y negociación colectiva, trabajo forzoso abolición del trabajo infantil discriminación trabajo decente y seguro.
- Igualdad: no discriminación grupos vulnerables.

d) Protección y prevención

- Legislación que defina y prohíba la violencia y el acoso.
- Identificar, sectores u ocupaciones y modalidades expuestos a la violencia y el acoso.
- Adoptar medidas para proteger de manera eficaz a dichas personas.
- Legislación que exija a los empleadores prevenir la violencia y acoso. Información y capacitación.

e) Control de la aplicación y vías de recurso y reparación

Seguimiento de su aplicación: recurso, reparación, quejas e investigación, mecanismos de solución.

Juzgados; protección de los querellantes; asistencia jurídica, social, médica y administrativa; privacidad; sanciones; presentación de quejas, solución de conflictos, asistencia, servicios y vías de recurso y reparación; reconocer la violencia doméstica; inspección.

f) Orientación, formación y sensibilización

Políticas nacionales pertinentes, seguridad y salud, igualdad, discriminación, y migración; orientaciones, campañas de sensibilización.

g) Métodos de aplicación

Legislación, convenios colectivos, reglamentos interiores, costumbres, usos, etc.

3. CONFERENCIA INTERNACIONAL DEL TRABAJO

Recomendación 206, sobre la eliminación de la violencia y el acoso en el mundo del trabajo

Recomendación sobre la violencia y el acoso, 2019.

a) Principios fundamentales

Abordar la violencia y acoso en legislación, empleo, seguridad, salud, igualdad, no discriminación y en derecho penal.

Violencia, acoso, legislación, igualdad y no discriminación. Convenio (núm. 100) Recomendación (núm. 90). Igualdad de remuneración, Convenio (núm. 111) y Recomendación (núm. 111) sobre la discriminación (empleo y ocupación).

b) Protección y prevención

- Violencia y el acoso no deben tolerarse.
- Programas de prevención.
- Derechos y obligaciones.
- Quejas e investigación.
- Adopción de medidas.
- Privacidad y confidencialidad, protección de los denunciantes, víctimas, testigos, informantes.
- Factores que aumentan condiciones y modalidades de trabajo. Implicando a terceros clientes, proveedores, usuarios, pacientes y el público, discriminación, relaciones de poder y normas de género.

- Expuestos: trabajo nocturno, forma aislada, salud, hostelería, servicios sociales, emergencia, doméstico, transporte, educación y ocio.
- Medidas legislativas: migrantes, origen, tránsito o destino.
- Informalidad, formalidad, prevenciones.
- Restricción ni exclusión de mujeres, vulnerables.

c) Control de la aplicación, vías de recurso y reparación y asistencia

- Indemnización.
- Readmisión.
- Comportamientos y prácticas.
- Asistencia letrada.
- Indemnización psicosocial, física, incapacidad.
- Tribunales con personal especializado.
- Tramitación diligente.
- Asesoramiento.
- Guías.
- Inversión de la carga de la prueba.
- Recurso y reparación.
- Reincorporarse al mercado de trabajo.
- Asesoramiento e información.
- Atención telefónica.
- Emergencia.
- Médicos y apoyo psicológico.
- Centros de crisis.
- Especializadas policía o agentes.
- Violencia doméstica.
- Licencia.

- Trabajo flexible.
- Violencia doméstica riesgos en el lugar de trabajo.
- Orientación Sensibilización.
- Los autores deberán rendir cuentas. Asesoramiento para evitar la reincidencia y, reincorporación al trabajo, inspectores formación y datos estadísticos.

d) Orientación, formación y sensibilización

- Programas previniendo factores que aumentan el riesgo.
- Formación jueces, inspectores, policía, fiscales.
- Recomendaciones herramientas.
- Campañas públicas.
- Planes de estudios.
- Material destinado a periodistas y otros profesionales.
- Lugares seguros, salubres, armoniosos y libres de violencia y acoso.

Constituye uno de los propósitos fundamentales de las relaciones laborales en el mundo del trabajo, el logro de un ambiente de armonía y cordialidad no tan solo entre las partes que la integran, sino además con todas las personas que temporal o permanentemente concurren en forma cotidiana a los centros de trabajo.

Las legislaciones internacionales han concedido prioridad a estos temas, sancionando toda conducta que ataque estos principios, y ha considerado que la violencia y el acoso sexual ocupan un lugar prioritario en su atención.

Para evitar estas conductas se han diseñado protocolos específicos que tienen por objeto el estudio, investigación y solución del problema, previniendo las condiciones posteriores que provocarían la ruptura de la paz y armonía laboral.

Por este motivo la Organización Internacional del Trabajo ha elaborado los dos instrumentos referidos, cuya vigencia futura podrán solucionar esta clase de conflictos permanentes en los centros de trabajo.

Cabe el orgullo a nuestro país de haberse adelantado a los principios aludidos con las reformas laborales, iniciadas en la legislación anterior y perfeccionadas en la actual, las cuales se han complementado con la Norma 035 que viene a constituir un detalle específico de los diversos problemas surgidos en el medio, dándole preferencia a la solución de la violencia laboral.

Son nuestros mejores deseos que la divulgación de estos conceptos impacten en el sector empresarial, iniciando de inmediato con las prácticas señaladas, previa elaboración de las formalidades requeridas.

Los laboristas mexicanos, nos sentimos orgullosos de los grandes avances de la disciplina jurídica cuyos pasos agigantados constituyen un ejemplo a la comunidad internacional, por tal motivo siempre insistiremos que en México estamos para enseñar jamás para recibir lecciones del exterior, no obstante la tendencia extranjerizante de algunos que consideran un privilegio dar a conocer legislaciones ajenas, cuyos principios se inspiran en el Artículo 123 Constitucional, omitiendo esta fuente con pretensiones de originalidad.

RESEÑAS

Navarrete Prida, J. Alonso y Stein Velazco, J.L., *Migración Laboral*, México, IJ-UNAM, 2018, 124 pp.

El fenómeno de la migración laboral es hoy en día uno de los fenómenos sociales que más trascienden en el mundo. En la obra que nos ocupa de forma abreviada se tocan los temas más importantes: el concepto de la migración a nivel internacional, la migración de mexicanos hacia los Estados Unidos y la contratación por empresas privadas de trabajadores mexicanos, incluyendo la revisión de varias recomendaciones y convenios de la OIT. El capítulo tercero está dedicado al análisis de la migración centroamericana hacia México, dando cuenta de la problemática que dicha migración implica. Indudablemente se trata de una obra que en un formato pequeño en el que se expresa únicamente lo que se debe decir, que ya no es poca cosa, se nos ofrece un panorama completo de la migración como un fenómeno internacional con especial mención de lo que acontece en México.

Es importante destacar que la obra de formato trae dos trabajos importantes, uno la presentación escrita por el embajador Juan José Gómez Camacho embajador permanente de México ante la OIT en el que nos muestra los diferentes movimientos que se ha dado en el mundo y lo discutido sobre el tema a nivel internacional y especialmente en la OIT y el Prólogo que escribió el representante permanente de México ante la OCDE José Ángel Gurría Treviño en el que se refiere a la necesidad de mejorar los datos y la información estadística en general y su importancia decisiva para estudiar al fenómeno de la migración, así como al diseño de políticas de incorporación de esa migración a los mercados de trabajo para concluir el Prólogo con una mención puntual a la importancia de los flujos migratorios de entrada y salida en México.

Pasando al cuerpo de la obra, en el capítulo primero los autores se refieren al tratamiento del concepto de la migración en general, incluyendo al ámbito laboral de la migración y al de la migración internacional en especial y nos muestran cómo se debe tratar un fenómeno social mundial que se encuentra en movimiento en diversas partes del planeta y de forma constante y simultánea. En el capítulo segundo los autores analizan el fenómeno laboral de mexicanos hacia los Estados Unidos y dentro de este tema, cómo se realiza la contratación de trabajadores mexicanos

para prestar sus servicios en el mercado estadounidense, también hay un análisis del orden jurídico mexicano y de las reformas de 2012 en la materia y la relación de esta y el resto de las disposiciones constitucionales con diversas recomendaciones de la OIT.

Quizá el tercero y último capítulo, es el más importante de la obra y está dedicado a la migración en Centroamérica del cual los autores nos muestran un panorama general de la problemática y su reglamentación, con ese objetivo se refieren al Acuerdo de Cooperación Laboral en Centroamérica, la migración a México desde el triángulo norte centroamericano, el Programa Laboral Migratorio entre México, El Salvador, Guatemala y Honduras y la *Construcción* del programa Laboral Migratorio para concluir con los retos que éste último programa presenta.

Como podemos observar, la obra a pesar de ser de formato pequeño analiza todos los aspectos del fenómeno migratorio que afecta a México.

Leonel Pereznieto Castro*

* Profesor de carrera de Tiempo Completo en la UNAM. Investigador Nacional Nivel III. Miembro de número de la AMEDIP. Correo: lpereznieto@gmail.com

Monreal Ávila, Ricardo, *El nuevo sistema de justicia laboral*, México, Porrúa, 2019, pp. 284.

La materia laboral ha sido una de las áreas que había mantenido en rezago, pocas veces ha sufrido modificaciones, pero sin duda alguna su más reciente reforma realizada en el presente año 2019 es de vital importancia y trascendencia en todos sus aspectos, desde la incorporación de nuevos organismos hasta la modificación en sus procesos, esta situación viene a ser un cambio radical en la forma de impartir justicia laboral. La obra de Ricardo Monreal se encuentra estructurada por seis capítulos, en donde se abordarán los temas de mayor relevancia para dicho autor.

En el primer capítulo Monreal nos señala algunos problemas que no permiten el avance de las condiciones de trabajo, tales como la corrupción, la participación de las mujeres en un sentido de que a pesar de las reformas para su incorporación en el ámbito laboral aún no se logra ver por completo esa igualdad, así como las pocas oportunidades de los jóvenes en cuanto a la inclusión de la vida laboral, para solucionar este tipo de situaciones nos señala como ejemplo de ello el programa *Jóvenes Construyendo el Futuro*, en donde se capacita a los jóvenes para que estos tengan oportunidades de desarrollo laboral y por consecuencia el país tenga un mayor crecimiento económico¹. Menciona que estos problemas generan desigualdad el cual es un problema que desea combatirse en el presente gobierno ya que ningún otro lo ha considerado y como consecuencia de ello establece la importancia de retomar a la justicia social como elemento para combatirlo, para lo cual nos hace una retrospectiva histórica respecto de este tema, considera que es un aspecto importante que se debe abordar ya que al llevarlo a cabo se eliminarían malas prácticas y existiría una mayor participación de grupos vulnerables dejando en claro que es una actividad que ningún otro gobierno ha valorado dentro de sus objetivos.

¹ Para tener mayores referencias a este programa véase en: Secretaría del Trabajo y Previsión Social, *Jóvenes Construyendo el Futuro*, <https://jovenesconstruyendoelfuturo.stps.gob.mx/>; *Diario Oficial de la Federación*, “Lineamientos para la operación del Programa Jóvenes Construyendo el Futuro”, 28 de junio de 2019.

En el segundo capítulo aborda temas que antecedieron para que esta reforma pudiera ser una realidad, desde una recomendación emitida por el Comité de Libertad Sindical de la OIT² en 2011 hasta la última reforma de 2017. Cabe destacar que estas fueron la primera y última modificaciones, sin embargo, existieron otras como la reforma constitucional en materia de trabajo de 2012 en donde se comenzaban a incluir aspectos como formas de contratación, edad mínima para trabajar, incorporación del *outsourcing*,³ por mencionar algunas, todo ello derivado de la recomendación anteriormente mencionada. Posterior a ello en 2015 se desarrollaron *Diálogos por la justicia cotidiana* en donde establecían condiciones de trabajo que debían mejorarse. Y la última reforma significativa en materia laboral, previa a la de mayo del 2019, fue la de febrero de 2017,⁴ la cual fue de vital importancia para la materia de justicia laboral, tuvo una gran influencia para que la actual reforma pudiera ser una realidad, con ello se pretendía que el acceso a la justicia pudiera ser pronta, algo que anteriormente no era posible, ya que los procesos eran muy lentos, así como la eliminación de lo Juntas de Conciliación y Arbitraje y la incorporación de tribunales laborales a cargo del Poder Judicial de la Federación, creación de una instancia conciliatoria previa a tribunales. De igual manera con la reciente reforma considera el respeto a los derechos humanos y la libre elección de sindicatos.

En el capítulo tercero el autor nos refiere respecto del proceso legislativo que tuvo que seguirse para que la reforma pudiera ser publicada, es de interés relevante mencionarlo puesto que se tuvo que llevar a cabo un parlamento abierto mediante audiencias públicas, las cuales fueron organizadas por la Comisión de Trabajo y Previsión Social, las propuestas se realizaron por legisladores de la cámara baja, la Cámara de Diputados considero lo que

² Organización Internacional de Trabajo, R 201, 2011.

³ Es una figura cuyo objetivo es colaborar con las empresas en la realización de tareas y actividades, ya sean operativas o de soporte, que permite a éstas concentrarse en las actividades que sí dominan y, por ende, en el logro de sus objetivos, incrementando su productividad, eficiencia y crecimiento. Bolaños Pérez, Alejandro, "El outsourcing en México: Pasado, presente y ¿futuro?", Colegio de Contadores Públicos de México, México, noviembre de 2016, pp. 62. http://www.pjedomex.gob.mx/ejem/cid/exlegibus9/exlegibus_9b.pdf consultado el 21/10/2019.

⁴ Decreto por el que se reforma los artículos 107 y 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia de justicia laboral, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 24 de febrero de 2017.

se expresó en el parlamento para que pudiera existir dicha modificación, de igual manera menciona la estructura en específico que se llevó a cabo, cabe resaltar que las iniciativas fueron planteadas por distintos partidos políticos, entre los que resaltan el Partido Morena, Partido del Trabajo, Partido Acción Nacional, como lo señala Monreal en su respectiva obra.

En cuanto al capítulo cuarto Ricardo Monreal menciona de manera más amplia los cambios más importantes que surgieron con la reforma, uno de los aspectos que se consideran de mayor relevancia es aplicar lo que nuestro mayor ordenamiento que es la Constitución establece, junto a lo que los tratados internacionales de los cuales México es parte, de esta forma, el sistema de justicia laboral avance en cuanto a la actualidad, y se eviten rezagos que ya con anterioridad se presentaron. Menciona también que el objetivo de esta reforma pretende subsanar las deficiencias que los procesos laborales habían presentado a lo largo de estos años, en beneficio de los involucrados, trabajadores, patrones y sindicatos, como lo menciono en un anterior capítulo la creación de tribunales laborales del Poder Judicial de la Federación, así como la creación del Centro Federal de Conciliación y Registro Laboral como instancia previa a tribunales, la cual tendrá como sede central la Ciudad de México, sin embargo contara con otras sedes en cada una de la entidades federativas, una de sus principales funciones será la de otorgar registros sindicales, cabe señalar que estos organismos tendrán autonomía propia. Es importante resaltar que Monreal menciona los cambios que se produjeron en cuanto al procedimiento que como bien señala, es el ordinario y el especial colectivo, puesto que ese había sido uno de los mayores problemas que presentaba la materia laboral, sin embargo, el actual cambio propiciara mayores beneficios en cuanto al proceso y a obtener resoluciones expeditas. El cambio que Monreal considera más significativo puesto que abunda con una mayor profundidad es en cuanto a la incorporación de la democracia sindical, en beneficio de los trabajadores y de los patrones, acerca de ello resalta lo que documentos internacionales establecen como lo es el Convenio 98 de la OIT, respecto de los derechos de sindicatos, de igual manera hace una mención en cuanto al Tratado entre México, Estado Unidos de América y Canadá mejor conocido como T-MEC⁵ el cual, todo

⁵ Tratado entre México, Estados Unidos de América como T-MEC establecido el 30/09/2018, sustituye al Tratado de Libre Comercio.

ello en cuanto a la materia de libertad sindical, respecto de este tema también hace una clara mención en cuanto a la incorporación en cuanto a la paridad de género para su conformación. Explica la incorporación de medidas en la Ley Federal del Trabajo para combatir problemas como la corrupción mediante ella se evitan actos que perjudiquen a las personas involucradas.

En el capítulo cinco hace referencia en cuanto a las proyecciones que se desean obtener con el nuevo sistema de justicia laboral que ya anteriormente han sido mencionados en respectivos capítulos, todo ello el gobierno lo ha establecido para que los resultados sean notorios a corto plazo. Como toda modificación considera que es insuficiente para las deficiencias que presenta la materia, sin embargo, algunos aspectos que para consideración del autor se desean resolver con la actual reforma es la expedición de una Ley Orgánica para el nuevo Centro Federal de Conciliación y Registro Laboral, que los tribunales así como los centros de conciliación puedan comenzar funciones en un plazo máximo de tres años a partir de la entrada en vigor de la presente reforma, de igual manera se espera que pueda comenzar la capacitación de autoridades de los respectivos organismos.

Para el último el capítulo sexto establece como resultado de lo anterior, la reforma no podrá cumplir todos los objetivos planteados inicialmente, puesto que aún existirán aspectos a considerar pero que son aspectos a considerarse para complemento de la reforma como lo es la demanda generalizada de la reciente creación del *outsourcing*, demandas del sector empresarial, así como la supresión de la coexistencia de sindicatos en un mismo trabajo colectivo, propuestas respecto del sector empresarial y obrero, pues como bien se ha explicado son los principales involucrados en esta materia.

La obra de Ricardo Monreal sin duda alguna tiene una visión comprensiva en cuanto a el nuevo sistema de justicia laboral que surgió con más la reciente reforma, tiene una amplia explicación respecto de los temas que se profundizan en la obra, contiene un lenguaje correcto y apropiado siendo de esta manera dirigido a los estudiantes de derecho, abogados, jueces, etc., lo cual ayuda a comprender el objetivo primordial de la obra, cabe debe resaltar que si bien, es clara para personas que se interesen en conocer a cerca del tema pero que no tengan conocimientos jurídicos previos. Sin duda alguna con ella se realizaron cambios que tiene como resultado

no solo el impacto en esta materia, sino que puede abarcar otros aspectos, como lo es la economía. Es una obra, que, a primera vista con el nombre, atrae la atención de los lectores. Conforme avanza en la lectura, comprendes que el tema que inicialmente se conoció es el que se aborda en el libro. La forma en que Ricardo Monreal incluye los temas es que son relevantes en la actualidad, no deja de lado el aspecto de emitir una opinión, son concretos, abunda el objeto específico el cual pretende que se conozca. Tiene una visión basada en la realidad, no es utópica puesto que menciona las deficiencias que aún existen pero que bien pudieran ser una realidad en un mediano plazo. Es una obra interesante para quien desee adentrarse en la materia laboral.

Maricela López Enríquez*

Ex Legibus, 11, Octubre 2019: pp. 587-592

* Estudiante de la Licenciatura en Derecho en la Universidad Autónoma del Estado de México. Practicante en el Centro de Investigaciones Judiciales de la Escuela Judicial del Estado de México. Correo: marienlop169@gmail.com

Sánchez Castañeda, A., Reynoso Castillo C. y Palli, B. *La Subcontratación: un fenómeno global. Estudio de legislación comparada*, México, IIJ-UNAM, 2016, 2ª Edición, 197 pp.

En la presente obra se estudia cómo ha evolucionado el concepto de la subcontratación a partir de la relación tradicional de patrón-trabajador por lo cual, los autores se lanzan a descubrir una serie de aspectos que están explícitos en la relación en la que aparece por lo general, un tercero que es finalmente el subcontratado y la precisión de quién es el empleador que contrata. Con ese objeto en el capítulo primero se estudia lo que se llama “El análisis conceptual: la empresa fuera de la empresa” y de esta manera los autores llegan en el capítulo siguiente a mostrar al lector a la subcontratación como fenómeno internacional a lo que se señala como “la subcontratación en el Derecho Internacional del Trabajo” y de ahí se entra al estudio de la subcontratación en la OIT en el que se incluye a la Recomendación 198 que se refiere al establecimiento de una política nacional de protección del marco legal que mejor convenga a las partes y en especial al subcontratado sobre las siguientes bases: establecer una política nacional de protección de los trabajadores vinculados por la relación de trabajo; determinar la existencia de una relación de trabajo y establecer los mecanismos de seguimiento y aplicación de la Recomendación 198 y su contenido.

En el capítulo tercero se toca el tema “Marco Jurídico de la internacionalización y la subcontratación en Europa” consagrado en la Directiva del Consejo de Europa 1977/187/CEE, junto con sus modificaciones posteriores y donde se tocan diversos temas como son entre otros: la directiva del “Traspaso” de empresas, el ámbito de aplicación geográfica de dicho “Traspaso” y la directiva de empresa europea. Otro tema en relación a los anteriores es el derecho europeo en materia de subcontrataciones y con él diversos subtemas entre los que pueden mencionarse: el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios, el Derecho del Trabajo aplicable al trabajador desplazado y sus derechos de seguridad social, la utilización de trabajadores temporales y dentro de este tema y los referentes a : “Una igualdad de trato llena de derogaciones” “Igualdad y no discriminación del trabajador temporal” Las derogaciones al

principio de igualdad” y “los derechos colectivos de los trabajadores temporales”, entre otros.

Es de importancia señalar que en la obra que nos ocupa, aparte del análisis europeo se lleva a cabo un estudio comparado del tema de la subcontratación en diversos derechos nacionales como es el francés, español, alemán e italiano con lo cual se ofrece un marco completo y actualizado con el tema.

El capítulo cuarto de la obra está dedicado a la experiencia latinoamericana que además de consideraciones generales, se menciona la regulación del tema en diversos derechos nacionales como es el caso de Perú, Chile, Uruguay, Argentina y Colombia y la mención de la prohibición constitucional de la subcontratación en El Ecuador.

Finalmente, el capítulo quinto de la obra es un minucioso estudio de la subcontratación en México tanto en la legislación como en la jurisprudencia y los efectos de la subcontratación en la seguridad social y las políticas públicas en la materia. De esta forma estamos frente a una obra que cubre los diferentes aspectos de la subcontratación en el mundo con especial referencia al Derecho mexicano con lo cual ayuda para conocer y delimitar el tema a fondo.

Leonel Pereznieto Castro*

* Profesor de carrera de Tiempo Completo en la UNAM. Investigador Nacional Nivel III. Miembro de número de la AMEDIP. Correo: lpereznieto@gmail.com

Kurczyn Villalobos, Patricia y Óscar Zavala Gamboa, *A cinco años de la Reforma laboral: Efectos perspectivas y retos, en: Homenaje a Néstor De Buen Lozano*, 1ª Edición, México, Tirant lo blanch, 2019, 400 pp.

Hacer un homenaje a uno de los juristas más destacados y consultados sobre temas laborales en México, Néstor de Buen Lozano, fue el pretexto para reunir estudios que abordan la reforma laboral que se publicó en noviembre de 2012.

Esta obra está organizada de la siguiente forma:

- **Reforma laboral: efectos, perspectivas y retos - Néstor de Buen Lozano.**

Néstor de Buen menciona que la reforma trastoca la estabilidad laboral, y se legaliza la pérdida de su carácter protector. Por lo cual, está desfasada la idea de que el Derecho Laboral otorga privilegios y protege al trabajador; características que en su momento afirmaban la condición tutelar pero ahora se percibe que la ley protege en mayor medida a los empresarios.

Si bien, con las reformas en materia laboral de 2012, y la reforma constitucional de 2017, se pretendió incrementar las cifras de empleo, al ofrecer al patrón facilidades, o bien, contratar sin mayores compromisos. También se abrió paso, a las relaciones de trabajo en condiciones poco favorables a los trabajadores.

- **Perspectivas del Derecho Colectivo del Trabajo en México, a la luz de sus reformas en el siglo XXI - José Alfonso Aparicio Velázquez y Miguel Ángel Pastrana González**

En este apartado se aborda el Derecho Colectivo de Trabajo, contemplado como el movimiento de la clase trabajadora para que, en conjunto logren el reconocimiento de sus derechos a fin de obtener un equilibrio de las fuerzas sociales. Además, que el Estado establezca el reconocimiento de sus agrupaciones, principalmente los sindicatos y la defensa de los derechos, como la huelga. Por lo cual, con la reforma a la Ley Federal del Trabajo y la reforma al artículo 123 constitucional en el 2017 se da un expreso reconocimiento al Derecho Colectivo del Trabajo. Se abordan los ejes centrales como: libertad sindical y el requisito formal para su reconocimiento es la transparencia; para que las organizaciones sindicales se ubiquen dentro de un marco de legalidad.

- **Los trabajos especiales y la contratación en las reformas laborales - Julio Ismael Camacho Solís**

Este apartado nos permite reflexionar y obtener un panorama más amplio y claro respecto de las modalidades de las relaciones de trabajo, sus características con relación a la duración, condiciones, formalidad, lugar, u otros. Se analiza la opinión que emite la Organización Internacional de Trabajo (OIT), como defensor de los derechos en las relaciones laborales, sobre la Reforma Laboral de 2012 y la Reforma Constitucional de 2017. Una de las principales interrogantes en las que centra su estudio es con respecto a los trabajos especiales considerados como públicos y esenciales; básicos e indispensables, prestados al gobierno o a los particulares, al ser clasificados como trabajos especiales. ¿Los trabajadores también serán especiales? También se aborda la aparición de diversas modalidades de contratación, es decir, la ley permite una variedad en régimen para celebrar contratos con una duración distinta, el trabajo de menores y mujeres.

- **Derechos de los menores trabajadores**

Ante la necesidad de las familias por hacerse de más recursos se ha generado que los menores deban trabajar, sin embargo, los abusos de derechos por parte de las figuras patronales han propiciado la expedición de diversas normas jurídicas que prevean su protección. Para lo cual se realiza un breve recuento de las disposiciones que a lo largo de la historia mexicana han contemplado la regulación de sus condiciones laborales y su evolución hasta nuestros días. Lo cual abre paso a un análisis minucioso de los derechos de los menores en la Reforma del 2012.

En la actualidad es observable como los patrones en su mayoría no respetan y cumplen con lo estipulado en la ley. La tarea de las autoridades ha resultado compleja para poder detectar establecimientos donde se llevan a cabo violaciones en los derechos de los menores a pesar de las periódicas inspecciones en las fuentes de trabajo.

- **La inspección del Trabajo y la reforma laboral en México - Juan Manuel Gómez Rodríguez**

Se aborda una comparativa muy interesante, de países como Brasil donde se destaca la carrera para ser inspector de trabajo, es decir, que el inspector deberá ser una persona especializada en las necesidades que se

deben satisfacer en las relaciones laborales. Asimismo, en Chile, las multas administrativas, la cancelación de registro, la suspensión de labores y otros tipos de sanciones son parte importante para hacer cumplir las normas laborales. El análisis permite observar la inspección del trabajo, como un mecanismo que ha permitido la mejora de las condiciones laborales y asegurar el trabajo decente, a fin de tener los mismos resultados en México. Se da a conocer un panorama de la realidad en México, y de cómo en esta figura se lleva a cabo por las autoridades federales y locales en distintas materias. El autor señala que, a pesar de los esfuerzos legislativos, en la realidad no se logra vincular el proceso de inspección con el procedimiento administrativo sancionador.

- **De las prestaciones por maternidad al Derecho Social Familiar - Gabriela Mendizábal Bermúdez**

Se observan desventajas cuando se trata de ejercer la maternidad y paternidad. La ley no contempla la opción de que el hombre ejerza su derecho de paternidad y comparta responsabilidades dentro de su familia, en contraposición de la mujer, que a pesar de que se le confiere amplia responsabilidad en la crianza de los hijos, es el único derecho que la ley les ha otorgado es en casos de gestación y postparto, pues no se toma en cuenta que la condición de ser madre no es momentánea. Una crítica importante que señala el autor es la gran semejanza de las prestaciones laborales por maternidad con la simple incapacidad laboral, pues la prestación de maternidad no hace alusión a un reparto de obligaciones y derechos entre padres y madres, a fin de combatir elementos de discriminación laboral. La reforma incluye la prohibición de solicitar, como requisito para laborar, los certificados médicos de no embarazo.

- **Seguridad y salud en el trabajo, de la reforma Laboral - María Ascensión Morales Ramírez**

El derecho imprescindible para cualquier trabajador en salvaguardar la seguridad y salud en el trabajo. No hay que olvidar que la protección de los riesgos de trabajo fue el detonante en el origen del Derecho del Trabajo, pero a pesar de ello, no se ha logrado una protección integral, suficiente y amplia en el sector laboral. Entre los pocos cambios que se pueden observar en materia de riesgos de trabajo, se parte del cambio de denominación que engloba al cumulo de disposiciones de *Seguridad e higiene en el trabajo* a *Seguridad y salud* cuyo propósito es ampliar la

gama de derechos y obligaciones por parte del trabajador y el patrón en la fuente laboral. El desafío que se enfrenta es garantizar a los trabajadores un ambiente de trabajo sano y seguro y de ser posible la prevención de los riesgos que atenten con su estabilidad, ya que el marco que lo regula sigue siendo débil, insuficiente y limitado.

- **Los derechos humanos y la reforma laboral - Hugo Ítalo Morales Saldaña**

La reforma relativa a los derechos humanos que emprendió el Estado mexicano en 2011 abrió las puertas al reconocimiento de derechos internacionales entre las que se encuentran los laborales.

Se expone la importancia de la figura de la Organización Internacional del Trabajo y se abordan los acuerdos internacionales como la carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y culturales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención de Viena sobre el Derecho de los tratados, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, e inclusive la importancia del surgimiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El impulso que generan los organismos y acuerdos internacionales antes mencionados propician mayor protección de los derechos laborales, es decir la incorporación de la regulación internacional a la nacional tiene el objetivo de generar un equilibrio entre los factores de producción.

- **La reforma laboral de 2012: su historia e interpretación. (interpretación valida del artículo 15-a relacionado al outsourcing) - Thomas H. Natividad Sánchez**

Es interesante el análisis que ofrece al autor respecto a las causales que dieron origen a la gran reforma y como ésta no va encaminada a la protección de los derechos del trabajador y del patrón. Se esperaba que la reforma permitiera crear alternativas para aumentar el empleo formal, sin embargo, la realidad es otra.

Con la reforma de 2012, se cumplen 48 años en que la Ley Federal del Trabajo no hubiese sufrido modificaciones de fondo, el cambio era más que necesario, ante las condiciones en que el trabajador y el patrón se relacionaban. Se señala que con la reforma se generan avances en el Derecho Laboral, porque se busca la mitigación de la discriminación la-

boral de cualquier tipo. Pero se expone una crítica respecto a los acuerdos políticos que aprobaron la figura de la subcontratación y como este instrumento está afectando al trabajo formal y bien remunerado.

- **Los “nuevos” contratos de trabajo - Carlos Reynoso Castillo**

El contrato con periodo de prueba se trata de una modalidad dentro de los contratos laborales, que establece la posibilidad de que en las relaciones por tiempo indeterminado o si exceden de un periodo de 180 días, puedan ser sujetas a un periodo de prueba, figura que básicamente ya estaba prevista en la ley, lo que no contempló el legislador es que este mecanismo había sido eliminado en la normatividad laboral debido a su mal uso.

Es preciso mencionar que la reforma a la ley no contempla qué mecanismos se deberán emplear para determinar si el trabajador cumple o no con lo requerido ¿Cómo verificar las cualidades del trabajador en el periodo de prueba?, es decir, ¿Cómo se debe llevar a cabo? ¿Mediante una simple valoración subjetiva y superficial?, o bien, ¿Mediante ejercicios profundos del desempeño del trabajador? Con lo cual se deja al arbitrio del empleador, esta facultad.

- **Trascendencia de las reformas laborales de 2012 y 2017 en México - Ángel Guillermo Ruiz Moreno**

Atendiendo al efecto de la globalización, ésta trastocó la legislación laboral, que se ha caracterizado en México por su rigidez. Esta reforma permitió modernizar la legislación, muy a pesar de que no se ha conseguido cumplir con los propósitos esperados. Se aborda un breve análisis del contexto económico, social alrededor de la figura del *outsourcing* los efectos que ha generado, así como las posibles soluciones respecto a las necesidades del trabajador y patrón. Se observa un tema grave ¿Por qué se ha vencido el plazo de instrumentalización de la reforma laboral sin haberse llevado a cabo las adecuaciones legislativas pertinentes?

- **Salarios caídos en la reforma laboral - Rafael Tena Suck**

El derecho de los trabajadores, que sean separados injustificadamente de su puesto laboral, a que se les reinstale, o bien, se les otorgue una indemnización de hasta por 3 meses. Esta medida tiene su justificación en el hecho de que el trabajador al ser separado de su empleo no percibe un sueldo, y se ve envuelto en un estado de vulnerabilidad. Con esta figura

lo que se pretendía era limitar el pago de salarios caídos a fin de evitar, por un lado, una afectación económica a los patrones que pierden los juicios laborales y por otro, la disminución de los tiempos procesales de los juicios tramitados ante las Juntas de Conciliación y Arbitraje. Sin embargo, la reforma no contiene medidas suficientes para agilizar los juicios laborales o por lo menos que estos sean de una duración razonable.

- **Los derechos y obligaciones de patrones y trabajadores - Andrea Viteri García**

Como su nombre lo indica, en este apartado se aborda precisamente los precedentes, contenido, novedades, alcance, efectos y desafíos, respecto a los derechos, obligaciones y prohibiciones de los patrones y trabajadores, introducidos en la reforma a la legislación laboral de 2012. Partiendo de lograr que el trabajo sea decente y con el objetivo de generar más empleos, mayor productividad en las empresas y aumentar la competitividad en México. Sin embargo, dichos cambios también crearon una barrera entre la norma laboral y la protección de derechos laborales, con figuras como la certificación de competencia, contrato de prueba y capacitación inicial, por mencionar algunos.

Finalmente, se aborda un breve análisis sobre los obstáculos y limitaciones que se enfrentan a la implementación de la reforma, y como ellos no permite cumplir con el objetivo social que persigue el Derecho Laboral.

- **Comentario**

En efecto, el contenido se encamina a los efectos, perspectivas y retos a los que se enfrenta la reforma laboral de 2012, en concordancia con la reforma a nivel constitucional, e inclusive los precedentes que dieron origen a las mismas y los efectos en el orden social. Así mismo, el libro nos da un panorama amplio y ágil, lo que permite que su lectura sea digerible para el lector, con el uso de un lenguaje accesible, permite que éste, sea dirigido a un público general amplio, no sólo en dirección a juristas, sino todo aquel que esté interesado en el conocimiento en los derechos laborales.

El libro aborda una amplia gama de temas, lo que permite que el conocimiento obtenido sea integral respecto a la reforma laboral. Me agrado bastante, por su claridad, al tratar los temas, y porque funge como una

guía, que sirve para profundizar en el contenido de la reforma laboral, que forman hoy en día los pilares de las luchas sociales entre la clase obrera-patronal del país. Sin embargo, nos da una muestra de su intolerancia en las decisiones políticas optadas por el gobierno.

Jenny Martínez de Jesús*

Ex Legibus, 11, Octubre 2019: pp. 595-602

* Estudiante de la Licenciatura en Derecho en la Universidad Autónoma del Estado de México. Practicante en el Centro de Investigaciones Judiciales de la Escuela Judicial del Estado de México. Correo: jenny22martinez04dejesus98@gmail.com

DOCUMENTOS

PALABRAS INAUGURALES DE LA ESPECIALIDAD EN DERECHO INTERNACIONAL DEL PROCESO ESCUELA JUDICIAL DEL ESTADO DE MÉXICO

LEONEL PEREZNIETO CASTRO*

Me ha correspondido el honor de hablar con ustedes en esta ceremonia de inauguración del curso de la Especialidad en Derecho Internacional del Proceso. Con ese objeto me referiré muy brevemente al contexto mundial actual en el que se encuentra México hoy en día y unas palabras más en cuanto al curso.

Después de muchos años, prácticamente aislado durante el siglo XX, México hizo su entrada en el concierto mundial de las naciones hace 24 años, con la firma del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, además de asumir obligaciones comerciales internacionales. Nuestro país finalmente aceptó la vocación norteamericana que le correspondía con la pertenencia a un bloque de naciones integrada ahora por los tres países que suscribieron el pacto internacional. Vocación más práctica que la asumida con anterioridad en la que divisaba una pretendida vocación latinoamericana, siendo que México está ubicado septentrionalmente respecto de estos países, y no ha tenido intereses reales en el área por haber permanecido históricamente muy alejado geográficamente de esa área.

Dicho lo anterior, es para concluir que México hoy en día es un país cuya economía depende mayormente de sus dos socios comerciales principales: Los Estados Unidos de América de quienes somos el primer socio comercial y proveedor de mercancías y Canadá, un creciente mercado para México, sin dejar de reconocer que hay otros países con los que comerciamos, aunque en menor medida como es el caso de la Unión Europea, con quienes tenemos firmado otro tratado de libre comercio,

* Profesor de carrera de Tiempo Completo en la UNAM. Investigador Nacional Nivel III. Miembro de número de la AMEDIP. Correo: lpereznieto@gmail.com

Japón y China y ya de forma individual en Sudamérica con Chile y Brasil aunque a un nivel más bajo de comercio, todo esto en conjunto hacen de México la onceava potencia exportadora en un mundo de 194 naciones.

Es evidente la interacción de México con el mundo y lo será indiscutiblemente más en el futuro. En materia judicial esta condición se refleja en varias vías. La de la familia en donde hay una creciente actividad en materia de alimentos, el desplazamiento ilícito de menores por parte de uno de sus progenitores sin la autorización del otro cónyuge, la adopción internacional de niños mexicanos que por cientos permanecen en alberges sin una familia que les pueda dar el calor necesario para crecer y desarrollarse como hombres y mujeres de bien; también, en el conocimiento de casos civiles y comerciales con elementos extranjeros; asimismo, en el de la cada día más creciente colaboración judicial internacional, esta colaboración que de forma más frecuente funciona en los dos sentidos, que van desde el requerimiento de jueces mexicanos a jueces extranjeros para el interrogatorio de un testigo que se encuentre fuera del ámbito territorial de un país, hasta el reconocimiento y ejecución de sentencias judiciales extranjeras.

Para hacer frente a esta nueva realidad ineludible para los jueces mexicanos, se proyectó este curso en un área que tiene como propósito formar individuos altamente capacitados para el estudio y tratamiento de los problemas que derivan del Derecho Internacional del Proceso, con conocimiento y habilidades que denoten el saber hacer, saber conocer y saber ser y que crea condiciones de alta competitividad en el mercado laboral para sus egresados.

El programa responde de esta manera al compromiso de la Escuela Judicial de brindar una formación amplia y sólida en el Derecho Internacional del Proceso. Como ustedes seguramente ya lo sabrán, la estructura del Plan de estudios considera dos líneas de especialización: en Derecho Internacional Privado y en Derecho Internacional Público.

Con ellas se pretende que los estudiantes adquieran en el estudio de dos materias optativas más las 10 materias básicas que conforman el plan de estudios y que se imparten bajo un sistema mixto: presencial y a distancia, con el apoyo de un robusto apoyo de tutorías, con el afán de incluir al mayor número posible de participantes que se encuentran en las diferentes sedes del Poder Judicial en el Estado; es decir, que la cobertura

se proporcione en las tres sedes educativas: Toluca, Tlanepantla y Texcoco y así estar en condiciones de dar cobertura a las 4 regiones judiciales y a los 18 distritos judiciales del Estado.

Se trata de un gran esfuerzo por parte de la Escuela Judicial en coordinación con las diferentes áreas del Poder Judicial del Estado de México, ha logrado para beneficio de todos ustedes.

Deseo que este esfuerzo por ofrecer un curso novedoso y necesario sea correspondido con el esfuerzo de todos ustedes quienes son el objetivo de todos nuestros afanes.

Muchas gracias.

CONVENIO SOBRE EL DERECHO DE SINDICACIÓN Y DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA, 1949

Preámbulo

La Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo:

Convocada en Ginebra por el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo, y congregada en dicha ciudad el 8 junio 1949 en su trigésima segunda reunión; Después de haber decidido adoptar diversas proposiciones relativas a la aplicación de los principios del derecho de sindicación y de negociación colectiva, cuestión que constituye el cuarto punto del orden del día de la reunión, y después de haber decidido que dichas proposiciones revistan la forma de un convenio internacional, adopta, con fecha primero de julio de mil novecientos cuarenta y nueve, el siguiente Convenio, que podrá ser citado como el Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949:

Artículo 1

1. Los trabajadores deberán gozar de adecuada protección contra todo acto de discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical en relación con su empleo.

2. Dicha protección deberá ejercerse especialmente contra todo acto que tenga por objeto:

(a) sujetar el empleo de un trabajador a la condición de que no se afilie a un sindicato o a la de dejar de ser miembro de un sindicato;

(b) despedir a un trabajador o perjudicarlo en cualquier otra forma a causa de su afiliación sindical o de su participación en actividades sindicales fuera de las horas de trabajo o, con el consentimiento del empleador, durante las horas de trabajo.

Artículo 2

1. Las organizaciones de trabajadores y de empleadores deberán gozar de adecuada protección contra todo acto de injerencia de unas

respecto de las otras, ya se realice directamente o por medio de sus agentes o miembros, en su constitución, funcionamiento o administración.

2. Se consideran actos de injerencia, en el sentido del presente artículo, principalmente, las medidas que tiendan a fomentar la constitución de organizaciones de trabajadores dominadas por un empleador o una organización de empleadores, o a sostener económicamente, o en otra forma, organizaciones de trabajadores, con objeto de colocar estas organizaciones bajo el control de un empleador o de una organización de empleadores.

Artículo 3

Deberán crearse organismos adecuados a las condiciones nacionales, cuando ello sea necesario, para garantizar el respeto al derecho de sindicación definido en los artículos precedentes.

Artículo 4

Deberán adoptarse medidas adecuadas a las condiciones nacionales, cuando ello sea necesario, para estimular y fomentar entre los empleadores y las organizaciones de empleadores, por una parte, y las organizaciones de trabajadores, por otra, el pleno desarrollo y uso de procedimientos de negociación voluntaria, con objeto de reglamentar, por medio de contratos colectivos, las condiciones de empleo.

Artículo 5

1. La legislación nacional deberá determinar el alcance de las garantías previstas en el presente Convenio en lo que se refiere a su aplicación a las fuerzas armadas y a la policía.

2. De acuerdo con los principios establecidos en el párrafo 8 del artículo 19 de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo, la ratificación de este Convenio por un Miembro no podrá considerarse que menoscaba en modo alguno las leyes, sentencias, costumbres o acuerdos ya existentes, que concedan a los miembros de las fuerzas armadas y de la policía las garantías prescritas en este Convenio.

Artículo 6

El presente Convenio no trata de la situación de los funcionarios públicos en la administración del Estado y no deberá interpretarse, en modo alguno, en menoscabo de sus derechos o de su estatuto.

Artículo 7

Las ratificaciones formales del presente Convenio serán comunicadas, para su registro, al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo.

Artículo 8

1. Este Convenio obligará únicamente a aquellos Miembros de la Organización Internacional del Trabajo cuyas ratificaciones haya registrado el Director General.

2. Entrará en vigor doce meses después de la fecha en que las ratificaciones de dos Miembros hayan sido registradas por el Director General.

3. Desde dicho momento, este Convenio entrará en vigor, para cada Miembro, doce meses después de la fecha en que haya sido registrada su ratificación.

Artículo 9

1. Las declaraciones comunicadas al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo, de acuerdo con el párrafo 2 del artículo 35 de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo, deberán indicar:

(a) los territorios respecto de los cuales el Miembro interesado se obliga a que las disposiciones del Convenio sean aplicadas sin modificaciones;

(b) los territorios respecto de los cuales se obliga a que las disposiciones del Convenio sean aplicadas con modificaciones, junto con los detalles de dichas modificaciones;

(c) los territorios respecto de los cuales es inaplicable el Convenio y los motivos por los cuales es inaplicable;

(d) los territorios respecto de los cuales reserva su decisión en espera de un examen más detenido de su situación.

2. Las obligaciones a que se refieren los apartados a) y b) del párrafo 1 de este artículo se considerarán parte integrante de la ratificación y producirán sus mismos efectos.

3. Todo Miembro podrá renunciar, total o parcialmente, por medio de una nueva declaración, a cualquier reserva formulada en su primera declaración en virtud de los apartados b), c) o d) del párrafo 1 de este artículo.

4. Durante los períodos en que este Convenio pueda ser denunciado de conformidad con las disposiciones del artículo 11, todo Miembro podrá comunicar al Director General una declaración por la que modifique, en cualquier otro respecto, los términos de cualquier declaración anterior y en la que indique la situación en territorios determinados.

Artículo 10

1. Las declaraciones comunicadas al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo, de conformidad con los párrafos 4 y 5 del artículo 35 de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo, deberán indicar si las disposiciones del Convenio serán aplicadas en el territorio interesado con modificaciones o sin ellas; cuando la declaración indique que las disposiciones del Convenio serán aplicadas con modificaciones, deberá especificar en qué consisten dichas modificaciones.

2. El Miembro, los Miembros o la autoridad internacional interesados podrán renunciar, total o parcialmente, por medio de una declaración ulterior, al derecho a invocar una modificación indicada en cualquier otra declaración anterior.

3. Durante los períodos en que este Convenio puede ser denunciado de conformidad con las disposiciones del artículo 11, el Miembro, los Miembros o la autoridad internacional interesados podrán comunicar al Director General una declaración por la que modifiquen, en cualquier otro respecto, los términos de cualquier declaración anterior y en la que indiquen la situación en lo que se refiere a la aplicación del Convenio.

Artículo 11

1. Todo Miembro que haya ratificado este Convenio podrá denunciarlo a la expiración de un período de diez años, a partir de la fecha en que se haya puesto inicialmente en vigor, mediante un acta comunicada, para su registro, al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo. La denuncia no surtirá efecto hasta un año después de la fecha en que se haya registrado.

2. Todo Miembro que haya ratificado este Convenio y que, en el plazo de un año después de la expiración del período de diez años mencionado en el párrafo precedente, no haga uso del derecho de denuncia previsto en este artículo quedará obligado durante un nuevo período de diez años, y en lo sucesivo podrá denunciar este Convenio a la expiración de cada período de diez años, en las condiciones previstas en este artículo.

Artículo 12

1. El Director General de la Oficina Internacional del Trabajo notificará a todos los Miembros de la Organización Internacional del Trabajo el registro de cuantas ratificaciones, declaraciones y denuncias le comuniquen los Miembros de la Organización.

2. Al notificar a los Miembros de la Organización el registro de la segunda ratificación que le haya sido comunicada, el Director General llamará la atención de los Miembros de la Organización sobre la fecha en que entrará en vigor el presente Convenio.

Artículo 13

El Director General de la Oficina Internacional del Trabajo comunicará al Secretario General de las Naciones Unidas, a los efectos del registro y de conformidad con el artículo 102 de la Carta de las Naciones Unidas, una información completa sobre todas las ratificaciones, declaraciones y actas de denuncia que haya registrado de acuerdo con los artículos precedentes.

Artículo 14

Cada vez que lo estime necesario, el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo presentará a la Conferencia General

una memoria sobre la aplicación del Convenio y considerará la conveniencia de incluir en el orden del día de la Conferencia la cuestión de su revisión total o parcial.

Artículo 15

1. En caso de que la Conferencia adopte un nuevo convenio que implique una revisión total o parcial del presente, y a menos que el nuevo convenio contenga disposiciones en contrario:

(a) la ratificación, por un Miembro, del nuevo convenio revisor implicará, ipso jure, la denuncia inmediata de este Convenio, no obstante, las disposiciones contenidas en el artículo 11, siempre que el nuevo convenio revisor haya entrado en vigor;

(b) a partir de la fecha en que entre en vigor el nuevo convenio revisor, el presente Convenio cesará de estar abierto a la ratificación por los Miembros.

2. Este Convenio continuará en vigor en todo caso, en su forma y contenido actuales, para las Miembros que lo hayan ratificado y no ratifiquen el convenio revisor.

Artículo 16

Las versiones inglesa y francesa del texto de este Convenio son igualmente auténticas.

Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley Federal del Trabajo, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, de la Ley Federal de la Defensoría Pública, de la Ley del Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores y de la Ley del Seguro Social, en materia de Justicia Laboral, Libertad Sindical y Negociación Colectiva

Al margen un sello con el Escudo Nacional, que dice:
Estados Unidos Mexicanos.- Presidencia de la República.

ANDRÉS MANUEL LÓPEZ OBRADOR, Presidente
de los Estados Unidos Mexicanos, a sus habitantes sabed:

Que el Honorable Congreso de la Unión, se ha servido
dirigirme el siguiente

DECRETO

EL CONGRESO GENERAL DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, DECRETA:

SE REFORMAN, ADICIONAN Y DEROGAN DIVERSAS DISPOSICIONES DE LA LEY FEDERAL DEL TRABAJO, DE LA LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN, DE LA LEY FEDERAL DE LA DEFENSORÍA PÚBLICA, DE LA LEY DEL INSTITUTO DEL FONDO NACIONAL DE LA VIVIENDA PARA LOS TRABAJADORES Y DE LA LEY DEL SEGURO SOCIAL, EN MATERIA DE JUSTICIA LABORAL, LIBERTAD SINDICAL Y NEGOCIACIÓN COLECTIVA.

ARTÍCULO PRIMERO. SE REFORMAN el párrafo primero y cuarto del artículo 3o.; el inciso a) de la fracción I del artículo 4o.; las fracciones III y VI del artículo 5o.; el segundo párrafo del artículo 22; la fracción III y V del artículo 28; el párrafo segundo del artículo 33; la fracción VI del artículo 42; los párrafos tercero y quinto del artículo 47; los párrafos primero, tercero y quinto del artículo 48; la fracción II y IV del artículo 49; el párrafo primero del artículo 57; el párrafo primero del artículo 75; el artículo 114; el párrafo segundo de la fracción IV del artículo 121; la fracción VI del artículo 127; la fracción XXVI del artículo 132; la fracción IV del artículo 133; el artículo 146; el artículo 152; el artículo 153; los párrafos primero y segundo del artículo 153-K; el párrafo primero del artículo 153-Q; el artí-

culo 153-L; el artículo 153-N; el artículo 153-X; el artículo 157; el párrafo segundo del artículo 158; la fracción II del artículo 163; el artículo 164; el párrafo primero del artículo 176; el párrafo primero del artículo 207; el artículo 210; el párrafo primero del artículo 211; el artículo 245; la fracción II del artículo 273; el párrafo segundo del artículo 277; el párrafo primero del artículo 278; la fracción II del artículo 283; la denominación del Capítulo XIII “Trabajadores del hogar”; el artículo 331; el párrafo primero del artículo 332; el artículo 333; el artículo 334; el artículo 336; las fracciones I y III del artículo 337; la fracción I del artículo 338; el párrafo primero del artículo 340; el artículo 342; las fracciones I y II del artículo 343-E; el artículo 353-O; el párrafo segundo del artículo 353-R; el párrafo primero del artículo 357; el párrafo primero del artículo 358; el artículo 364; el artículo 364 Bis; los párrafos primero y segundo, y las fracciones II y III del artículo 365; los párrafos primero y segundo del artículo 365 Bis; actuales párrafos primero y segundo del artículo 366, el artículo 368; los párrafos primero y segundo del artículo 369; las fracciones IX, X y XIII del artículo 371; los párrafos primero, actuales segundo, tercero, cuarto y quinto del artículo 373; el párrafo primero del artículo 374; el párrafo segundo del artículo 376; la fracción II y el párrafo segundo del artículo 377; el primer párrafo del artículo 384; los párrafos primero y segundo del artículo 387; la fracción I y III del artículo 388; el artículo 389; el párrafo primero del artículo 390; el artículo 391 Bis; artículo 392; el artículo 395; el párrafo primero del artículo 399; el párrafo segundo del artículo 399 Bis; la fracción I del artículo 401; artículo 407; artículo 408; artículo 409; el primer párrafo del artículo 411; la fracción III del artículo 412; artículo 414; las fracciones I, III, IV, V y VI inciso b) del artículo 415; el artículo 418; las fracciones II y IV del artículo 419; el párrafo segundo del artículo 419 Bis; el párrafo primero del artículo 421; las fracciones II y IV del artículo 424; el artículo 424 Bis; el párrafo primero del artículo 426; las fracciones I, II, III, y IV del artículo 429; el artículo 430; el artículo 431; el párrafo primero del artículo 432; las fracciones I, II y III del artículo 435; el artículo 439; el párrafo primero del artículo 448; el artículo 449; las fracciones II y III del artículo 451; la fracción III del artículo 459; la fracción IV del artículo 469; el artículo 476; el párrafo segundo del artículo 483; el primer párrafo del artículo 490; el artículo 493; el primer párrafo y las fracciones I, II, III y IV del artículo 501; el artículo 503; el párrafo primero de la fracción V del artículo 504; el artículo 505; el párrafo segundo del artículo 512-B; el párrafo primero del artículo 512-C; el párrafo primero del artículo 513; el párrafo segundo del

artículo 514; la fracción III y el párrafo segundo del artículo 519; la fracción I del artículo 521; las fracciones X y XI del artículo 523; el artículo 525 Bis; el párrafo segundo del artículo 527; el artículo 531; los párrafos primero, segundo, tercero y cuarto del artículo 539-B; la fracción III del artículo 549; la denominación del Capítulo XII para quedar como “De la Competencia de los Tribunales”; el primer párrafo del artículo 604; el primer párrafo del artículo 605; el párrafo primero del artículo 610; la denominación del Capítulo I del Título XIII para quedar como “De los procedimientos de designación de representantes de los trabajadores y de los patrones”; el artículo 648; el artículo 650; el párrafo primero del artículo 658; las fracciones I, V y IX del artículo 660; el artículo 661; el artículo 662; el artículo 666; el artículo 667; el artículo 668; las fracciones I y II del artículo 669; el artículo 670; el artículo 677; el artículo 680; el párrafo primero y el actual segundo del artículo 685; el párrafo segundo del artículo 686; el artículo 688; el artículo 690; el párrafo primero del artículo 691; la fracción I del artículo 692; el artículo 693; el artículo 694; el párrafo segundo del artículo 697; el artículo 698; el artículo 699; los incisos a), b) y c) de la fracción II y las fracciones III, IV, V y VI del artículo 700; el artículo 701; el párrafo segundo del artículo 703; el artículo 704; el artículo 706; el párrafo primero del artículo 709; la denominación del Capítulo V, “De la Actuación de los Tribunales” del Título Catorce; los párrafos primero y segundo del artículo 712; el artículo 714; el artículo 715; el artículo 717; el artículo 718; el artículo 719; el artículo 720; el artículo 721; el párrafo primero del artículo 722; el artículo 723; el artículo 724; el artículo 725; el artículo 726; el artículo 727; el artículo 728; las fracciones II y III del artículo 729; el artículo 730; el primer párrafo y la fracción I del artículo 731; el artículo 734; el artículo 737; los párrafos primero, segundo y tercero del artículo 739; las fracciones II, III, VI, VIII y XII del artículo 742; las fracciones III, V y VI, y el párrafo segundo del artículo 743; el artículo 744; el artículo 745; los párrafos primero y segundo del artículo 746; la fracción II del artículo 747; el artículo 749; el artículo 753; el artículo 757; el artículo 758; el artículo 759; el primer párrafo del artículo 760; el primer párrafo del artículo 766; la fracción II del artículo 769; el segundo párrafo del artículo 770; el primer párrafo del artículo 771; el artículo 772; el artículo 773; el artículo 774; el artículo 778; el artículo 779; el artículo 782; el artículo 783; el primer párrafo y fracción VI del artículo 784; el primer párrafo del artículo 785; el primer párrafo del artículo 786; el artículo 787; el artículo 788; el artículo 789; las fracciones I, II, III, VI y VII del artículo 790; el primer párrafo del

artículo 791; el artículo 793; el artículo 795; el artículo 798; el segundo párrafo del artículo 800; el artículo 801; el artículo 803; el segundo párrafo del artículo 807; el artículo 809; las fracciones I, II, III y IV del artículo 813; el artículo 814; las fracciones I, II, IV, V, VI, VII, VIII y XI del artículo 815; el artículo 816; el artículo 817; el artículo 818; el artículo 819; el artículo 821; el artículo 822; el artículo 823; el artículo 824; las fracciones II, III y IV del artículo 825; el artículo 826; el artículo 826 Bis; el actual párrafo primero del artículo 827; el artículo 828; las fracciones I y II del artículo 829; el artículo 830; el artículo 831; el artículo 835; el artículo 836; el artículo 836-A; las fracciones I, IV, V y segundo párrafo del artículo 836-D; la fracción III del artículo 837; el artículo 838; el artículo 839; el primer párrafo y la fracción I del artículo 840; el artículo 841; el artículo 842; el artículo 843; el artículo 844; el primer párrafo del artículo 847; el artículo 848; el primer párrafo y la fracción I del artículo 857; el artículo 858; el artículo 860; las fracciones II y IV del artículo 861; el artículo 862; el segundo párrafo del artículo 863; la denominación del Capítulo XVII del Título Quince, para quedar como “Del procedimiento ordinario”; el artículo 870; el artículo 871; el artículo 872; los actuales párrafos primero y segundo del artículo 873; el artículo 874; el artículo 892; el artículo 893; el artículo 894; el párrafo primero del artículo 895; el artículo 896; el artículo 897; el párrafo segundo del artículo 899-A; los párrafos primero, segundo, sexto, séptimo, octavo, noveno, décimo, décimo primero, décimo segundo, décimo tercero, décimo cuarto, décimo quinto y décimo sexto del artículo 899-E; los párrafos primero y tercero del artículo 899-F; el artículo 899-G; el artículo 901; el párrafo primero del artículo 902; el artículo 905; las fracciones III, IV, VI y VII del artículo 906; el párrafo primero del artículo 907; el párrafo primero del artículo 909; el artículo 912; el artículo 913; el párrafo primero y la fracción III del artículo 916; el artículo 919; la fracción II del artículo 920; el párrafo primero del artículo 921; el artículo 922; el artículo 923; el artículo 926; las fracciones I y III del artículo 927; las fracciones III, IV y V y, el párrafo segundo del artículo 928; el artículo 929; las fracciones I, II, III, IV y V del artículo 930; la fracción V del artículo 931; el párrafo primero del artículo 932; el artículo 934; el artículo 935; el artículo 936; el artículo 937; las fracciones I, II, III y IV del artículo 938; el párrafo primero del artículo 939; el artículo 940; el artículo 941; el artículo 942; el artículo 943; el artículo 944; los párrafos primero y actual segundo del artículo 945; el artículo 946; el párrafo primero del artículo 947; el artículo 948; el artículo 949; el artículo 950; el artículo 955; el artículo 956; el artículo 957; el

artículo 958; el artículo 962; las fracciones I, V, VI y VII del artículo 963; las fracciones II y III del artículo 964; el párrafo segundo del artículo 965; las fracciones II y III del artículo 966; el párrafo segundo del artículo 967; las fracciones I y III del apartado A, las fracciones I y III del apartado B y el párrafo segundo del artículo 968; la fracción I del artículo 969; el artículo 970; las fracciones I, II, III, IV y VI del artículo 971; el artículo 972; el artículo 974; los incisos a) y c) de la fracción II del artículo 975; el párrafo primero y las fracciones I, II y V del artículo 977; el artículo 978; el párrafo primero del artículo 979; las fracciones I, II y III del artículo 980; el párrafo primero del artículo 981; el artículo 982; el artículo 983; el artículo 984; el párrafo primero del artículo 985; el artículo 986; los párrafos primero y tercero del artículo 987; el artículo 988; el artículo 989; el artículo 990; el artículo 991; los párrafos primero y segundo del artículo 992; el artículo 993; las fracciones I, II, III, IV, V, VI y VII del artículo 994; el artículo 995; el artículo 995 Bis; las fracciones I y II del artículo 996; el artículo 997; el artículo 998; el artículo 999; el artículo 1000; el artículo 1001; el artículo 1002; el artículo 1003; el artículo 1004; el artículo 1004-A; el artículo 1004-B; el artículo 1004-C; el párrafo primero del artículo 1005; el artículo 1006 y el artículo 1008; SE ADICIONAN el artículo 3o. Ter; las fracciones XIV y XV del artículo 5o.; la fracción X del artículo 25; el párrafo tercero del artículo 33; el párrafo séptimo del artículo 48; el artículo 48 Bis; los párrafos segundo y tercero del artículo 49; los párrafos tercero y cuarto del artículo 101; el párrafo segundo a la fracción V del artículo 110; las fracciones XXX, XXXI, XXXII y XXXIII del artículo 132; las fracciones XVII y XVIII del artículo 133; las fracciones XII, XIII, XIV y XV, y un párrafo tercero del artículo 153-K; el párrafo segundo del artículo 183; el artículo 245 Bis; el artículo 279 Quáter; el artículo 280 Bis; la fracción XIV del artículo 283; la fracción IV del artículo 337; la fracción III y el segundo párrafo del artículo 343-E; los párrafos segundo y tercero, y se recorre el párrafo segundo al párrafo cuarto del artículo 357, del artículo 357 Bis; las fracciones I, II, III y IV del artículo 358; el párrafo segundo del artículo 360; el párrafo segundo del artículo 364; los párrafos segundo y tercero del artículo 364 Bis; la fracción VIII y los párrafos cuarto y sexto, y se recorre el párrafo cuarto al párrafo quinto, del artículo 365 Bis; el párrafo segundo, y se recorren los párrafos segundo y tercero, para quedar como párrafos tercero y cuarto, del artículo 366; la fracción III del artículo 369; las fracciones IX Bis, IX Ter y XIV Bis del artículo 371; el artículo 371 Bis; los párrafos segundo y tercero, recorriéndose la numeración de los anteriores párrafos del segundo al

cuarto para quedar como cuarto, quinto, sexto, y séptimo, el párrafo octavo, recorriéndose el último párrafo para quedar como número nueve del artículo 373; las fracciones IV y V el artículo 374; las fracciones III, IV, V, VI, VII y VIII y el segundo párrafo del artículo 378; el artículo 386 Bis; el párrafo tercero del artículo 387; el párrafo segundo del artículo 388; el párrafo tercero con los incisos a), b), c) y d) y el párrafo cuarto del artículo 390; el artículo 390 Bis; el artículo 390 Ter; el párrafo segundo, tercero y cuarto del artículo 391, el artículo 399 Ter; el artículo 400 Bis; el segundo y tercero párrafo del artículo 416; la fracción V del artículo 419; el párrafo tercero y cuarto del artículo 518; la fracción III del artículo 521; las fracciones II Bis y II Ter del artículo 523; el párrafo tercero del artículo 527; las fracciones IV y V del artículo 530; las fracciones V Bis y VI Ter del artículo 541; el Capítulo IX Bis denominado “Del Centro Federal de Conciliación y Registro Laboral”; que comprende el artículo 590-A; el artículo 590-B; el artículo 590-C; el artículo 590-D; el Capítulo IX Ter denominado “De los Centros de Conciliación de las entidades federativas y de la Ciudad de México”; que comprende el artículo 590-E; el artículo 590-F; el párrafo segundo del artículo 604; el Título Trece Bis; el Capítulo I, denominado “Del procedimiento de conciliación prejudicial”; el artículo 684-A; el artículo 684-B; el artículo 684-C; el artículo 684-D; el artículo 684-E; el Capítulo II denominado “De los conciliadores”; el artículo 684-F; el artículo 684-G; el artículo 684-H; el artículo 684-I; el artículo 684-J; el Capítulo III denominado “Del procedimiento para la selección de conciliadores”; el artículo 684-K; el artículo 684-L; el artículo 684-M; el artículo 684-N; el artículo 684-O; el artículo 684-P; el artículo 684-Q; el artículo 684-R; el artículo 684-S; el artículo 684-T; el artículo 684-U; el párrafo segundo, y se recorre el párrafo segundo al párrafo tercero, del artículo 685; el artículo 685 Bis; el artículo 685 Ter; los párrafos tercero y cuarto del artículo 690; el artículo 705 Bis; el artículo 706 Bis; el artículo 707 Bis; el artículo 707 Ter; el artículo 709-A; el artículo 709-B; el artículo 709-C; el artículo 709-D; el artículo 709-E; el artículo 709-F; el artículo 709-G; el artículo 709-H; el artículo 709-I; el artículo 709-J; los párrafos tercero, cuarto y quinto del artículo 712; el artículo 712 Bis; el artículo 712 Ter; los párrafos segundo, tercero, cuarto, quinto, sexto, séptimo, octavo, noveno, décimo, décimo primero y décimo segundo del artículo 720; los párrafos segundo y tercero del artículo 721; el párrafo segundo del artículo 726; los párrafos cuarto, quinto y séptimo, recorriendo el párrafo cuarto al sexto, del artículo 739; el artículo 739 Bis; el artículo 739 Ter; la fracción XIII del artículo 742; el

artículo 742 Bis; el artículo 742 Ter; los párrafos tercero y cuarto del artículo 743; el tercer párrafo del artículo 744; el artículo 744 Bis; el artículo 745 Bis; el artículo 745 Ter; las fracciones III y IV y el segundo párrafo del artículo 747; el segundo párrafo del artículo 753; los párrafos tercero y cuarto, se recorre el párrafo tercero al párrafo quinto del artículo 763; el artículo 763 Bis; las fracciones IX y X del artículo 776; el segundo párrafo del artículo 778; el segundo párrafo del artículo 782; el segundo párrafo del artículo 783; los párrafos segundo y tercero de la fracción VI del artículo 784; los párrafos segundo y tercero, y se recorre el segundo párrafo al cuarto del artículo 785; los párrafos segundo y tercero con cuatro incisos del artículo 787; el segundo párrafo del artículo 788; el artículo 790 Bis; los párrafos segundo y tercero de la fracción III y el primer párrafo, y se recorre el primer párrafo al segundo, del artículo 813; los párrafos segundo, tercero y cuarto de la fracción V, las fracciones XII y XIII y el segundo párrafo del artículo 815; el segundo párrafo del artículo 824; el artículo 824 Bis; el segundo párrafo del artículo 827; tres incisos a la fracción I, y dos incisos a la fracción II del artículo 829; el inciso q) del artículo 836-B; el tercer párrafo de la fracción I del artículo 836-D; las fracciones III y IV del artículo 857; los párrafos segundo, tercero y cuarto del artículo 858; el segundo párrafo del artículo 870; el artículo 870 Bis; los párrafos segundo con seis incisos y tercero del artículo 871; los apartados A con siete fracciones y el apartado B con tres fracciones del artículo 872; los párrafos segundo, cuarto, quinto y sexto, y se recorre el párrafo segundo para quedar como párrafo tercero, del artículo 873; el artículo 873-A; el artículo 873-B; el artículo 873-C; el artículo 873-D; el artículo 873-E; el artículo 873-F; el artículo 873-G; el artículo 873-H; el artículo 873-I; el artículo 873-J; el artículo 873-K; los párrafos segundo, tercero y cuarto del 893; los párrafos segundo y tercero del 894; el párrafo segundo del artículo 895; el artículo 897-A; el artículo 897-B; el artículo 897-C; el artículo 897-D; el artículo 897-E; el artículo 897-F; el artículo 897-G; los párrafos décimo tercero y décimo quinto del artículo 899-E; los párrafos segundo, tercero, cuarto, quinto, sexto, séptimo y octavo del artículo 905; las fracciones IV, V y VI del artículo 920; el párrafo tercero del artículo 921; el artículo 921 Bis; la fracción V del artículo 927; las fracciones VI, VII, VIII, IX, X, XI y XII del artículo 931; el párrafo segundo del artículo 939; los párrafos segundo y tercero, recorriendo el párrafo segundo al cuarto, del artículo 945; el párrafo segundo del artículo 949; las fracciones IV y V del artículo 964; el artículo 966 Bis; el artículo 966 Ter; el artículo 991 Bis; la fracción VIII del

artículo 994 y el párrafo segundo y tercero del artículo 1005; SE DEROGAN el artículo 353-S; el artículo 353-T; el artículo 367; las fracciones I y II del artículo 421; la fracción XII del artículo 523; el artículo 530 Bis; la fracción V del artículo 541; los párrafos segundo, tercero y cuarto del artículo 605; el artículo 605 Bis; el artículo 606; el artículo 607; el artículo 608; el artículo 609; las fracciones I, II, III, IV, V y VI del artículo 610; el artículo 611; el artículo 612; el artículo 613; el artículo 614; el artículo 615; el artículo 616; el artículo 617; el artículo 618; el artículo 619; el artículo 620; el artículo 621; el artículo 622; el artículo 623; el artículo 624; el artículo 625; el artículo 626; el artículo 627; el artículo 627-A; el artículo 627-B; el artículo 627-C; el artículo 628; el artículo 629; el artículo 630; el artículo 631; el artículo 632; el artículo 633; el artículo 634; el artículo 635; el artículo 636; el artículo 637; el artículo 638; el artículo 639; el artículo 640; el artículo 641; el artículo 642; el artículo 643; el artículo 644; el artículo 645; el artículo 646; el artículo 647; el artículo 649; el artículo 651; el artículo 656; el artículo 659; el artículo 663; el artículo 664; el artículo 665; el artículo 671; el artículo 672; el artículo 673; el artículo 674; el artículo 675; el artículo 705; el artículo 707; el artículo 708; las fracciones I, II, III y IV del artículo 709; el artículo 710; la fracción IV del artículo 743; las fracciones IV y V del artículo 790; el segundo párrafo del artículo 791; las fracciones IX y X del artículo 815; las fracciones I y V del artículo 825; las fracciones III y IV del artículo 829; el artículo 845; el artículo 846; el segundo párrafo del artículo 847; el artículo 849; el artículo 850; el artículo 851; el artículo 852; el artículo 853; el artículo 854; el artículo 855; el artículo 856; el artículo 864; el artículo 875; el artículo 876; el artículo 878; el artículo 879; el artículo 880; el artículo 881; el artículo 883; el artículo 884; el artículo 885; el artículo 886; el artículo 887; el artículo 888; el artículo 889; el artículo 890; el artículo 891; las fracciones I, II, III y IV del artículo 895; el artículo 898; el artículo 899; el párrafo tercero del artículo 899-A; los párrafos tercero, cuarto y quinto del artículo 899-E, recorriéndose la numeración de los párrafos subsecuentes; la fracción VIII del artículo 906; el artículo 908; el artículo 915; el artículo 917; el artículo 918; la fracción I del artículo 928; la fracción VI del artículo 930 y la fracción I del artículo 931, de la Ley Federal del Trabajo.

EVENTOS

PROGRAMACIÓN ACADÉMICA Y CULTURAL DE LA ESCUELA JUDICIAL DEL ESTADO DE MÉXICO

6° Congreso Internacional de Filosofía del Derecho
“Argumentación Jurídica”



6° Congreso Internacional de
Filosofía del Derecho
Argumentación jurídica

• Dr. Víctor Manuel Rojas Amandi • Dr. Imer Flores Mendoza • Dr. Leonel
Pereznieta Castro • Mtro. David Hernández González • Mtra. Mariza Martínez
Maravilla • Mtra. Claudia Celis García • Mtro. Lawrence Flores Ayvar
• Dr. Jorge Ulises Carmona Tinoco • Mtro. Guillermo Gabino Vázquez Robles

EJEM•Toluca
22 al 24 de octubre, 2019
Horario de 17:00 a 20:00 hrs

 @escuelajudicial.edomex |  Escuela Judicial Estado de México | www.pjedomex.gob.mx/ejem

Ex Legibus, 11, Octubre 2019: pp. 625-636

III Congreso Latinoamericano del ILTRAS y V Congreso Nacional de la SMDTSS. Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Reformas Laborales en América Latina y sus efectos frente al futuro del trabajo.



PODER JUDICIAL
DEL ESTADO DE MÉXICO

TRABAJO
Secretaría del
Trabajo

SOCIEDAD MEXICANA
de la Seguridad Social

ILTRAS
Instituto Latinoamericano
de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social

Costos:
General: \$ 1,200
Colaboradores judiciales y de la
Secretaría del Trabajo: \$ 1,000
Estudiantes: \$ 700

**III Congreso Latinoamericano del ILTRAS y
V Congreso Nacional de la SMDTSS**
Derecho del Trabajo y Seguridad Social
Reformas Laborales en América Latina y sus efectos frente al futuro del trabajo

18 • 19 • 20 de septiembre

 **ESCUELA JUDICIAL**
DEL ESTADO DE MÉXICO

Josefa Ortiz de Domínguez
Norte No. 306, col. Santa Clara,
CP 50060, Toluca, Estado de México.



III Congreso Latinoamericano del ILTRAS y V Congreso Nacional de la SMDTSS

“PRIMER CENTENARIO DE OIT”.

Reformas Laborales en América Latina y sus efectos frente al futuro del Trabajo.

Programa de actividades

18 de septiembre			
Hora	Actividad	Participantes	Lugar
08:30 hrs.	Registro de participantes y entrega de material		Patio Central de la Escuela Judicial
09:00 hrs.	Ceremonia de Inauguración		Aula Magna de la Escuela Judicial
10:00 hrs.	Conferencia magistral	Mgdo. Dr. Sergio Javier Medina Peñaloza, Presidente del Tribunal Superior de Justicia y del Consejo de la Judicatura del Estado de México.	
11:00 Mrs.	1° Panel inaugural: “Perspectiva de la Reforma Laboral en México”	1. Consejero Luis Gerardo De la Peña Gutiérrez 2. Secretaria del Trabajo, Martha Hilda González Calderón 3. Magistrado Sergio Javier Molina Martínez 4. Presidenta del ILTRAS, Martha Elisa Monsalve Cuéllar 5. Director de la SMDTSS, Tomas H. Natividad Sánchez	

12:00 hrs.	Conferencia magistral	Pedro Salazar Ugarte	
13:00 hrs.	2° Panel: "Tendencias de las Reformas Laborales en: México 2019, Brasil 2017, y Chile 2016. Similitudes y diferencias relacionadas con la negociación colectiva. Elementos comunes; desde la visión nacional"	1. Segundo Hinojos 2. Magistrado José Antonio Abel Aguilar 3. Álvaro Sánchez 4. Soralla Bañuelos de la Torre	
14:30 hrs.	Receso de actividades		
16:00 hrs.	Conferencia magistral: "Protección de los trabajadores y los derechos humanos. Trabajo digno o decente"	Rafael Adrián Avante Juárez	Aula Magna de la Escuela Judicial
17:00 hrs	3A Panel "El futuro de los Regímenes Pensionales en América Latina: Brasil, México, Chile, Argentina y Colombia, retos y perspectivas"	1. Mario Emilio Garzón Chapa 2. Porfirio Marquet Guerrero 3. Aristides Hernández Morales 4. José Antonio Flores Linares	
18:20	3B Panel "El futuro de los Regímenes Pensionales en América Latina: Brasil, México, Chile, Argentina y Colombia, retos y perspectivas"	1. Ángel Guillermo Ruiz Moreno 2. Rafael Navarro Mora 3. Zélia Luisa Pierdoná 4. José Antonio Torres Brizuela	

19:40 hrs.	4° Panel "Reformas al Procedimiento Laboral. La oralidad como medio de celeridad en la administración de justicia. Propuestas de unificación de un sistema procesal laboral latinoamericano"	1. Carlos De Buen Unna 2. José Francisco Maciel Amaya 3. Juan Manuel Vega Tapia 4. Ernesto Forero Vargas 5. Eduardo Flores	

Palabras inaugurales del Maestro Luis Gerardo de la Peña Gutiérrez, Consejero de la Judicatura del Estado de México:

Es un momento paradigmático, la justicia laboral se enfrenta, desde mi muy particular punto de vista, al cambio más trascendente que ha sufrido desde la Constitución de 1917, desde que el constituyente de Querétaro que creó la primera Constitución de corte social.

Esta reforma de justicia laboral tiene tres ejes principales: democracia sindical, la negociación colectiva y la justicia laboral. La fracción XX del artículo 123 apartado A, que jamás había sido reformada, hacía referencia a que los conflictos obrero-patronales serían sometidos a las juntas de conciliación y arbitraje; el Derecho del Trabajo se ha modernizado, hemos dejado de tener una visión procedente de hace un siglo para acercarnos a una visión del México del siglo XXI, se ha dejado la integración tripartita para la impartición de justicia laboral, porque ahora se establece que los conflictos laborales serán sometidos a los tribunales dependientes del Poder Judicial de la Federación o los Poder Judiciales de las entidades federativas.

Para el Poder Judicial del Estado de México, la capacitación en materia del trabajo es una prioridad, es por ello que, por más de un año se ha brindado educación continua a los funcionarios judiciales, ha este propósito es que hoy iniciamos este esfuerzo académico y agradecemos el apoyo que nos dado ILTRAS, el Instituto Latinoamericano de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social.

La lógica durante estos tres días de ardua jornada académica será analizar las tendencias del Derecho del Trabajo, y por eso que analizaremos las tendencias de las Reformas en México y en América Latina, también analizaremos el futuro de los regímenes pensionales, las Reformas al procedimiento laboral, el futuro de las relaciones laborales de cara a la revolución 4.0, el análisis de los aciertos y desaciertos a los 100 años de existencia de OIT y los medios alternativos de solución de controversias.

Palabras inaugurales de la Doctora Martha Elisa Monsalve Cuéllar Presidenta el Instituto Latinoamericano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Durante los últimos 40 años han ocurrido cambios fundamentales que hemos podido presenciar, especialmente en el tema que nos convoca, el trabajo, en donde la forma de ofertarlo, realizarlo, la segmentación de las empresas, la externalización de procesos productivos y de comercialización, fenómenos como la globalización, la internacionalización de las economías que sin ser fenómenos nuevos en esa evolución cíclica, presentaron grandes repercusiones en la oferta y demanda del trabajo, agravado por fenómenos demográficos de alta significación, movimientos migratorios originados por causas políticas, económicas y religiosas, potencializados por las guerras, la baja tasa de natalidad y la consecuencia del envejecimiento poblacional, con cambios en los cálculos de vida probable que llevan a las compañías de seguros a calcular 110 años de vida probable con las primas correspondientes; los cambios en los sistemas de salud que nos condujeron a la medicina preventiva y al cuidado de la salud en términos del ejercicio, la alimentación, además de la concientización sobre el cuidado personal, tenemos ahora casos de longevidad nunca vistos, lo que nos alerta de que para el año 2050 el 85% de la población estará envejecida, con las consecuencias de no contar con una formación técnica y profesional para dar cuidados a estas personas, las cuales estarán en una condición de vulnerabilidad.

Las crisis económicas, entre ellas, la de 2008, de la cual no terminamos de reponernos, han cambiado la visión frente al mundo del trabajo; desde este marco en 2014, en la XVIII Reunión regional de las Américas, en Lima, el Director de la OIT, Guy Ryder, esbozó el futuro del trabajo que ha ocupado los escenarios, no solo del foro mundial del Derecho del trabajo y de la Seguridad social, sino que se ha convertido en el tema obligado en los eventos invitan a pensar opinar y proponer fórmulas.

Frente a este reto planteado por el incremento de las altas tecnologías a través de la revolución 4.0 que ha cambiado completamente el concepto de la relación de trabajo y los derechos garantizados, que de ellas se deducen y que afectan a las organizaciones sindicales, a la negociación colectiva y a la seguridad social.

La dinámica aparición de reformas laborales de la seguridad social, que a lo largo y ancho del continente se han ido sucediendo se proyecta en los más importantes países de América Latina y de los cuales México no es una excepción.

Las reformas de mayo de 2019, de la cual nos ocuparemos en estos días, se anticiparon a los instrumentos internacionales adoptados por la OIT, en su reunión del centenario, en junio tuvo lugar la 108ª, con la cual encontramos similitudes respecto a la protección al salario consignada en el artículo 33, con la prevista en la reforma brasilera, así como en su artículo 48, las cuales, desde nuestra óptica, encontramos benéficas, pero que las voces autorizadas nos indicarán si son convenientes en su práctica o no.

El diálogo social potencializado por la OIT en otros de los instrumentos internacionales promulgados en el centenario de la organización en el informe mundial presentado por la comisión de alto nivel, el 22 de enero de este año, relativo al futuro del trabajo es ya la figura común para los mexicanos en su Constitución de 1917 y con la reforma a la Comisión Nacional de Productividad, nos llevarán a las conclusiones que podamos construir como parte de este magno evento.

Suscita un particular interés el articulado 164 del decreto derogatorio de la Ley federal, en cuanto a la igualdad de género referida a los trabajadores con responsabilidades, familiares que desarrolla el convenio 156 de 1981, de OIT, reitera la igualdad de trato y oportunidad especialmente en el marco salarial, ya que las mujeres en el mundo ganamos menos que los hombres.

Lo que no nos sorprende, pero nos genera un gran interés es conocer en detalle las razones de la creación del Centro Federal de Conciliación y Registro Laboral, en el cual, se llevará a cabo la conciliación prejudicial.

Cabe destacar que las Juntas de Conciliación y Arbitraje fueron tomadas en mi país como un medio efectivo para la resolución de conflictos, iniciándose como una actividad realizada por las cámaras de comercio, que pronto se trasladaron a los consultorios jurídicos de las universidades, es decir, por considerarlos una justicia mucho más rápida y efectiva todo en las ramas del Derecho excepto en el laboral, porque nosotros tenemos la figura de la conciliación que se opera en todo momento, definitivamente México y sus legislaciones de avanzada han sido el hito en

Latinoamérica y ello nos lleva a la obligación de estudiarlas a toda profundidad.

Cuando veo todas estas caras jóvenes que tienen la gran responsabilidad del futuro del trabajo, no puedo decirles menos que deben construir un nuevo Derecho del Trabajo y de la seguridad social, que se adapte a estos grandes cambios que estamos presenciando en el siglo XXI.

Palabras inaugurales del Presidente del Tribunal Superior de Justicia y de la Judicatura del Estado de México, Magistrado Doctor Sergio Medina Peñalosa

Aquí, por estos muros, por estos pasillos, por sus aulas, han desfilado y seguirán haciéndolo grandes conocedores del Derecho, pensadores que reflexionan todos los días sobre los alcances que puede tener nuestra disciplina, pero, sobre todo, la actividad de los poderes judiciales, es por eso que nos congratula ser sede de este Congreso, sin duda uno de los más importantes que hay en el país y en Latinoamérica.

Este evento obedece a dos temas, a la conmemoración del centésimo aniversario de Organización Internacional del Trabajo y a la implementación de la Reforma al sistema de justicia laboral en México. Estoy seguro de lo enriquecedor de las experiencias y aportaciones que los distinguidos conferencistas de alto reconocimiento en México, y también en el mundo, nos brindarán. Estamos comprometidos para que en el año 2020 se dé inicio la Reforma laboral.

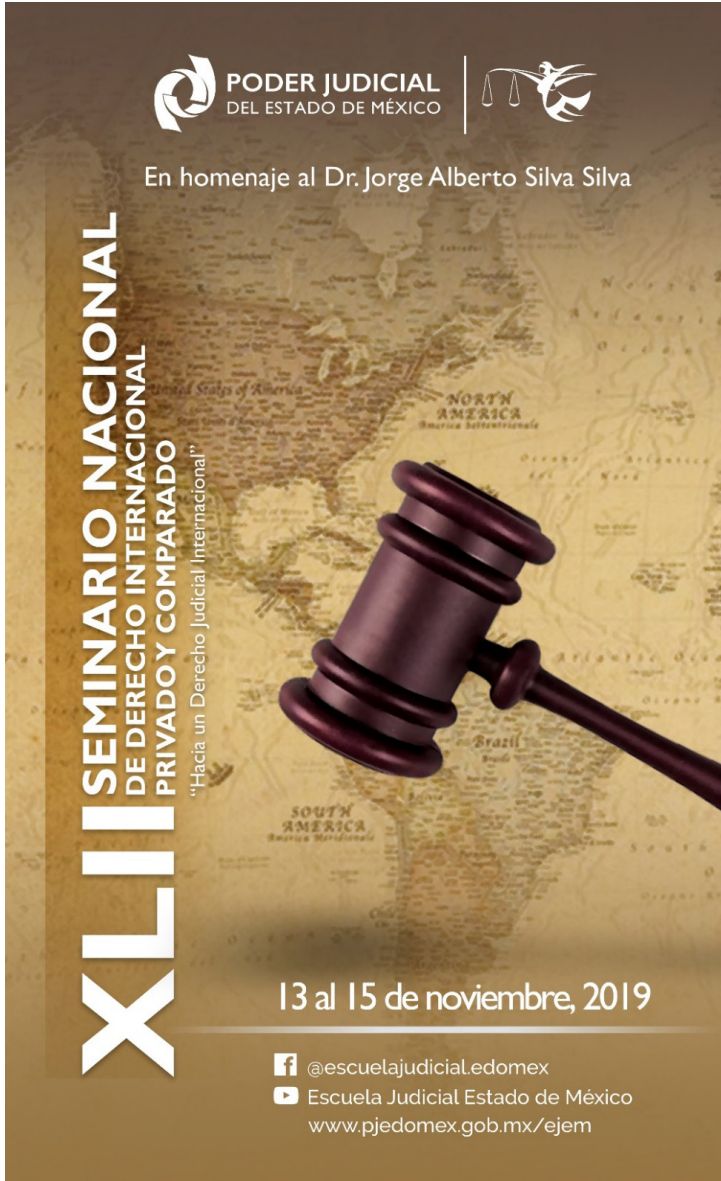
En el Estado de México, es un compromiso que asumimos y que desde el Poder judicial, estamos seguros que cumpliremos con la expectativa para estar en la posición que merece México, respecto a esta gran transformación de la justicia laboral, además, esta experiencia se ha replicado en el seno de la Comisión Nacional de Tribunales Superiores de Justicia de la (CONATrib), lo cual es muestra de la pertinencia y necesidad de conjuntar los esfuerzos para sacar adelante este enorme reto que significa implementar la reforma laboral en nuestro país.

Siete de cada diez asuntos judiciales en el país, son atendidos por los tribunales locales, es por ello en el Poder judicial del Estado de México asumió con gran responsabilidad y convicción el reto que nos impone la implementación de la reforma laboral, así junto con todos nuestros aliados, las demás instituciones participantes, seguiremos impulsando acciones y eventos que como el de hoy, muestran que el compromiso que nos une, ello a través del debate académico, del intercambio de ideas y experiencias para avanzar en la enorme responsabilidad de brindar una justicia de excelencia para todos los mexicanos.

Somos sin duda una institución que desde la impartición de justicia seguirá ayudando al desarrollo y bienestar de nuestro país, nuestra misión en materia laboral será que desde cada sentencia se fortalezca el Estado de Derecho y se tutelen las garantías laborales de los trabajadores, consolidando también las inversiones para que exista confianza en aquellos que las tienen, además de atraer capitales para generar empleos; todo esto para mejorar el bienestar de todas las familias mexiquenses.

Quiero externarles a todos y cada uno de mis compañeros que aquí en el Estado de México estamos trabajando con un equipo sumamente comprometido también incluso con la federación para llevar a cabo esta gran reforma por el bien de México por el bien del país y sobre todo por el desarrollo de la justicia laboral.

XLII Seminario Nacional de Derecho internacional privado y comparado. “Hacia un Derecho Judicial Internacional”.



**XLII SEMINARIO NACIONAL
DE DERECHO INTERNACIONAL
PRIVADO Y COMPARADO**
“Hacia un Derecho Judicial Internacional”

**PODER JUDICIAL
DEL ESTADO DE MÉXICO**

En homenaje al Dr. Jorge Alberto Silva Silva

13 al 15 de noviembre, 2019

 @escuelajudicial.edomex
 Escuela Judicial Estado de México
www.pjedomex.gob.mx/ejem

Ex Legibus, 11, Octubre 2019: pp. 625-636

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

La política editorial de la Revista Ex Legibus está dirigida a difundir temas vinculados con el Derecho Judicial y disciplinas conexas, con el objetivo de propiciar el análisis y el debate, así como la reflexión sobre la actualidad jurídica. Para la publicación de un manuscrito los autores deberán sujetarse al procedimiento y reglas técnicas que se indican enseguida:

PROCEDIMIENTO

1. Se recibirán trabajos de investigación o de comunicación científica originales, ya sea que se trate de artículos, ensayos, informes técnicos, ponencias o comunicaciones de congresos, comentarios de legislación o jurisprudencia, reseña de libros, cartas al editor y demás reflexiones teóricas relacionados con el Derecho en sus múltiples dimensiones; se procurará se trate de contribuciones inéditas, conforme a la política editorial de la Revista.

2. El envío de los manuscritos podrá realizarse en cualquier momento a la dirección de correo electrónico: direccion.investigaciones@pjedo-mex.gob.mx

3. Junto con el archivo electrónico o por separado, los autores solicitarán a la Dirección del Centro de Investigaciones Judiciales la publicación de su manuscrito.

4. La Dirección del Centro acusará recibo de los originales en un plazo no mayor de 7 días hábiles a partir de su recepción. El manuscrito recibido será previamente analizado por el Editor de la Revista, quien decidirá si somete o no a arbitraje dicho manuscrito.

5. En cuanto al sistema de arbitraje, el trabajo será dictaminado por dos evaluadores externos, especialistas en la materia, en forma anónima (modalidad doble ciego), quienes seguirán los lineamientos establecidos en el Formato de Dictamen. La identidad del autor también se mantendrá en el anonimato.

6. El proceso de evaluación dará como resultado un dictamen que, considerando la originalidad, la calidad del trabajo, y su planteamiento

en relación a la función judicial, se puede dar en las siguientes modalidades:

- a) Si ambos evaluadores emiten una opinión favorable: publicable.
- b) Si ambos evaluadores tienen una opinión desfavorable: no publicable.
- c) Si uno o ambos evaluadores emiten una opinión favorable, pero sugieren cambios: Publicable con cambios.

En caso de que un evaluador emita un dictamen positivo y el otro negativo, se recurrirá a un tercer evaluador, cuya dictaminación será decisiva.

Los evaluadores tendrán un máximo de 30 días hábiles para presentar su dictamen a la Dirección del Centro.

7. Quedarán exentas de dictaminarse, por acuerdo de la Dirección de Investigaciones, los trabajos de autores cuyo currículum vitae o prestigio profesional sea de elevado reconocimiento académico, cultural e intelectual.

8. El resultado del dictamen se comunicará a los autores, en todos los casos, en un breve lapso de tiempo.

9. Si el trabajo fuera publicable con cambios, el autor tendrá un plazo de 15 días hábiles para realizar los cambios señalados, luego entonces deberá remitir el manuscrito al Editor de la Revista, quien verificará si la nueva versión incorpora satisfactoriamente las observaciones de los evaluadores, en caso afirmativo se procederá a su publicación.

10. Recibido el dictamen que evalué el trabajo como publicable, se procederá a su publicación, en el orden que le corresponda en relación al listado de recibidos, y según el tema a que se dedique en su número correspondiente la Revista. Los autores deberán realizar una cesión de derechos de autor a favor del Consejo de la Judicatura del Estado de México.

Tirant Online México, la base de datos jurídica de la editorial más prestigiosa.



www.tirantonline.com.mx

Suscríbete a nuestro servicio de base de datos jurídica y tendrás acceso a todos los documentos de Legislación, Doctrina, Jurisprudencia, Formularios, Esquemas, Consultas o Voces, y a muchas herramientas útiles para el jurista:

- ★ Biblioteca Virtual
- ★ Tirant Derechos Humanos
- ★ Tirant TV
- ★ Personalización
- ★ Foros y Consultoría
- ★ Revistas Jurídicas
- ★ Gestión de despachos
- ★ Novedades
- ★ Tirant Online España
- ★ Petición de formularios

 (55) 65502317/18

 www.tirantonline.com.mx

 atencion.tolmex@tirantonline.com.mx

