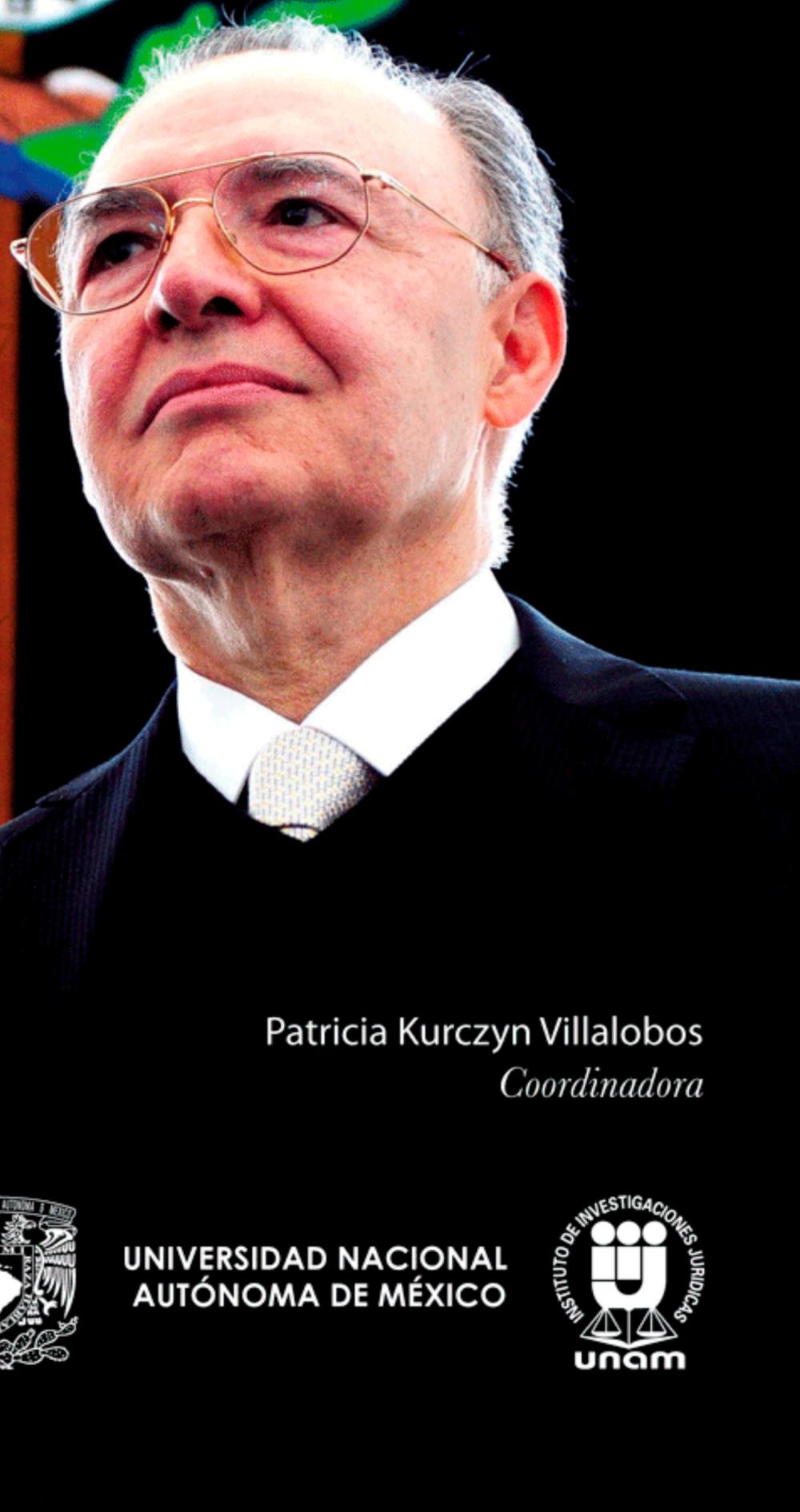


# DERECHOS HUMANOS EN EL TRABAJO Y LA SEGURIDAD SOCIAL

*Liber Amicorum: en homenaje  
al doctor Jorge Carpizo McGregor*



Patricia Kurczyn Villalobos  
*Coordinadora*



UNIVERSIDAD NACIONAL  
AUTÓNOMA DE MÉXICO







DERECHOS HUMANOS EN EL TRABAJO  
Y LA SEGURIDAD SOCIAL

*Liber Amicorum: en homenaje al doctor Jorge Carpizo McGregor*

Esta obra fue dictaminada por sus pares académicos y aprobada para su publicación  
por la Comisión Editorial del Instituto de Investigaciones Jurídicas

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS  
Serie DOCTRINA JURÍDICA, Núm. 703

---

Coordinadora editorial: Elvia Lucía Flores Ávalos  
Asistente editorial: Karla Beatriz Templos Núñez  
Edición y formación en computadora: Wendy Vanesa Rocha Cacho

# DERECHOS HUMANOS EN EL TRABAJO Y LA SEGURIDAD SOCIAL

*Liber Amicorum: en homenaje  
al doctor Jorge Carpizo McGregor*

PATRICIA KURCZYN VILLALOBOS

*Coordinadora*



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO  
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

México, 2014

Primera edición: 7 de agosto de 2014

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

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

Impreso y hecho en México

ISBN 978-607-02-5882-4

## CONTENIDO

Un homenaje de la inteligencia a la inteligencia . . . . .	IX
Diego VALADÉS	
Presentación . . . . .	XIII
Patricia KURCZYN VILLALOBOS	
De la rigidez a la flexibilidad del <i>quantum</i> del crédito horario de los representantes de los trabajadores. . . . .	1
Alexander GODÍNEZ	
La protección del derecho humano a la salud como protección so- cial en el ámbito de los derechos sociales . . . . .	27
Julio Ismael CAMACHO SOLÍS	
Apuntes sobre los derechos humanos en el ámbito laboral. Los de- rechos sociales . . . . .	67
Patricia KURCZYN VILLALOBOS	
Protección de los derechos humanos de las personas mayores . . . . .	97
María Ascensión MORALES RAMÍREZ	
La huelga en México y su entorno jurídico internacional . . . . .	125
Carlos Alberto PUIG HERNÁNDEZ	

VIII	CONTENIDO	
La transición laboral . . . . .		179
Carlos REYNOSO CASTILLO		
El trabajo informal en México: un asunto de derechos humanos y de seguridad nacional . . . . .		195
Ángel Guillermo RUIZ MORENO		
La presencia del derecho del trabajo en la Corte Interamericana. . .		225
Alfredo SÁNCHEZ-CASTAÑEDA		
Fuentes y antecedentes del derecho mexicano del trabajo . . . . .		243
Porfirio MARQUET GUERRERO		
Piso de protección social y mujeres . . . . .		281
Gabriela MENDIZÁBAL BERMÚDEZ		

## UN HOMENAJE DE LA INTELIGENCIA A LA INTELIGENCIA

Este libro es un homenaje a la inteligencia de Jorge Carpizo, el gran jurista, versátil como pocos, que supo entender, también como pocos, el proceso constitucional mexicano. Es, asimismo, un homenaje de la inteligencia, procedente de un elenco de autores, autoridades, en materia de derecho social.

Los nueve extensos ensayos que componen este volumen dan cuenta del estado en que se encuentra el marco normativo del trabajo en México, contextualizado además como parte de un orden internacional. Analizar y transmitir las características de ese universo de leyes y jurisprudencia, y actualizar la doctrina, es una tarea digna del excepcional universitario a quien dedican su trabajo.

La cuestión social fue un tema que capturó la atención del profesor Carpizo. En 1972, por ejemplo, publicó un importante ensayo sobre “La naturaleza jurídica de las juntas de Conciliación y Arbitraje”, y en una de sus obras clásicas, *La Constitución mexicana de 1917*, la relación entre lo social y lo constitucional está presente a todo lo largo de la monografía. Más aún, lo social se convierte para él en un motor constitucional. Así lo expresa al decir, en las primeras páginas de ese notable trabajo, que “el derecho del pueblo a la revolución no es una facultad que nazca del orden jurídico, sino de la vida que se asfixia dentro de un orden jurídico que la apresa y no la respeta”.

El pensamiento de Jorge Carpizo ha inspirado numerosos estudios, pero este no es uno más; este es uno de los más cercanos a los intereses esenciales del célebre constitucionalista. En su obra académica, en su labor pública y en su vida personal siempre estuvieron presentes tres grandes preocupaciones: buscar la justicia, combatir la corrupción y desterrar la pobreza. Para la consecución de esos objetivos son necesarios muchos instrumentos, y el más importante, desde su perspectiva, es el ordenamiento constitucional. Ahí, en la norma suprema, debían estar las instituciones incumbidas de hacer posible el éxito en esos tres frentes. Para ello se requerían principios jurídicos claros, libertades públicas y órganos de gobierno bien diseñados.

La siguiente fase era la dinámica del orden normativo, para lo que Carpizo exigía claridad en los enunciados de la norma y certeza en su observancia; cumplimiento de los deberes éticos y jurídicos por parte de gobernados y gobernantes; convicción social y coherencia en el desempeño de los cargos.

Quienes aquí escriben conocieron la vigorosa personalidad de Jorge Carpizo; casi todos escucharon su palabra, tan vehemente como convincente, y todos conocen su pensamiento. Al ofrecerle como homenaje el producto de su trabajo intelectual, enlazan los suyos con los grandes anhelos del desaparecido maestro universitario. Lo hacen, además, contribuyendo al desarrollo del derecho social.

Alexander Godínez aborda la cuestión del tiempo libre y remunerado que se otorga a los representantes de los trabajadores; Julio Ismael Camacho vincula el derecho a la protección de la salud con una nueva perspectiva de la protección social; Patricia Kurczyn, a partir de la punzante pregunta acerca de si hay “derechos en broma”, aborda los derechos humanos en el trabajo y sus garantías; María Ascensión Morales se ocupa de los derechos de los ancianos, cuyo número crece; Porfirio Marquet explora, con nueva mirada, los antecedentes del derecho laboral en México; Carlos Alberto Puig hace un novedoso planteamiento sobre la huelga y su entorno internacional; Carlos Reynoso examina la evolución del derecho del trabajo, que muestra así su vitalidad; Ángel Guillermo Ruiz Moreno trata el complejo tema del trabajo informal y su impacto en la seguridad social, y Alfredo Sánchez Castañeda identifica la presencia del derecho del trabajo en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

El conjunto de estos ensayos conforma una obra que, además del reconocimiento explícito a la memoria del desaparecido jurista, ofrece información, análisis y propuestas relacionadas con la equidad social. La tarea de dar cuerpo al libro corresponde a Patricia Kurczyn, una figura emblemática del derecho del trabajo. Formada en la mejor tradición del derecho social mexicano, es una jurista cosmopolita que enlaza la doctrina nacional con la extranjera, que ha formado a especialistas a lo largo de varias generaciones y que ahora nos entrega un volumen muy sugerente por los datos y por las ideas que contiene. No puede haber mejor homenaje para el eminente jurista a quien está dedicado.

En honor de Jorge Carpizo llevan su nombre aulas, bibliotecas, auditorios, edificios enteros. Su nombre, como autor prolífico, aparece precediendo decenas de libros y centenas de ensayos de gran importancia para la doctrina. Su nombre está ya inscrito en las páginas de historia cultural y

política nacional. Su nombre, en fin, queda como sinónimo de entrega firme y constante a la causa de los derechos humanos en México. Esto último es lo que ponen de manifiesto los autores del volumen que el lector tiene en sus manos, a quienes agradezco la oportunidad de asociar mis palabras a las suyas en este homenaje a Jorge Carpizo.

Diego VALADÉS



## PRESENTACIÓN

El doctor Jorge Carpizo McGregor, ilustre tratadista, jurisconsulto de reconocido prestigio nacional e internacional, es, antes que nada, un universitario. Sí, un universitario puma. Siempre estuvo orgulloso de su *Alma Mater* y la demostración singular de ello fue su deseo de que en una ceremonia sencilla, como era él, se le despidiera en el Instituto de Investigaciones Jurídicas rodeado de su familia, la de sangre y la académica. Tal vez debiera referirme a “nuestro Instituto”, pues al igual que muchos colegas y amigos, lo siento mío en el buen sentido de la palabra, como propiedad moral, si se vale tal expresión, que sólo se comparte con las mejores y más nobles intenciones. Agrego que lo siento mío porque con ello quiero reconocer su estatura académica, concederle el lugar que le dan los méritos logrados desde su creación y por su vasta aportación a México de juristas de talento, con auténtica vocación de servicio puesta en manos de muchas instituciones con trascendencia a través de leyes, estudios y obras científicas en general, en el cual participó y dirigió atinadamente el doctor Carpizo.

Tal vez equiparar a “Jurídicas”, como coloquialmente le llamamos, con un semillero no sería la expresión ilustre que correspondiera a la cultura del derecho, pero cuando se quiere hablar desde lo más profundo del ser, como lo hago, ésta es la frase que sale del corazón y que se presenta en mi mente. Muchas de las semillas hoy están transformadas en magníficos árboles que extienden amplio cobijo y fructífero oxígeno al derecho mexicano. En esta cuna jurídica (*de iure*) se mecieron las ideas de Jorge Carpizo, ahí se empezaron a desarrollar las inquietudes de un joven precoz, atento, dinámico, perspicaz, de gran inteligencia... sin sumar más calificativos para describir la excelsa personalidad que testimoniamos todos los que tuvimos el honor de tratarlo. En esos espacios de creación del derecho quedaron sus huellas imborrables y significativas en la formación de muchas generaciones.

Jorge Carpizo también fue joven, juventud que se anidó en su espíritu con alegría; fue romántico, megalómano, lector, viajero incansable, visionario y estupendo amigo. Leal a México y a sus instituciones, a su familia, a la Universidad y a sus amistades. Describirlo o hacer referencias a su persona es fácil y a la vez difícil, por ello sólo quisiera expresar que su recuerdo es

permanente para “Jurídicas” y para la UNAM, que reconoce sus aportaciones como investigador y funcionario en todos los niveles hasta llegar a la Rectoría.

A la temprana y sorpresiva muerte de tan ilustre jurista, tuve la idea de honrar su memoria desde el nicho de los derechos sociales; sabía que habría muchas obras en su homenaje y consideré que éste podría ser uno más, pequeño en extensión pero con un fuerte y sentido reconocimiento, sobre todo cuando la *Revista Latinoamericana de Derecho Social*\* tuvo el honor de recibir dos de los últimos artículos escritos por el doctor Carpizo, atento y preocupado por la pobreza, por la defensa y la promoción de los derechos humanos en México; por la ética y la justicia.

Estimado lector, te invito a compartir este pequeño homenaje a un gran mexicano: Jorge Carpizo McGregor.

Patricia KURCZYN VILLALOBOS

\* Carpizo, Jorge, “El estado de los derechos sociales”, *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, México, núm. 14, enero-junio de 2012, pp. 3-42, y “Los derechos de la justicia social: su cumplimiento”, *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, México, núm. 16, enero-junio de 2013, pp. 3-30.

## DE LA RIGIDEZ A LA FLEXIBILIDAD DEL *QUANTUM* DEL CRÉDITO HORARIO DE LOS REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES\*

Alexander GODÍNEZ\*\*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Antecedentes*. III. *¿Cuánto tiempo?* IV. *¿En qué tiempo?* 5. *Otros “permisos” retribuidos distintos del crédito horario*. VI. *Nuevos escenarios*. VII. *Conclusiones*. VIII. *Bibliografía*.

### I. INTRODUCCIÓN

El crédito horario o tiempo libre o liberado<sup>1</sup> es la facilidad de mayor relevancia<sup>2</sup> de que gozan los representantes de los trabajadores, para eficaz y rápida-

\* Abreviaturas: Ar.: Colección Aranzadi de Jurisprudencia; CC.OO.: comisiones obreras; CEOE: Confederación Española de Organizaciones Empresariales; f.d.: fundamento de derecho; f.d.ú.: fundamento de derecho único; STCO: sentencia del Tribunal Constitucional de España; STCT: sentencia del Tribunal Central de Trabajo de España; STS: sentencia del Tribunal Supremo de España; STSJ: sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Comunidad Autónoma de España; UGT: Unión General de Trabajadores.

\*\* Profesor en la Universidad de Costa Rica y en la Universidad Estatal a Distancia; académico de número de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social.

<sup>1</sup> El concepto de “crédito de horas” en Montoya Melgar, Alfredo, *Derecho del trabajo*, 27a. ed., Madrid, Tecnos, 2006, p. 560. Un crédito “en el sentido de fondo o cantidad” de la que se dispone, como dice Alonso Olea, Manuel y Casas Baamonde, Emilia, *Derecho del trabajo*, 23a. ed., Madrid, Thomson-Civitas, 2005, p. 230. Para Juan Antonio Sagardoy Bengoechea (“Dictamen sobre «Utilización fraudulenta del crédito horario a representantes del personal, como causa de despido»”, *Relaciones Laborales*, Madrid, t. I, 1985, p. 906) debería llamarse “tiempo liberado”. También se conciben como “horas de delegación” en Pélissier, Jean *et al.*, *Droit du Travail*, 23a. ed., París, Dalloz, 2006, p. 790.

<sup>2</sup> Por consiguiente, no es una garantía, sino una prerrogativa o privilegio. De este parecer es Durán López, Federico, “La acción sindical en la empresa tras la Ley Orgánica de Libertad Sindical”, *Revista Claridad*, Madrid, núm. 8, julio-agosto de 1985, p. 37. En general, sobre el crédito de horas puede consultarse a Ortiz Lallana, María del Carmen, “Permisos

mente ejercer su labor representativa.<sup>3</sup> No es un secreto que sin ella, difícilmente podría alguien aceptar las obligaciones inherentes al cargo. Y es que a pesar de los más altos motivos altruistas que puedan mover a la persona, si no existe permiso para dejar de asistir al trabajo, y no hay remuneración por el tiempo utilizado, ningún trabajador en activo aceptaría ser nominado como candidato durante las elecciones sindicales.<sup>4</sup>

Se trata de tiempo efectivo de trabajo, tanto así que un accidente en ese periodo debe ser considerado como riesgo del trabajo,<sup>5</sup> y además debe considerarse para el cálculo de las prestaciones laborales y cualquier otro beneficio relacionado con la acumulación de antigüedad, incluso los de seguridad social.

Tiempo libre financiado por el empleador “a expensas de la jornada laboral”<sup>6</sup> y que rompe el sinalagma contractual trabajo-salario<sup>7</sup> y exonera al trabajador de asumir el cumplimiento de su principal obligación laboral con el empleador,<sup>8</sup> a pesar de que su finalidad sea utilizarlo en actividades no sólo reivindicativas, sino además, confrontativas.<sup>9</sup>

Por consiguiente, el ejercicio del cargo es gratuito frente a los trabajadores representados, salvo decisión en contrario de cada uno de ellos.<sup>10</sup>

## II. ANTECEDENTES

Durante los dos años en que se discutió el tema de la protección y facilidades que debían de concederse a los representantes de los trabajadores,

retribuidos y créditos sindicales de tiempo en la legislación y en la jurisprudencia (I/II)”, *Actualidad Laboral*, Madrid, núm. 23-24, junio de 1989, pp. 289 y ss., y 305 y ss.

<sup>3</sup> Finalidad que ha sido reiterada por el Tribunal Constitucional español, para quien el crédito de horas se encuentra contemplado en favor de los representantes sindicales, “para el eficaz ejercicio de sus funciones”. STCO (Sala 2ª), núm. 41, de 14 de marzo de 1985, f.j. 2. En este sentido: STCT, de 27 de septiembre de 1985, f.d. 2, Ar. 5346.

<sup>4</sup> Sobre el tema también, entre otros, Tudela Cambroner, Gregorio, “Crédito de horas y trabajo a tiempo parcial”, *Relaciones Laborales*, Madrid, t. I, 1988, p. 491.

<sup>5</sup> Péliissier, Jean *et al.*, *op. cit.*, p. 790.

<sup>6</sup> Montoya Melgar, Alfredo, *op. cit.*, p. 560.

<sup>7</sup> Ojeda Avilés, Antonio, *Derecho sindical*, 7a. ed., Madrid, Tecnos, 1995, p. 354.

<sup>8</sup> Carinci, Franco *et al.*, *Diritto del Lavoro: 1. Il diritto sindacale*, 4a. ed., Turín, Utet, 2004, p. 119.

<sup>9</sup> García Fernández-Lomana, Manuel, *Manual de derecho del trabajo*, Barcelona, Ariel, 1990, p. 317: “...Sin poner en duda la constitucionalidad de financiación tan especial... no puede dejar de considerarse como una extraña paradoja. A la postre, esto era lógico en una organización corporativa, pero incoherente en un sindicalismo de «confrontación»”.

<sup>10</sup> Alonso Olea, Manuel y Casas Baamonde, Emilia, *op. cit.*, p. 232.

sean éstos de naturaleza sindical o electiva, en el ámbito de la Conferencia Internacional del Trabajo uno de los temas que dio origen a intensos debates fue el del tiempo libre y remunerado que debía de concederse a estos trabajadores.

Al término de la Quincuagésima Cuarta Reunión en junio de 1970, al discutir sobre el proyecto de lo que en ese entonces era sólo una recomendación, era evidente que existía un acuerdo tripartito y no objeto de discusión, sobre la importancia de reconocer que los representantes de los trabajadores requerían de ciertas facilidades que les permitieran un desempeño rápido y eficaz en sus funciones (numeral 10.1 del proyecto), y que una de ellas era el disfrute de tiempo libre para desempeñar las tareas de representación en la empresa (numeral 11.1).

Sin embargo, también constan los intentos fallidos del grupo de los trabajadores para que se disfrutara de ese tiempo libre, sin limitaciones o condiciones.<sup>11</sup> Aun cuando ni el proyecto de recomendación de 1970 ni los textos propuestos de convenio y recomendación de 1971 mencionaban una cantidad determinada de horas o días laborables, sí se habían incluido en todos los documentos algunas expresiones que para el sector empleador constituían salvaguardias que garantizaban que no se incurriera en abuso, si bien el sector trabajador seguía insistiendo que con ellas se obstaculizaba un ejercicio pleno de la facilidad que se reconocía.

La primera referencia, la más importante, era aquella que indicaba que la concesión de las facilidades, incluyendo el tiempo libre, “no debería afectar indebidamente el funcionamiento eficaz de la empresa interesada” (numeral 10.3 del primer proyecto de recomendación). Durante la discusión celebrada en 1970, que fue la única vez en la que se intentó modificar el texto propuesto respecto de este tema, para el grupo de los trabajadores se trataba de una condición innecesaria, pues en su criterio resulta difícil que existiera tal perjuicio como consecuencia del ejercicio de esta facilidad; no obstante, la propuesta de suprimir esta referencia fue rechazada.

La segunda referencia se relacionaba con el hecho de que al concederse el tiempo libre, el texto propuesto hacía mención del derecho a disfrutar del tiempo libre “necesario” (numeral 11.1 del primer proyecto de recomendación). Durante la conferencia de 1970 también se intentó por parte del grupo de los trabajadores suprimir ese calificativo, de modo que la cantidad de horas se sujetara únicamente al objetivo que se quería alcanzar con esa facilidad; sin embargo, de igual forma fue rechazada.

<sup>11</sup> Véase Conferencia Internacional del Trabajo, *Actas de la Quincuagésima Cuarta Reunión*, Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 1970, pp. 585 y 586, y *Actas de la Quincuagésima Sexta Reunión*, Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 1971, p. 546.

La tercera referencia aludía a la posibilidad de que fijaran “límites razonables al tiempo libre” que disfrutarían los representantes de los trabajadores (numeral 11.3 del primer proyecto de recomendación) como consecuencia, entre otros, del costo económico que tenía su otorgamiento. En este caso, el grupo de los trabajadores también solicitó su eliminación, pero su propuesta fue rechazada. Nuevamente lo intentó en la Conferencia de 1971 con apoyo de algunos delegados del sector gubernamental, alegando “que era inútil e ilógico poner limitaciones de tiempo a actividades representativas”, dado que ya el mismo numeral indicaba que el tiempo sindical era el “necesario”, pero también fracasó.

### III. ¿CUÁNTO TIEMPO?

La cantidad de tiempo disponible para el ejercicio de la actividad sindical puede tener un origen heterónomo o autónomo; en ambos casos se puede establecer una cantidad fija por un determinado número de representantes o utilizar una escala progresiva, o bien hacer referencia a la cantidad de trabajadores o a la complejidad de las tareas asignadas. Luego, la interrelación de todas estas variables dará por resultado otros escenarios adicionales, todos válidos en función del interés o el objetivo final de esta facilidad.

#### 1. *El uso de la escala*

Cuando la cantidad de horas asignadas se incluye dentro de una escala progresiva, los segmentos de la misma se distribuyen según el número de trabajadores en la planilla o plantilla, lo que denota su fin colectivo.<sup>12</sup>

Es el caso de España, cuyo artículo 68, inciso *e*, del Estatuto de los Trabajadores reconoce un crédito de horas retribuidas a cada uno de los miembros del comité de empresa o delegados de personal para el ejercicio de sus funciones de representación, de acuerdo con la siguiente escala: 1) hasta cien trabajadores, quince horas; 2) de ciento uno a doscientos cincuenta trabajadores, veinte horas; 3) de doscientos cincuenta y uno a quinientos

<sup>12</sup> Por otra parte, como señala Carmen Sáez Lara (*Representación y acción sindical en la empresa*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1992, p. 283), debería considerarse con más detenimiento la posibilidad de que puedan introducirse “criterios alternativos o de valoración conjunta al del volumen de la plantilla para medir la capacidad económica empresarial, dada la quiebra que el actual proceso de renovación tecnológica introduce en la ecuación tradicional que conecta la importancia económica de la empresa y el volumen de trabajadores ocupados”.

trabajadores, treinta horas; 4) de quinientos uno a setecientos cincuenta trabajadores, treinta y cinco horas, y 5) de setecientos cincuenta y uno en adelante, cuarenta horas.

También el de Francia, cuyo artículo L2143-13 del *Code du Travail* establece en beneficio de cada delegado sindical un tiempo necesario para el ejercicio de sus funciones no inferior a: 1) diez horas en las empresas o establecimientos de cincuenta a ciento cincuenta trabajadores; 2) quince horas en las empresas o establecimientos de ciento cincuenta y uno a cuatrocientos noventa y nueve trabajadores, y 3) veinte horas en las empresas o establecimientos de al menos quinientos trabajadores.

Adicionalmente, la escala suele asignar la cantidad de horas según un determinado espacio de tiempo, que normalmente suele ser el mensual, como ocurre con las normas anteriormente citadas.

Con una “técnica particularmente compleja”, que es sustituida por regulaciones más simples contenidas en los acuerdos colectivos,<sup>13</sup> en Italia el artículo 23 del *Statuto dei Lavoratori* concede permisos retribuidos a los dirigentes de las representaciones sindicales empresariales, para el desempeño de su mandato, en la siguiente proporción: *a*) un dirigente para cada representación sindical empresarial en las unidades productivas que ocupan hasta 200 empleados; *b*) un dirigente para cada representación sindical empresarial por cada 300 o fracción de 300 empleados, en unidades productivas que ocupan hasta 3,000 empleados, y *c*) un dirigente para cada representación sindical empresarial por cada 500 o fracción de 500 empleados, en las unidades productivas de mayores dimensiones, en adición al número mínimo previsto en el inciso *b*. Los permisos retribuidos a cada dirigente designado no podrán ser inferiores a ocho horas mensuales en las explotaciones descritas en los incisos *b* y *c*; mientras que en las explotaciones descritas en el inciso *a*, los permisos retribuidos no podrán ser inferiores a una hora al año.

Lógicamente, cuando la escala ha sido impuesta, siempre es posible mejorar los beneficios de manera autónoma, consintiendo el empleador en las mayores cargas que ello supone, de forma irrestricta o condicionada. En este sentido, los convenios colectivos suelen hacer uso de distintas modalidades, a fin de modificar de una u otra forma la escala legalmente establecida. A modo de ejemplo, variando los parámetros cuantitativos y/o el crédito horario asignado a cada uno de los segmentos.

<sup>13</sup> Cella, Gian Primo y Treu, Tiziano, *Relaciones industriales en Italia*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1991, p. 90.

## 2. La asignación de una cantidad fija de horas por representante

La segunda forma más utilizada por la que se regula el crédito horario es por medio de la asignación de una cantidad fija de tiempo dentro un periodo determinado, a semejanza del modelo anterior, también normalmente mensual.

En Francia, el *Code du Travail* tiene un ejemplo de ello en el artículo L2142-1-3, que dispone para cada representante de la sección sindical en el ámbito de la empresa de al menos 4 horas mensuales para el ejercicio de sus funciones.

## 3. La escala versus la cantidad fija

La decisión de si debe adoptarse una escala que asigne un mayor número de horas en cuanto más grande sea la cantidad de trabajadores representados, o una cantidad determinada de horas a cada representante, no ha estado exenta de debates.

En el caso de España, legislación que optó por el modelo de escala, la justificación puede encontrarse en el debate parlamentario del entonces proyecto de Estatuto de los Trabajadores. Durante éste, diversas enmiendas que pretendían establecer una cantidad fija<sup>14</sup> fueron rechazadas y la actual

<sup>14</sup> Nos referimos a las enmiendas propuestas por el Grupo Parlamentario Comunista y Mixto, y sostenidas en el Pleno del Congreso.

En cuanto a la enmienda del primero de ellos, se pretendía fijar el crédito horario en 40 horas, que era el que se había venido disfrutando, independientemente del tamaño de la plantilla (Sr. Camacho Abad, Grupo Parlamentario Comunista, *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados «Pleno»*, núm. 56, del 19 de diciembre de 1979, p. 3783).

Efectivamente, como advierte el Grupo Parlamentario Comunista, tal cantidad no era del todo extraña en el ámbito de las relaciones laborales en España; así, por ejemplo, desde 1978, en un documento conjunto de las centrales sindicales de la Unión General de Trabajadores y Comisiones Obreras, la posición de ambas centrales era la de establecer como una de las reivindicaciones principales en el proceso de negociación colectiva: el respeto de 40 horas de tiempo sindical de disfrute para comités de empresa y secciones sindicales (CCOO-UGT, “Unidad de Acción”, en Villa Gil, Luis Enrique de la (comp.), *Materiales para el estudio del sindicato*, 2a. ed., Madrid, Instituto de Estudios Laborales y de la Seguridad Social, 1984, p. 699).

El tema igualmente era importante para el sector empleador, quien sostuvo una tesis distinta y así lo expresaba la CEOE, al afirmar que: “Nos ha preocupado, de manera especial, conseguir un tratamiento adecuado y diferenciado para las pequeñas y medianas empresas. Por ello, tanto en el texto del proyecto de Estatuto de los Trabajadores, como en este acuerdo... se reduce el tiempo que, a cargo de éstas empresas, debe concederse a los representantes de los trabajadores para sus funciones de representación” (CEOE, “Carta circular firmada por su presidente con fecha de 12 de junio de 1979 y de presentación al contenido del ABI”, *ibidem*, p. 722).

redacción del artículo 68, inciso *e* terminó fundamentándose en el reconocimiento de que

...no se tiene la misma necesidad de gestión en una empresa de más de mil trabajadores que en una empresa de veinticinco trabajadores, donde el contacto humano es de tal manera permanente y continuo que la necesidad de las horas decae en muchas cosas... proximidad que la dimensión de la empresa no permite en el caso de una gran factoría, donde la sola movilidad del representante sindical de los trabajadores dentro de la empresa obliga a requerir ese crédito de horas.<sup>15</sup>

Habiéndose optado por la utilización de la escala, a diferencia de la asignación de una cantidad fija por representante, la aplicación de la primera alternativa necesariamente lleva a que cualquier modificación de la plantilla que sitúe la cantidad del personal por debajo del límite inferior del segmento de la escala en la que se está hasta ese momento ubicado, conlleva una modificación del crédito horario asignado a cada uno de los representantes afectados por la misma, restableciéndose así, de forma automática, el equilibrio deseado por quien elaboró la escala y durante la vigencia del mandato.<sup>16</sup>

<sup>15</sup> La intervención es del Sr. Pérez Miyares, del Grupo Parlamentario Centrista, con mayoría en el Congreso, *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados «Pleno»*, núm. 56, del 19 de diciembre de 1979, p. 3786.

En sentido similar, para Germán Barreiro González (*El crédito de horas de los representantes de los trabajadores*, Madrid, Instituto de Estudios Laborales y de la Seguridad Social, 1984, pp. 61 y 62): “la justificación y razonabilidad de este trato diferenciado se encuentra no tanto en la diversidad de problemas y cuestiones, por cuanto éstos son semejantes o prácticamente iguales en casi todas las empresas, como en la mayor intensidad y frecuencia en su acaecimiento, así como en el volumen y magnitud de los mismos, por lo que, lógicamente, la necesidad de gestión y representación aumenta a medida que lo hace el tamaño de la explotación, debiendo así aumentar correlativamente el crédito de horas para el ejercicio de funciones de representación”. Aunque puede también pensarse que tal necesidad se solventa al tener un mayor número de representantes.

<sup>16</sup> En este sentido también se manifiesta la jurisprudencia. Debiendo consecuentemente “reajustarse esa proporción cuantas veces sea necesario a lo largo del mandato, tanto para disminuir las horas disponibles, cuando la plantilla mengua, como para aumentarlas cuando el número de trabajadores se incrementa; no se cuestiona aquí si el número de horas que garantiza el Estatuto de los Trabajadores es o no un mínimo de derecho necesario, sino que se trata precisamente de acomodar el contenido del derecho a las previsiones del legislador, precisamente porque el número de delegados de personal y de miembros del comité de empresa no puede sufrir variación en los cuatro años de su mandato, aunque el número de trabajadores de la empresa se altere en más o en menos”. STCT, de 22 de marzo de 1988, f.d. 2, Ar. 130. En este sentido, también, las de 27 de abril de 1988, f.d. 2, Ar. 188, y 15 de marzo de 1989, f.d. 2, Ar. 126.

#### 4. *La autorregulación*

Frente al uso de la escala o de la asignación de una cantidad fija por representante sindical, las partes pueden hacer uso de una tercera modalidad, que consiste en dejar la cantidad que se otorga a la propia autorregulación de los representantes de los trabajadores, fijándose al efecto algunos elementos de juicio, que en todo caso han de ser valorados por el propio titular del beneficio.

De este modo, puede pactarse que los representantes de los trabajadores gozarán, de acuerdo con una “honrada gestión”, de las horas “precisas”, “necesarias” o “imprescindibles”.

Una solución que podría aplicarse en sustitución de límites rígidos que pueden dar lugar a casos de exceso de crédito horario que serían sancionables por abuso del derecho, para lo que se exigirá siempre, por prudencia, una conducta reiterada. No es éste el caso de Francia, donde la naturaleza excepcional —imprevisible y urgente, como la existencia de un movimiento reivindicativo, de una amenaza de despido colectivo o de un proyecto importante de reestructuración en la empresa— de la actividad que motiva el exceso puede evitar tal consecuencia<sup>17</sup> y obliga al pago de la totalidad de las horas.

#### 5. *Las vicisitudes del contrato de trabajo*

Evidentemente, la cantidad de horas reconocidas está referida a un espacio temporal que, como ya hemos indicado, normalmente es el mensual. Sin embargo, la continuidad en la prestación de trabajo del representante de los trabajadores puede verse afectada por causas individuales o colectivas de suspensión del vínculo contractual: vacación, incapacidad común o proveniente de un riesgo del trabajo —enfermedad o accidente laboral—, licencias, remuneradas o no, huelga o paro, etcétera. Lo que en estos casos se cuestiona es si el tiempo libre inicialmente concedido debe o no reducirse en proporción a la duración de la suspensión del contrato.

A falta de regulación legal, o que el propio acuerdo colectivo disponga la reducción proporcional a la jornada no laborada del crédito horario o la

Ya que “por pura esencia, como se especula en el propio informe de la Autoridad, es evidente que cuanto mayor sea dicha plantilla mayores y más graves habrán de ser los cometidos de ese órgano de representación”. STCT, de 23 de noviembre de 1987, f.d.ú., Ar. 26772. En este sentido, la STSJ Castilla-La Mancha (Social), de 11 de octubre de 1991, f.d.ú., Ar. 5767.

<sup>17</sup> Javillier, Jean-Claude, *Droit du Travail*, 5a. ed., París, LGDJ, 1996, p. 478.

reducción del tiempo liberado por disminución “significativa” del tiempo de trabajo, la solución a aplicar en los casos no regulados debe respetar la finalidad que cumple el crédito horario y que está delimitada por la cantidad de trabajadores cuyos intereses se representan y la complejidad de las actividades que se deben desarrollar; actividades que no varían en su grado de dificultad e importancia en forma proporcional a la duración individual o colectiva de la jornada; sino que requieren la misma atención, sucedan el primer día laborable o el último, a primera hora de la jornada o a su salida. De ahí precisamente que deba garantizarse el goce inalterable del tiempo sindical en cualquier periodo al que la jornada mensual se reduzca.<sup>18</sup>

<sup>18</sup> “El criterio plenamente asumido en la actualidad es el del mantenimiento del crédito horario legal sin minoración alguna, cualquiera que sea el número de días u horas a que hubiera quedado reducida la jornada, con carácter colectivo o individual... El fundamento de esta generalizada doctrina reside en que los intereses para cuya atención y defensa ha sido establecida la institución de que se trata depende de la índole y complejidad de aquéllos en sí mismos, y no de la extensión de las jornadas laborales, que carece de repercusión en el designio representativo del comité de empresa y delegados de personal y sindicales”. STSJ Cantabria (Social), de 13 de abril de 1992, f.d. 4, Ar. 1934. En sentido similar la STCT, de 15 de marzo de 1989, f.d. 2, Ar. 126.

“Por ello, decir que el crédito personal está indisolublemente unido a la posibilidad de trabajar... es desconocer la causa y razón a que responde y postergar el fin principal a un efecto secundario”. STSJ Aragón (Social), de 4 de diciembre de 1991, f.d. 2, Ar. 6677.

Idéntica conclusión es la que debe aplicarse en el supuesto de los domingos, feriados y no laborables, a pesar del exiguo razonamiento del Tribunal Superior de Justicia de Madrid: “pues de otra suerte se llegaría a la solución irrazonable de que según los domingos, días festivos y no laborales de cada mes, el crédito horario sería diferente”. STSJ Madrid (Social), de 16 de enero de 1990, f.d.ú., Ar. 13.

De esta forma se deja de lado el anterior razonamiento que mantenía la procedencia de la disminución proporcional, siempre que el tiempo de trabajo mensual se redujera “considerablemente”; expresión por lo demás muy difícil de poder precisar: “el número de horas de esa reserva mensual, se ha fijado teniendo en cuenta el tiempo total de trabajo que se efectúa en un mes, existiendo así una clara correlación o proporcionalidad entre una y otra cantidades; la finalidad que la concesión de este crédito horario persigue, no es otra que la otorgar a los representantes de los trabajadores la posibilidad de que dediquen una parte de su jornada laboral a atender las obligaciones y funciones que su cargo de representantes les impone, lo cual ratifica esa necesaria interpretación o proporcionalidad que ha de existir entre el número de horas de la reserva y el de la jornada de trabajo; de ahí que si el tiempo de trabajo en un mes disminuye de modo considerable, es totalmente lícito y lógico que también merme en ese mes, en la proporción correspondiente, el número de horas de dicha reserva; de no hacerlo así sí podría llegar, en casos extremos, al absurdo de que todo o la mayor parte del tiempo que integra la jornada laboral de un determinado mes, pudiera ser dedicado por los representantes de los trabajadores a sus funciones de representación, sin realizar actividad laboral alguna en tal mes, o realizando una actividad mínima”. STCT, de 25 de octubre de 1982, Ar. 5663. En este sentido, pero comentando ya el artículo 68, inciso e, del Estatuto de los Trabajadores: STCT, de 26 de septiembre de 1984, Ar. 7287; 12 de noviembre de 1984, Ar. 9144, y 20 de febrero de 1987, f.d. 1, Ar. 3700.

Este mismo criterio es el que debe seguirse para la solución de las demás vicisitudes. Así, cuando se reduzca la jornada de trabajo personal del representante, entre otros, con motivo de un contrato a tiempo parcial,<sup>19</sup> por suspensión o interrupción del contrato,<sup>20</sup> o por solicitud en ese sentido en el supuesto de guarda legal —cuidado de un menor o de persona con discapacidad—. <sup>21</sup>

#### IV. ¿EN QUÉ TIEMPO?

El disfrute del crédito horario debería poderse realizar en las condiciones que permitan maximizar su fin, sin que con ello se perjudique el

<sup>19</sup> La regla general era que “no es posible, como hace la demandada, introducir un factor diferenciador en la concesión de dicho crédito a los miembros de su Comité por el dato de que el afectado haya sido contratado a tiempo parcial, pues ello no repercute en nada en su designio representativo y en la carga anexa, que, claro es, no depende del tiempo real o material en que esté prestando sus servicios, sino en la pura índole o complejidad de los intereses encomendados a su defensa, los cuales pueden ser asumidos con independencia física de su quehacer laboral, todo lo cual, unido a que el propio elenco de cuantificación diferenciado de dicho precepto estatutario lo adosa en razón sólo al número de trabajadores representados que esté en la plantilla de la empresa”. STCT, de 15 de marzo de 1988, f.d.ú., Ar. 115. En este sentido, también, la de 22 de junio de 1988, f.d.ú., Ar. 305. Además la STSJ Madrid (Social), de 16 de enero de 1990, f.d.ú., Ar. 13.

Para Germán Barreiro González (*op. cit.*, pp. 157, 158 y 160), ello debe ser así aunque signifique que los representantes quedan liberados, y aún más en el caso de que sea el crédito horario mayor que la jornada de trabajo pactada, de modo que el sobrante puede ser acumulado a los restantes miembros.

Cfr. la STSJ Principado de Asturias (Social), de 14 de noviembre de 1991, f.d.ú., Ar. 6034, según la cual, el trabajador labora 2 horas diarias, y se considera que “es totalmente lícito establecer un sistema de proporcionalidad entre la duración de la jornada laboral y el número de horas sindicales, disminuyendo éstas cuando aquélla se reduce considerablemente”.

<sup>20</sup> En todos y cada uno de los meses “se tiene derecho al crédito horario, independientemente de que en determinados días el trabajador-representante esté o no en condiciones de trabajar por causas de suspensión del contrato (artículo 45 ET) o de interrupciones de la prestación laboral por cualquier causa y por tanto no puede establecerse una reducción en el crédito horario proporcional al tiempo de inactividad laboral”. Por consiguiente, “nada impide que si el trabajador-representante se reincorpora a su trabajo en el transcurso de dicho mes, después de un periodo de inactividad laboral por cualquier causa, pueda utilizar la totalidad o el resto que le quedare de dicho crédito si efectivamente tiene que realizar aquellas funciones y cumple las exigencias del preaviso y posterior justificación”. STCT, de 27 de septiembre de 1985, f.d. 2, Ar. 5346. En este sentido, también, la de 27 de enero de 1988, f.d.ú., Ar. 825. Además, la STSJ País Vasco (Social), de 12 de diciembre de 1989, f.d. 2, Ar. 1549.

<sup>21</sup> Siendo la reducción de un 50% de la jornada, se pretende reducirlo en el mismo porcentaje el crédito sindical, lo que no se admite, dado que “al seguirse efectuando en el ámbito de la referida empresa la jornada normal de trabajo, el equilibrio que por el legislador se ha

desarrollo normal de las actividades productivas. La ponderación de estas variables permite introducir una gran flexibilidad en las eventuales reglas de uso del tiempo en beneficio de la colectividad,<sup>22</sup> a la vez que se espera que las mismas se apliquen por ambas partes de buena fe.

Por ejemplo, siempre que no lo prohíba el legislador, existe la posibilidad de que las horas atribuidas legal e inicialmente de manera singular a cada representante puedan ser acumuladas en sólo algunos de ellos por acuerdo con el empleador, lo que implica una excepción al carácter personal y formalista de su titularidad legal,<sup>23</sup> pero a la vez reafirma la dimensión colectiva de su finalidad.<sup>24</sup> Dispuesta legal o convencionalmente, la acumulación es consecuencia de la necesidad de un mejor aprovechamiento del recurso humano disponible, permitiendo a la organización, sindical o no sindical, escoger de entre los representantes elegidos a quienes mejor pueden llevar a cabo las labores de representación,<sup>25</sup> o quienes más comprometidos

tenido en cuenta para la fijación del crédito horario a los representantes de los trabajadores no se ha roto”, ya que sigue “siendo la fundamentación de su existencia el interés colectivo laboral”. STCT, de 27 de enero de 1988, f.d.ú., Ar. 825.

<sup>22</sup> Para Germán Barreiro González (*op. cit.*, p. 78) “la flexibilidad en la interpretación del módulo mensual se refuerza y es razonable si se piensa que en el fondo la ley concede un número de horas de representación para gestionar los problemas de interés de los trabajadores y que esas horas deben estar a disposición de los trabajadores cuando los problemas se presentan o se prevea razonablemente que pueden presentarse, y no estar a disposición —incompleta— de los trabajadores solamente en momentos rígidos, predeterminados, dejando al azar, a la casualidad de la coincidencia, de que precisamente esas horas de representación sean necesarias, por coincidentes, con esos momentos rígidamente prefijados”.

<sup>23</sup> En este mismo sentido Torrents Margalef, Jorge, “El crédito horario de los representantes del personal en la empresa: criterios jurisprudenciales (I y II)”, *Actualidad Laboral*, Madrid, núm. 34-35, septiembre de 1991, p. 425.

<sup>24</sup> Por consiguiente, si bien el artículo 68, inciso e, ET “atribuye el crédito de horas retribuidas individualmente a cada representante de los trabajadores, que decide libremente sobre su utilización, no puede desconocerse el fundamento objetivo de su existencia que es la de facilitar el ejercicio de las funciones representativas singular y colectivamente, y por ello se atenúa este individualismo permitiendo de acuerdo con los empresarios pactar en Convenio Colectivo la cesión y acumulación de dichas horas entre los citados representantes”. STCT, de 5 de febrero de 1982, Ar. 1215. En este sentido, también, las de 17 de junio de 1983, Ar. 6272, y 15 de marzo de 1989, f.d. 2, Ar. 126.

<sup>25</sup> Durante la tramitación del proyecto del Estatuto de los Trabajadores, el Grupo Parlamentario Centrista se pronunció sobre el tema; y lo hizo con las siguientes consideraciones: “la verdad es que los trabajadores van a elegir a sus representantes, pero, naturalmente, unos representantes serán más hábiles que otros, más negociadores, tendrán más capacidad de gestión que otros y, entonces, la inteligencia de quienes tengan que administrar esa situación hará que se acumule a favor de esos mejores gestores o más hábiles representantes el crédito de horas que otro no va a necesitar por razones diversas” (Sr. Pérez Miyares, GP Centrista, *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados «Pleno»*, núm. 56, 19 de diciembre de 1979, p. 3786).

y mejor dedicación pueden tener.<sup>26</sup> También puede depender de la propia estrategia del órgano colegiado al que pertenecen los representantes de los trabajadores, o bien con motivo de que su titular se vea impedido de poder utilizarlas (*v. gr.* incapacidad o vacaciones).<sup>27</sup> En uno u otro caso, el motivo último es no entorpecer sino, al contrario, favorecer la eficacia del derecho, en orden a satisfacer su fin colectivo.

La necesidad de que en ausencia de ley expresa la acumulación se pacte por medio de la negociación colectiva,<sup>28</sup> para que adicionalmente goce de la protección del sistema de garantías y seguridades, inherentes a ella,<sup>29</sup> reviste mayor importancia si se tiene en consideración el impacto que ello genera en el desarrollo normal de las actividades empresariales, que suelen adaptarse más fácilmente a las salidas menos extensas de ciertos trabajadores,

<sup>26</sup> En el V Congreso Federal de FSAP-CCOO (Federación Sindical de la Administración Pública-Comisiones Obreras) se recomienda que en caso de que los delegados sindicales, delegados de personal, miembros de comités de empresa y de juntas de personal, no adquieran el compromiso de emplear su tiempo sindical en actividades sindicales fuera de su centro de trabajo, deben renunciar a él, “cediéndolo a quienes, en sus mismas condiciones, estén en disposición de aumentar su dedicación”; todo ello en coordinación con las estructuras territoriales correspondientes (p. 174).

<sup>27</sup> A pesar de que el artículo 37.3, inciso *e*, del Estatuto de los Trabajadores de España “incluye el crédito de horas mencionado, como permiso justificado, permiso que no puede reconocerse a quien por otras causas ya está ausente del trabajo, al autorizarse la cesión, se desvincula del titular cedente y de su situación personal al respecto, pasando al cesionario, y si en algún caso es necesaria lógica y racional tal cesión lo es precisamente, en los citados por la recurrente, en que el representante de los trabajadores se ve imposibilitado de ejercer sus funciones, por causas ajenas a su voluntad, como la incapacidad laboral transitoria, o por disfrutar de un derecho legítimo, como son las vacaciones”. STCT, de 5 de febrero de 1982, Ar. 1215. En este sentido, también, la de 15 de marzo de 1989, f.d. 2, Ar. 126. Además de la STSJ Baleares (Social), de 3 de septiembre de 1990, f.d. 1, Ar. 2593, y STSJ Aragón (Social), de 4 de diciembre de 1991, f.d. 2, Ar. 6677.

<sup>28</sup> Para Germán Barreiro González (*op. cit.*, pp. 85 y 86) la acumulación no requiere que sea nominal, puede posteriormente ser objeto de un consentimiento adicional; aunque nada se opone a que lo sea en términos amplios y flexibles, dejando a los trabajadores su concreción, sin que se requiera de un acuerdo adicional.

<sup>29</sup> La acumulación de horas “que en él se permite, tiene que ser establecida necesariamente en convenio colectivo, no siendo lícita ni obligatoria la que pudiera haberse dispuesto sin revestir esa solemnidad, puesto que la complejidad e importancia de esta materia imponen la exigencia de que tal acumulación se haga realidad mediante el sistema de garantías y seguridades de todo tipo que lleva consigo la negociación colectiva”. STCT, de 4 de marzo de 1986, Ar. 1419. En este mismo sentido, la de 12 de abril de 1988, f.d. 2, Ar. 2756. En sentido similar la de 4 de abril de 1989, f.d.ú., Ar. 2593. Un comentario de la STCT de 4 de marzo de 1986 puede verse en Cuevas López, Joaquín, “Crédito horario: comprensivo del tiempo dedicado a prestar información en el lugar de trabajo”, *Relaciones Laborales*, Madrid, t. II, 1986, pp. 399 y ss.

pero no necesariamente igual, cuando se trata de suspensiones más extensas del contrato.<sup>30</sup>

Al negociarse la acumulación es muy probable que deban definirse temas como: el plazo de anticipación con que debe realizarse la comunicación al empleador; la información mínima que debe incluirse en ella, y la cantidad de trabajadores que pueden gozar simultáneamente del mismo beneficio.

En cuanto al primero de ellos, la comunicación normalmente se enviará por anticipado a su utilización, y sólo excepcionalmente es probable que se acepte realizar con posterioridad. En cuanto a la antelación con que debe enviarse, no existe una regla general, pero tanto puede pactarse un plazo “suficiente” como recurrir a términos más precisos, fijando días u horas o un plazo determinado al inicio de ciertas actividades de importancia para la empresa. En plazo, lo marcará por lo general la dificultad de la sustitución del personal.

En lo que se refiere al contenido de la comunicación, siempre será necesario que sea por escrito, como documento probatorio para ambas partes de la solicitud formulada. La información mínima que debería esperarse que contenga la nota son: el nombre y apellidos de los cedentes y de los cesionarios; el número de personas en que recae la acumulación, así como el acto de cesión y aceptación de los afectados; el número de horas cedidas; su distribución cuando son varios los beneficiarios, y periodos de tiempo por los que se efectúa la cesión, que normalmente tienen que ser coherentes con el espacio de tiempo que se utiliza como referencia para asignarlas —*v. gr.* por meses completos—; y si existen varios centros de trabajo afectados, su identificación.

Resulta innecesario indicar la justificación de la acumulación, cuyos motivos pertenecen al ámbito interno de la organización. Menos aún debería incluirse aquí, sino en la comunicación referente a su uso, la actividad en la que se va a emplear.

### 1. *Bolsas de crédito*

La acumulación del crédito horario también da lugar a la constitución de “bolsas” de tiempo libre retribuido, que quedan bajo el control de las or-

<sup>30</sup> En el ámbito laboral, para la CEOE, “Aspectos a considerar en relación con la Ley Orgánica de Libertad Sindical”, *Relaciones Laborales*, Madrid, t. II, 1985, p. 1031, “si bien no parece oportuno mantener una actitud de oposición absoluta, en modo alguno se juzga conveniente facilitarla”.

ganizaciones que celebraron el convenio. Estas bolsas se forman al aceptar los titulares del crédito que la administración de ese tiempo se realice por los órganos internos de la organización, asignándolo en aquellos representantes que, según la actividad de que se trate, mayor impacto en la acción reivindicativa vayan a lograr.

En cuanto a la cantidad máxima<sup>31</sup> de horas que pueden ser objeto de acumulación, ello dependerá de la capacidad del cedente y del cesionario, así como de la previsión empresarial sobre la posibilidad de que la acumulación establecida pueda afectar el desarrollo de las actividades productivas, lo que puede llevar a establecer un límite sujeto a variables asociadas a la frecuencia con la que pueden acumularse o al número de horas que pueden serle asignadas a una sola persona, en atención a las labores o responsabilidades asignadas en la empresa, o a su condición de interino o del ascenso recién realizado, etcétera.

Resulta evidente que cuando se proceda a la creación de bolsas de crédito horario, el tiempo acumulado será distribuido de forma tal que en ningún caso el cesionario reciba más horas que las que constituyen su jornada de trabajo mensual, ya que no se reconocerán horas extraordinarias en tales supuestos. Por consiguiente, consecuencia posible, pero no necesaria, es que el representante quede relevado totalmente de la prestación de trabajo, sin perjuicio de su remuneración y con derecho a conservar su puesto de trabajo, lo que no es siempre beneficioso para el mismo representante, que generalmente afronta “el peligro de su pérdida de cualificación profesional” y la reducción del “contacto con los problemas que plantea el puesto de trabajo”, cuando no se reduce a buscar satisfacer el deseo personal de “un alejamiento deliberado del resto del personal” por motivos intrínsecamente personales.<sup>32</sup> Así también, que uno o más representantes pierdan su crédito, lo que no les impide, aunque limitadamente, seguir desarrollando sus tareas representativas, normalmente fuera de su jornada personal de trabajo, sin que por consiguiente le sean remuneradas.

## 2. *Periodo acumulable*

Puede ser el legislador el que tome la iniciativa disponiendo algunas reglas que protegen la actividad empresarial, relacionando el cómputo del

<sup>31</sup> Sin que se establezca más limitación “que la de no rebasar el máximo total”. STCT, de 5 de febrero de 1982, Ar. 1215. En este sentido, también, la de 17 de junio de 1983, Ar. 6272.

<sup>32</sup> Däubler, Wolfgang, *Derecho del trabajo*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1990, p. 326.

crédito horario con periodos determinados de tiempo, como el típicamente mensual; claro está, salvo lo que se disponga en los convenios colectivos.

Lo que se procura con ello es salvaguardar los derechos del empleador a no ser sometido sin su consentimiento a situaciones que pueden entorpecer su actividad productiva; pero si existe acuerdo entre las partes no debe haber más límite que el que la misma negociación colectiva establezca.

Por consiguiente, es válida la limitación de un máximo de horas acumulables<sup>33</sup> cuando se han superado los mínimos legales existentes, o relevar del trabajo a determinados representantes. Incluso, aunque la ley disponga un determinado periodo de cómputo, si las partes están anuentes a aceptar otro mayor, incluso el anual, ello es igualmente posible dentro del principio de autonomía negocial.<sup>34</sup>

### 3. *Vicisitudes posteriores*

Realizada la cesión o acumulación del crédito horario, las vicisitudes posteriores que impacten la prestación normal de trabajo del cedente no afectan el derecho del cesionario a disponer del crédito horario,<sup>35</sup> como tampoco se afecta con los periodos de inactividad de la empresa o del centro

<sup>33</sup> En el caso, el convenio establecía que podrá acumularse hasta el doble de horas mensual, sin que en ningún caso pueda quedar liberado. Al respecto se dice que: “Habida cuenta de que tal posibilidad, es decir la cesión de horas por un representante a otro, no es un derecho indisponible, sino que permaneciendo globalmente intacto, su distribución queda subordinada al principio de la autonomía de la voluntad, evidentemente su nueva regulación poniendo límites a su extensión... es perfectamente lícita al superar el contenido mínimo, fijado en los artículos 26.5 y 85 del Estatuto de los Trabajadores, y tratarse de un pacto expresamente contemplado en el artículo 68 de dicho cuerpo legal”. STSJ Madrid (Social), de 28 de junio de 1990, f.d. 2, Ar. 1995.

<sup>34</sup> *Cfr.* en el caso en que se pretendía el reconocimiento de la mejora introducida por convenio, que establecía para la acumulación y el disfrute un tope anual de horas, cuando utilizaba como parámetro para la asignación de horas el mes. El Tribunal no admite la cláusula “por cuanto el crédito horario se ha de poner siempre en relación al tiempo de trabajo que se efectúa y al establecer este último el Estatuto de los Trabajadores en un mes ratifica la necesaria proporcionalidad que ha de existir entre el número de horas disponibles y jornada de trabajo, sin que pueda llegarse al absurdo de que todo o el mayor tiempo que integra la jornada laboral de un mes determinado puede ser dedicado por los representantes de los trabajadores a sus funciones representativas sin realizar, incluso, ninguna actividad laboral en tal mes o realizando la mínima”. STCT, de 21 de diciembre de 1988, f.d. 2, Ar. 631.

<sup>35</sup> Tal es el caso de que el cedente, si no las hubiera cedido, se viera imposibilitado de haberlas disfrutado por incapacidad laboral temporal o vacaciones: “y sería absurdo que efectuada tal relevación se le obligara luego a trabajar proporcionalmente a las bajas de actividad laboral sufridas por los cedentes y más aún en relación a las vacaciones anuales que aquéllos disfrutaban y lo mismo podría ocurrir en casos como el que nos ocupa en que la

de trabajo.<sup>36</sup> Obviamente, sólo se puede ceder aquella cantidad que no se ha usado o cedido con anterioridad a otros representantes.<sup>37</sup>

La acumulación en meses posteriores de las horas no utilizadas en uno anterior es posible cuando así se pacte y si la ley no lo prohíbe,<sup>38</sup> en cuyo caso también podría establecerse un límite para el disfrute.

## V. OTROS “PERMISOS” RETRIBUIDOS DISTINTOS DEL CRÉDITO HORARIO

El proyecto de Recomendación núm. 135 de la Organización Internacional del Trabajo, que se analizó por primera vez en la Conferencia Internacional del Trabajo de 1970, disponía por numeral aparte, distinto a lo regulado para el tiempo libre, lo que concierne a ciertos permisos destinados a la asistencia a reuniones, cursos de formación, congresos, seminarios y conferencias sindicales.

Se reconocía así que para el desempeño eficaz de sus funciones colectivas, los representantes requerían de otro tiempo distinto, adicional al principal —el crédito horario *stricto sensu*—, para ciertas actividades que no deberían estar cubiertas dentro del primer bloque horario y que se relacionaban

cesión para efectuar determinadas gestiones quedara anulada por enfermedad posterior del cedente”. STSJ Baleares (Social), de 3 de setiembre de 1990, f.d. 1, Ar. 2593.

<sup>36</sup> Javillier, Jean-Claude, *op. cit.*, p. 475.

<sup>37</sup> Distinto es el criterio del Tribunal Central de Trabajo de España, en el supuesto de quien asume un cargo representativo en sustitución de otro, que antes de su cese ha hecho uso del crédito sindical en ese mismo mes. El Tribunal consideró que “resulta indudable el derecho de cada miembro nuevo a disfrutar, salvo supuesto de acumulación en otro”, de las horas inicialmente atribuidas a cada representante, “con independencia de las que ya haya utilizado el cesado legalmente”. En este sentido: STCT, de 17 de junio de 1983, Ar. 6272.

Cf. García Fernández-Lomana, Manuel, *op. cit.*, p. 316, quien considera que tal conclusión es “exagerada”.

A favor del mismo se pronuncia Gregorio Tudela Cambronerero (*op. cit.*, pp. 135 y 136), “porque pudiera ocurrir... que el anterior representante hubiera consumido ya su crédito de horas total o parcialmente, lo que impediría o dificultaría el ejercicio de las funciones al recién elegido. En segundo lugar... porque probablemente el nuevo representante necesite en mayor medida de dicho tiempo para tomar contacto con la problemática del cargo representativo al que accede”.

<sup>38</sup> En el caso de España, “ni las horas pueden reservarse ni acumularse de un mes para otro”. STCT, de 15 de marzo de 1989, f.d. 2, Ar. 126. Un comentario de esta sentencia puede verse en Olarte Encabo, Sofía, “Pactos individuales y representación legal de los trabajadores”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 50, noviembre-diciembre de 1991, pp. 957 y ss.

Prohibición que no tiene sentido como indica Gregorio Tudela Cambronerero (*op. cit.*, p. 492), porque desvirtuaría su finalidad, ya que de hecho puede resultar su consumo más necesario para el eficaz cumplimiento de la función en un momento posterior.

fundamentalmente con aspectos educativos o formativos que mejorarían su desempeño.

No obstante lo anterior, este segundo bloque de tiempo quedaría sujeto a “límites razonables”, principalmente en cuanto a su duración y su remuneración. En lo que respecta a esta última, a diferencia de la primera, entre las opciones aplicables estaba su no remuneración. La definición de estos límites y de otros semejantes —como los requisitos para su uso, etcétera— se dejaba a la regulación de la legislación nacional, los contratos colectivos o la práctica nacional.

Como resulta predecible, el grupo de trabajadores durante la Conferencia Internacional del Trabajo de 1970<sup>39</sup> propuso eliminar el concepto de “razonable”, dado que podría prestarse a diversas interpretaciones, pero fue rechazada.

Sin embargo, en 1971, durante la segunda Conferencia Internacional del Trabajo<sup>40</sup> en la que se discutió el tema, nuevamente el grupo de trabajadores buscó su modificación y esta vez sí logró su aprobación, de modo que se eliminó la referencia a los “límites razonables” para referirse al derecho de gozar de “tiempo libre necesario”.

La segunda propuesta en importancia de reforma al proyecto original de recomendación formulada por el grupo de los trabajadores durante la primera Conferencia Internacional del Trabajo se refería a la remuneración del tiempo dedicado a otras actividades adicionales, considerando el provecho que de ellas también obtenía la empresa, e incluso sugería una redacción que recomendando su pago no indicara que necesariamente era el empleador quien lo haría; sin embargo, la propuesta no terminó de convencer al grupo de los empleadores, en tanto no sólo parecía desprenderse de ella su obligación de hacerse cargo de la remuneración, sino que también dejaba de mencionar la posibilidad de limitar la duración de los permisos.<sup>41</sup>

Fue durante la discusión celebrada en la Conferencia siguiente, en 1971, que se busca una redacción de consenso, que finalmente aseguraba que esos permisos se concederían sin pérdida de salario ni de prestaciones u otras ventajas sociales, pero que sería la ley, los contratos colectivos o las prácticas nacionales las que definirían a quién le correspondería hacerse cargo de su costo.

<sup>39</sup> Véase Conferencia Internacional del Trabajo, *Actas de la Quincuagésima Cuarta Reunión*, cit., p. 586.

<sup>40</sup> Véase Conferencia Internacional del Trabajo, *Actas de la Quincuagésima Sexta Reunión*, cit., p. 546.

<sup>41</sup> Véase Conferencia Internacional del Trabajo, *Actas de la Quincuagésima Cuarta Reunión*, cit., p. 586.

A partir de este marco normativo internacional, las leyes, acuerdos colectivos y prácticas nacionales contienen gran variedad de modelos que pueden implementarse para reconocer estos “permisos” distintos del crédito horario; en algunos casos para justificar más tiempo del inicialmente concedido como crédito horario, o bien como una cantidad independiente de éste.

### 1. *Permisos no retribuidos*

Los permisos no retribuidos, a falta de regulación expresa, normalmente se conceden a la totalidad de los trabajadores, por lo que de ellos hacen uso tanto los representantes de los trabajadores como quienes no lo son. Se trata de licencias “para asuntos propios o personales”, con un límite de tiempo y con restricciones en cuanto a la periodicidad de su disfrute.

En el caso de España se intentó crear un régimen específico diferente del general, y sin embargo no fue posible.<sup>42</sup> Sí fructificó esta iniciativa en el caso de Italia, en la que el artículo 24 del *Statuto dei Lavoratori* dispuso a favor de los dirigentes sindicales de empresa, permisos no remunerados para la participación en negociaciones sindicales o en congresos y simposios de naturaleza sindical, en una cantidad no inferior a ocho días al año. Se trata, generalmente, de actividades extraempresariales, típicamente sindicales pero que no se consideran imputables al trabajador.<sup>43</sup>

De cualquier modo, por medio de la negociación colectiva son frecuentes las regulaciones que, reconociendo la importancia de estos permisos, los terminan concediendo para atender, de modo general y sin necesidad de mayores detalles, “asuntos sindicales” o su “función sindical”.

### 2. *Permisos retribuidos*

Aunque, como ya se señaló, la Recomendación 135 de la OIT aludía a diversas actividades relacionadas principalmente con la formación y educación de los representantes sindicales, los permisos retribuidos se conceden

<sup>42</sup> Durante la tramitación del proyecto del Estatuto de los Trabajadores, el Grupo Parlamentario Mixto propuso en el Pleno del Congreso, sin éxito, que se incluyera “un apartado nuevo que diga que «los representantes de los trabajadores puedan disponer, asimismo, de quince días no retribuidos al año para el ejercicio de sus funciones de representación»” (Sr. Bandrés Molet, Grupo Parlamentario Mixto, *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados «Pleno»*, núm. 56, de 19 de diciembre de 1979, p. 3784).

<sup>43</sup> Carinci, Franco *et al.*, *op. cit.*, p. 119.

para cubrir otras actividades adicionales que también se comprende que no deberían ser cargadas o debitadas del cómputo básico del crédito horario. Específicamente analizaremos actividades relacionadas con el ejercicio de dos derechos: el de negociación colectiva y el de reunión, aunque también suelen tener el mismo tratamiento las sesiones que realizan los órganos bipartitos y paritarios, como suelen ser los de seguridad e higiene o las convocadas por el empleador para conocer de temas específicos en los que se encuentra prevista la participación de los representantes de los trabajadores.

### A. *El derecho de negociación colectiva*

Tanto en España como en Francia, además de las horas ya establecidas como crédito horario en beneficio de los representantes de los trabajadores, se concede un tiempo adicional para que los representantes sindicales participen de las sesiones comprendidas en el proceso negociador, sin detrimento de aquella cantidad inicial.

El artículo 9.2 de la Ley Orgánica de la Libertad Sindical de España le concede a los representantes sindicales que participen en las comisiones negociadoras de convenios colectivos que mantengan su vinculación como trabajador en activo en alguna empresa afectada por la negociación, los permisos retribuidos que “sean necesarios” para el adecuado ejercicio de su labor como negociadores, y ello a pesar de la existencia de un canon de negociación,<sup>44</sup> y por todo el tiempo que dure ésta.<sup>45</sup>

Por su parte, en Francia el artículo L2143-16 del *Code du Travail* dispone en beneficio de la sección sindical, ya sea por medio de sus delegados sindicales o de los empleados de la empresa que sean llamados a negociar, de un crédito global adicional o suplementario, hasta un máximo de diez horas por año en las empresas de al menos 500 empleados, y de quince horas por año en las de al menos mil trabajadores.

Aunque en el caso de Francia ya existe un límite legal a la cantidad de horas que pueden concederse con motivo del proceso negociador, en el de

<sup>44</sup> Para Martínez Emperador, Rafael, “Ley de Libertad Sindical: breve estudio exegético (I/II)”, *Actualidad Laboral*, Madrid, t. II, 1985, p. 2490; sin embargo, si con el importe del canon de negociación “se pretende costar los gastos del convenio, no se comprende cómo la empresa que tenga trabajadores en la comisión negociadora debe abonar a éstos sus salarios” en función del artículo 9.2 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical.

<sup>45</sup> El artículo 9.2. de la Ley Orgánica de Libertad Sindical “configura un permiso adicional al crédito de horas regulado en el artículo 68, inciso e, del Estatuto de los Trabajadores y vincula ese permiso al tiempo necesario para un adecuado cumplimiento de la función negociadora”. STS (Social), de 2 de octubre de 1989, f.d. 2, Ar. 7090.

España no existe una cantidad expresa y determinada de horas a la que se tenga derecho, sino que el único límite es la conclusión del proceso negociador. Pero no debe entenderse restringido a la sola asistencia a las reuniones convocadas a tal efecto, sino que debe extenderse a todas aquellas labores inherentes al proceso, a saber: el tiempo dedicado a las reuniones preparatorias y de posterior análisis de lo discutido en la Comisión, así como el tiempo consumido por traslados. Todo ello con independencia del lugar y modo en que se celebren las propias reuniones de la mesa negociadora.<sup>46</sup>

### B. *El derecho de reunión*

En Francia, de forma expresa recuerda el artículo L2143-18 del *Code du Travail* que las horas utilizadas para participar en reuniones que son convocadas por iniciativa del empleador no pueden ser imputadas al tiempo libre retribuido en beneficio de los representantes de los trabajadores.

Quedan por fuera también aquellas reuniones o asambleas generales, ordinarias o extraordinarias, de todos los trabajadores de la empresa, que sólo se realizarán dentro de la jornada de trabajo si existe acuerdo con el empleador —lo que será siempre objeto de fricciones entre las partes—,<sup>47</sup> y sin que afecte el crédito horario ya concedido a los representantes o dirigentes. Ése es el caso que precisamente regula el artículo 78.1 del Estatuto de los Trabajadores de España, en donde además, una iniciativa parlamentaria

<sup>46</sup> Así lo afirma el Tribunal Supremo, para quien el permiso adicional para el adecuado cumplimiento de la negociación colectiva, concedido en el artículo 9.2. de la Ley Orgánica de Libertad Sindical, “tiene ciertamente una gran amplitud ya que, como ha subrayado la doctrina científica, se refiere no sólo a las horas dedicadas a las sesiones de la comisión, sino también a cualquier otro tipo de gestión encaminada a la preparación y culminación del proceso negociador. No es posible, por tanto, reducir, como hace la sentencia recurrida, el ámbito del permiso al tiempo de duración de las sesiones negociadoras y al de desplazamiento, pues junto a este tiempo estrictamente indispensable hay que computar los periodos que razonablemente se inviertan en reuniones preparatorias o de evaluación, o, incluso, en el estudio de los antecedentes y propuestas de la negociación”. STS (Social), de 2 de octubre de 1989, f.d. 2, Ar. 7090.

<sup>47</sup> Para Tomás Sala Franco (“La representación de los trabajadores en la empresa”, *Relaciones Laborales*, Madrid, t. II, 1990, p. 50), la normativa del Estatuto de los Trabajadores es “exageradamente restrictiva”; mientras que, como recuerda Fermín Rodríguez-Sañudo Gutiérrez (“Negociación colectiva sobre representación y acción sindical en la empresa”, *Estudios de derecho del trabajo en memoria del Prof. Gaspar Bayón Chacón*, Madrid, Tecnos, 1980, p. 431), “como es lógico, el empresario tenderá a desplazarlas fuera de las horas de trabajo, con objeto de que no perturben el normal desarrollo de la prestación laboral; mientras que los sindicatos intentarán precisamente lo opuesto, con objeto de garantizar la mayor asistencia de los trabajadores”.

para asegurar el derecho permanente a realizarlas dentro de la jornada de trabajo, y por tanto como tiempo retribuido, fue rechazada.<sup>48</sup>

Por otra parte, se suele entender, y así lo convienen normalmente las partes, que no debe ser incluido en el cómputo del uso del crédito horario, y sí como permisos retribuidos distintos de éste, el tiempo que los representantes de los trabajadores utilicen en asistir, entre otras, a: *a)* las reuniones de los comités encargados de la seguridad e higiene en el trabajo, cuya creación es a veces un imperativo legal; *b)* las reuniones de las diferentes comisiones o instancias paritarias creadas al interno de la empresa, o *c)* las citaciones de los órganos laborales administrativos o judiciales.

Aunque no faltan tampoco las recomendaciones de las centrales sindicales para que sus delegados no utilicen su crédito horario de forma que coincida con las reuniones que deben desarrollarse con el personal para determinados acontecimientos, como el paro o la huelga.

## VI. NUEVOS ESCENARIOS

Como se señala en las consideraciones iniciales de la Directiva 2009/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo del 6 de mayo de 2009 sobre la constitución de un comité de empresa europeo o de un procedimiento de información y consulta a los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria, “el funcionamiento del mercado interior lleva aparejado un proceso de concentraciones de empresas, fusiones transfronterizas, absorciones y asociaciones y, en consecuencia, una transnacionalización de las empresas y grupos de empresas” (numeral 10).

En este nuevo contexto, las actividades que deben desarrollar los representantes de los trabajadores para cumplir con sus deberes más básicos de información y consulta cuando se produzcan cambios significativos en la estructura de la empresa o del grupo económico en el que participan, ya sea por fusión, adquisición o escisión, adquiere una nueva dimensión, ya no nacional, sino internacional.

En estos casos, el tiempo que los representantes de los trabajadores deben destinar a cumplir eficazmente con estas nuevas funciones no puede ser asumido a cargo del crédito horario que la ley nacional les otorga.

<sup>48</sup> Durante el debate parlamentario del proyecto del Estatuto de los Trabajadores, el Grupo Parlamentario Comunista propuso, sin éxito, una enmienda por medio de la cual se eliminara la expresión “y la misma tendrá lugar fuera de las horas de trabajo, salvo acuerdo con el empresario”. En su lugar proponía que: “podrá celebrarse dentro y fuera de la jornada laboral” (Sr. Ramos Camarero, Grupo Parlamentario Comunista, *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados «Pleno»*, núm. 56, de 19 de diciembre de 1979, p. 3803).

Por ello, el artículo 10 de la citada Directiva dispone en su beneficio que los miembros del comité de empresa europeo “dispondrán de los medios necesarios” para aplicar los derechos derivados de esta normativa comunitaria y así representar colectivamente los intereses de los trabajadores de la empresa o del grupo de empresas de dimensión comunitaria (10.1).

Incluso remite a la legislación nacional para que gocen, en el ejercicio de sus funciones, de “garantías similares” a las que allí se encuentran previstas, en particular para participar en las reuniones de la comisión negociadora, del comité de empresa europeo o en cualquier otra reunión derivada de los derechos colectivos que se le reconocen en la Directiva, “así como al pago de su salario” con motivo de su presencia en ellas (10.3). Un permiso con goce de salario que también se extiende a los cursos de formación “cuando sea necesario para el ejercicio de su función representativa en un entorno internacional” (10.4).

Estas previsiones absolutamente razonables en atención a las competencias asignadas en el contexto de una dimensión internacional resultan inexistentes en los acuerdos marco globales que comienzan a suscribir algunas empresas multinacionales de origen latino.

Aunque la experiencia llevada a cabo por las empresas multilatinas, especialmente de capital brasileño, con la UNI Global Union —*v. gr.* Icomon Tecnologia Ltda., Ability Tecnologias e Serviços S/A, Tel Telecomunicações Ltda.—, Union Network International para las Américas —*v. gr.* Banco do Brasil S. A.— e ICEM (International Federation of Chemical, Energy, Mine and General Worker’s Unions —*v. gr.* Petrobras—, representa un avance en el desarrollo del diálogo social y una visión más cercana a la que se ha venido ofreciendo desde los acuerdos marco celebrados por empresas multinacionales de origen de dimensión europea, no deja de resultar significativo que en los textos negociados se establezcan obligaciones a cargo de los representantes de los trabajadores, sin que se señalen de forma clara las facilidades de que van a disfrutar para asumir y cumplir eficazmente sus compromisos.

En los acuerdos celebrados, las partes se obligan a reunirse para vigilar el avance de los términos negociados o para resolver conjuntamente las discusiones o problemas que se presenten en la ejecución de los compromisos adquiridos. Estas labores de vigilancia de la administración y aplicación del acuerdo demandan tiempo y, eventualmente, desplazamientos de representantes locales a reuniones en el país sede de la empresa multilatina, pero no existe regla alguna que expresamente disponga quién cubre los gastos que esta participación demanda, y particularmente las reglas aplicables al uso del tiempo de delegación.

Aunque lo lógico sería que estas reglas sobre el crédito horario o permisos retribuidos estuvieran expresamente indicadas, de modo que fueran cubiertas por las mismas garantías que tienen las demás disposiciones negociadas, no ha sido así. Dado que se trata de actividades que implican una cantidad importante de horas o días, el tiempo empleado no debería computarse al crédito horario que legal o convencionalmente se haya normado, que tiene por fin la solución de temas locales. Estas nuevas obligaciones derivadas del acuerdo marco global serían entonces abordadas por medio de permisos especiales retribuidos al amparo del convenio firmado.

## VII. CONCLUSIONES

El Convenio sobre los Representantes de los Trabajadores, de 1971 (núm. 135), y la Recomendación sobre la Protección y Facilidades que Deben Otorgarse a los Representantes de los Trabajadores en la Empresa, de 1971 (núm. 143), de la Organización Internacional del Trabajo no definen cuánto tiempo libre debe ser otorgado para que estos representantes cumplan eficazmente con las labores que les fueron asignadas.

Un estudio de las actas de las conferencias internacionales del trabajo de 1970 y 1971 nos permite comprender que el grupo de trabajadores siempre pretendió, sin éxito, eliminar las reglas de protección que para evitar eventuales abusos del tiempo sindical, apoyó el grupo de empleadores.

El poder disfrutar del tiempo libre y remunerado necesario para el ejercicio de las funciones sindicales representa para los trabajadores la facilidad más importante que les ha sido reconocida nacional e internacionalmente y, además, la que más conflictos origina en su ejecución.

Los límites legalmente impuestos, cuando existen, son siempre superados por el poder de regulación autónoma de las partes, lo que claramente se observa en las respuestas a las preguntas sobre cuánto tiempo debe concederse y en qué tiempo debe disfrutarse.

Aunque el uso de escalas progresivas o de cantidades fijas predeterminadas es lo usual para establecer el espacio de tiempo que debe concederse, la acumulación de tiempo y la creación de bolsas de crédito confirman que es más beneficioso que sean las mismas partes las que mediante el proceso de la negociación colectiva pacten en qué momentos el tiempo concedido debe disfrutarse, atendiendo a la complejidad de las tareas que deben asignarse, así como a la disposición y capacidad de los representantes.

Ni las imprevisibles vicisitudes del contrato de trabajo de los representantes de los trabajadores ni las de la propia actividad productiva deberían afectar el fin último por el cual se concede el crédito horario.

Lo que se busca con el otorgamiento de tiempo libre y remunerado a los representantes de los trabajadores es que cada uno de ellos alcance un cumplimiento eficaz de las funciones que debe atender, siempre y cuando el funcionamiento de la empresa no se perjudique. La buena fe es un principio esencial que debe orientar la adecuada administración de esta garantía, y sólo frente a actitudes reiteradas de abuso, el régimen disciplinario debe aplicarse.

Cuando se trate de cubrir actividades extra empresariales no imputables al trabajador, e incluso hasta promovidas por el propio empleador, los permisos retribuidos deben acordarse sin que se afecte el cómputo del crédito horario.

Hoy, las circunstancias del mundo del trabajo no son las mismas. Las unidades productivas, y con ellas los propios trabajadores, están inmersos en un contexto global en el que las organizaciones de trabajadores han tenido que adaptarse a las nuevas exigencias y retos que plantean para la acción colectiva estos nuevos escenarios, que además requieren de mayor formación, liderazgo y, especialmente, de tiempo libre y remunerado para ejercer acciones de representación no sólo dentro del ámbito local y nacional, sino también supranacional, con el fin de lograr una presencia más activa en aquellos lugares donde la empresa se encuentra deslocalizada y así cumplir con un desempeño eficaz de sus funciones.

Las reglas que deben implementarse para regular el crédito horario en los nacientes acuerdos marco globales de empresas multilatinas todavía no son incorporadas. La ausencia de una regulación en tal sentido no debe tener por consecuencia que el otorgamiento del tiempo libre se deje a la suerte de la tolerancia del empleador. Por el contrario, la normativa que se establezca debe gozar del mismo régimen de privilegio, en cuanto a la protección por incumplimiento, del que disfrutaban las demás normas contenidas en los acuerdos marco.

## VIII. BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO OLEA, Manuel y CASAS BAAMONDE, Emilia, *Derecho del trabajo*, 23a. ed., Thomson-Civitas, Madrid, 2005.
- BARREIRO GONZÁLEZ, Germán, *El crédito de horas de los representantes de los trabajadores*, Madrid, Instituto de Estudios Laborales y de la Seguridad Social, 1984.
- CARINCI, Franco *et al.*, *Diritto del Lavoro: 1. Il diritto sindacale*, 4a. ed., Turín, Utet, 2004.

- CELLA, Gian Primo y TREU, Tiziano, *Relaciones industriales en Italia*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1991.
- CEOE, “Aspectos a considerar en relación con la Ley Orgánica de Libertad Sindical”, *Relaciones Laborales*, Madrid, t. II, 1985.
- CONFERENCIA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *Actas de la Quincuagésima Cuarta Reunión*, Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 1970.
- , *Actas de la Quincuagésima Sexta Reunión*, Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 1971.
- CUEVAS LÓPEZ, Joaquín, “Crédito horario: comprensivo del tiempo dedicado a prestar información en el lugar de trabajo”, *Relaciones Laborales*, Madrid, t. II, 1986.
- DÄUBLER, Wolfgang, *Derecho del trabajo*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1990.
- DURÁN LÓPEZ, Federico, “La acción sindical en la empresa tras la Ley Orgánica de Libertad Sindical”, *Revista Claridad*, Madrid, núm. 8, julio-agosto de 1985.
- GARCÍA FERNÁNDEZ-LOMANA, Manuel, *Manual de derecho del trabajo*, Barcelona, Ariel, 1990.
- JAVILLIER, Jean-Claude, *Droit du Travail*, 5a. ed., París, LGDJ, 1996.
- MARTÍNEZ EMPERADOR, Rafael, “Ley de Libertad Sindical: breve estudio exegético (I/II)”, *Actualidad Laboral*, Madrid, t. II, 1985.
- MONTOYA MELGAR, Alfredo, *Derecho del trabajo*, 27a. ed., Madrid, Tecnos, 2006.
- OJEDA AVILÉS, Antonio, *Derecho sindical*, 7a. ed., Madrid, Tecnos, 1995.
- OLARTE ENCABO, Sofía, “Pactos individuales y representación legal de los trabajadores”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 50, noviembre-diciembre de 1991.
- ORTIZ LALLANA, María del Carmen, “Permisos retribuidos y créditos sindicales de tiempo en la legislación y en la jurisprudencia (I/II)”, *Actualidad Laboral*, Madrid, núm. 23-24, junio de 1989.
- PÉLISSIER, Jean *et al.*, *Droit du Travail*, 23a. ed., París, Dalloz, 2006.
- RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, Fermín, “Negociación colectiva sobre representación y acción sindical en la empresa”, *Estudios de derecho del trabajo en memoria del Prof. Gaspar Bayón Chacón*, Madrid, Tecnos, 1980.
- SÁEZ LARA, Carmen, *Representación y acción sindical en la empresa*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1992.

SAGARDOY BENGOCHEA, Juan Antonio, “Dictamen sobre «Utilización fraudulenta del crédito horario a representantes del personal, como causa de despido»”, *Relaciones Laborales*, Madrid, t. I, 1985.

SALA FRANCO, Tomás, “La representación de los trabajadores en la empresa”, *Relaciones Laborales*, Madrid, t. II, 1990.

TORRENTS MARGALEF, Jorge, “El crédito horario de los representantes del personal en la empresa: criterios jurisprudenciales (I y II)”, *Actualidad Laboral*, Madrid, núm. 34-35, septiembre de 1991.

TUDELA CAMBRONERO, Gregorio, “Crédito de horas y trabajo a tiempo parcial”, *Relaciones Laborales*, t. I, 1988.

VILLA GIL, Luis Enrique de la (comp.), *Materiales para el estudio del sindicato*, 2a. ed., Madrid, Instituto de Estudios Laborales y de la Seguridad Social, 1984.

## LA PROTECCIÓN DEL DERECHO HUMANO A LA SALUD COMO PROTECCIÓN SOCIAL EN EL ÁMBITO DE LOS DERECHOS SOCIALES

Julio Ismael CAMACHO SOLÍS\*

SUMARIO: I. *Los derechos sociales y la protección social desde una nueva perspectiva.* II. *El derecho constitucional a la protección de la salud.* III. *Los retos de México para garantizar el derecho a la salud.* IV. *La salud como derecho, la enfermedad como evolución.* V. *De las garantías a los derechos y de la Constitución a la realidad.* VI. *El derecho a la salud, un deber de bienestar funcional.* VII. *De la crisis del Estado liberal al Estado social de derecho.* VIII. *Derechos fundamentales.* IX. *Diferencia entre las garantías sociales y las individuales.* X. *Bibliografía.*

### I. LOS DERECHOS SOCIALES Y LA PROTECCIÓN SOCIAL DESDE UNA NUEVA PERSPECTIVA

En la actualidad, cuatro de cada cinco personas en el mundo no disfrutaban de un nivel de protección social que les permita ejercer plenamente en su favor los derechos humanos, y menos de la mitad de toda la población mundial cuenta con algún sistema de seguridad social. Garantizar un nivel de protección social básica y una vida decente para estas personas, muchas de las cuales luchan sólo para sobrevivir, es una prioridad inaplazable, es una necesidad y una obligación al amparo de los nuevos y renovados instrumentos jurídicos de derechos humanos. La calidad de vida está en estrecho vínculo con la justicia en todas sus facetas revisadas; implica el hacer y el vivir desde la propia acción y elección sin infringir las ventajas sociales, disfrutando los derechos básicos como mínimos indispensables para vivir una vida en la que se respete la dignidad humana; se cuente además con una verdadera gama de oportunidades reales de salud e integridad física, mantenimiento de relacio-

\* Académico-investigador de tiempo completo en la FCA-C-I de la Universidad Autónoma de Chiapas; investigador nacional nivel I del SNI del Conacyt.

nes afectivas, educación, control sobre el entorno, esto es, tener capacidades y oportunidades para funcionar de manera integral y armónica como persona y como parte de un hogar mayor llamado tierra, en donde los vínculos de justicia sean evidentes para todos los seres sensibles.

De hecho, el significado mismo de enfermedad se ha transformado. Hasta hace poco, la experiencia de enfermedad se caracterizaba por una sucesión de episodios agudos, de los que uno se recuperaba o fallecía. Ahora la gente pasa una parte sustancial de su vida en condiciones menos que perfectas de salud, lidiando con padecimientos crónicos. La enfermedad no siempre nos mata, pero casi siempre nos acompaña. Los avances, sin embargo, han generado nuevos retos. La equidad es el elemento más apremiante porque el progreso en las condiciones de salud no se ha distribuido de manera homogénea ni entre los países ni dentro de ellos. Por su desigualdad social, México, como todas las naciones en desarrollo, enfrenta simultáneamente una triple carga de enfermedades. En primer lugar está la agenda aún pendiente de las infecciones comunes, la mortalidad materna y la desnutrición. La patología del rezago sigue presente en las poblaciones de menores recursos, sobre todo en las comunidades indígenas. En segundo lugar, sin haber resuelto del todo este rezago, es ya dominante el panorama de enfermedades no transmisibles, como la diabetes, los males cardíacos, el cáncer y los problemas de salud mental, así como las muertes debidas a accidentes o a la violencia. En 1970 estas causas representaban el 40% de las muertes; hoy representan más del 85%.<sup>1</sup>

En tercer lugar está la indiferencia, la atroz impunidad, la irresponsabilidad social y la enorme corrupción gubernamental; que junto con el olvido y la gravísima injusticia social son el complemento para considerar la enorme vulnerabilidad del derecho a la salud. Los indicadores generales de salud de un país son, en buena medida, reflejo de su nivel de desarrollo social en términos de progreso y justicia.

Los países que presentan niveles más altos de desarrollo son, generalmente, aquellos que tienen una mayor esperanza de vida, menores tasas de mortalidad materno infantil, erradicación de enfermedades que pueden ser fácilmente prevenidas y una amplia cobertura de los sistemas de salud pública ante los diferentes riesgos que puede enfrentar la salud a lo largo del ciclo vital. Son además países que en la mayoría de los casos no condicionan el acceso a los servicios públicos de salud al estatuto laboral de la población, como en los países de seguro social limitado, sino que cuentan con servicios con cobertura universal y prestaciones integrales.

<sup>1</sup> Secretaría de Salud, *La democratización de la salud en México. Hacia un sistema universal de salud*, México, 2001, p. 324, disponible en: [www.salud.gob.mx/plandedesarrollo](http://www.salud.gob.mx/plandedesarrollo).

Puede afirmarse que a partir del siglo XX la capacidad de los Estados nacionales para garantizar a su población el acceso universal a los servicios de salud se convirtió en una característica fundamental del grado de desarrollo de un país. Esto se debió a un cambio de la mayor trascendencia: el reconocimiento de la salud como un derecho y no como una dádiva, mucho menos una mercancía. En la mayor parte del mundo, a lo largo del siglo anterior los Estados nacionales reconocieron como uno de los derechos sociales más importantes el acceso a los servicios de salud y crearon entramados institucionales para garantizarlo, aunque con resultados muy distintos, por no decir contrastantes.

En este sentido, en tanto que los recursos para la atención integral a la salud son una inversión y no un gasto, que puede ser dejado para después, es posible afirmar que uno de los más grandes avances que ha alcanzado la humanidad es el reconocimiento de que la salud no es mercancía, caridad ni privilegio, sino un derecho social por demás exigible; no hay ni puede haber desarrollo humano sin un sistema de salud y seguridad social universal e integral. El Estado no puede abdicar de su responsabilidad de garantizar el acceso a la salud a todos los ciudadanos. El mercado solamente reproduciría la asimetría en la distribución del ingreso en el acceso a los servicios de salud.

Bajo esta óptica, es claro que no son ni pueden ser las fuerzas del mercado o las negociaciones comerciales las que determinen los niveles de salud de la población; la definición de las políticas que garanticen la seguridad social y la salud de los mexicanos es tarea ineludible del Estado, y más aún, una obligación establecida en la Constitución Política de nuestro país, que en su artículo 4o. reconoce el derecho a la salud. Es responsabilidad de todos, y en particular de médicos, abogados y economistas, diseñar los mecanismos adecuados para garantizar este derecho.

A esto hay que agregar los riesgos asociados directamente a la globalización: pandemias como el Sida y la influenza, el comercio de productos dañinos para la salud como el tabaco y otras drogas, las consecuencias en la salud del cambio climático, y la diseminación de estilos de vida no saludables que han dado paso a la pandemia silenciosa de la obesidad, que alguien ha llamado “globesidad” precisamente para enfatizar su vínculo con la globalización. Las cifras son particularmente dramáticas: en México hay 41 millones de adultos, seis millones de adolescentes y más de cuatro millones de niños con sobrepeso y obesidad.<sup>2</sup>

<sup>2</sup> Secretaría de Salud, *Encuesta nacional de salud y nutrición 2006*, Morelos, Instituto Nacional de Salud Pública, 2006, disponible en: [www.salud.gob.mx/plannedesarrollo](http://www.salud.gob.mx/plannedesarrollo) (consulta: 13 de noviembre de 2012).

Dado que la seguridad social para la vejez no cubre actualmente el riesgo de la dependencia, resulta fundamental realizar cambios en la legislación secundaria en relación con el derecho a la salud en su conjunto y en la normatividad que rigen los programas de salud, sobre todo la de brindar protección a los adultos mayores, así como en la operación y coordinación de instituciones públicas, privadas, lucrativas y no lucrativas que brindan algún servicio o atienden a este grupo de edad. Dirigir esfuerzos en este sentido es especialmente relevante ante el escenario actual, en el que los sistemas tradicionales de protección, como las familias numerosas, están desapareciendo, y ante el aumento de la fase improductiva debido a una mayor longevidad.

## II. EL DERECHO CONSTITUCIONAL A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD

Regular la protección de la salud es el resultado de diversos eventos. Luego de la expedición de las Leyes de Reforma (1859), que abolieron los fueros eclesiásticos y desconocieron a las órdenes religiosas, tocó al Estado mexicano velar por la salud de sus habitantes. En 1981 se expidió el primer Código Sanitario del México independiente, cuyo contenido y cuya denominación cambiaron paulatinamente, hasta convertirse en la actual Ley General de Salud. A raíz de la Revolución de 1910, el derecho a la protección de la salud adoptó un carácter social, dado que su regulación fue puesta en manos del Congreso de la Unión.

El tercer párrafo del artículo 4o. constitucional indica que “toda persona tiene derecho a la protección de la salud. La ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general, conforme a lo que dispone la fracción XVI del artículo 73 de esta Constitución”. Este párrafo fue adicionado el 3 de febrero de 1983, a fin de elevar a rango constitucional el derecho a la protección de la salud.

Gozan de este derecho toda persona y colectividad que se encuentren en el territorio nacional. Correlativamente, el Estado está obligado a promover leyes que aseguren una adecuada atención a los servicios de salud. En sí, este párrafo protege la posibilidad de acceder a servicios dignos de atención a la salud en cualquier caso y bajo cualquier circunstancia. Aunque correctamente se haya indicado que a esta garantía se le pueda hacer extensiva la previsión de igualdad que contiene el artículo 1o. de la Constitución Política, se trata de un derecho predominantemente social, pues

entraña la actuación del Estado en beneficio de las condiciones de vida de la población.<sup>3</sup>

En torno a este derecho, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación se ha expresado así:

...el derecho a la protección de la salud tiene otras finalidades, el disfrute de servicios de salud y de asistencia social que satisfaga las necesidades de la población; ...por servicios de salud se entienden las acciones dirigidas a proteger, promover y restaurar la salud de la persona y de la colectividad; ...los servicios de salud se clasifican en tres tipos: de atención médica, de salud pública y de asistencia social; ...son servicios básicos de salud, entre otros, los consistentes en: a) la atención médica, que comprende actividades preventivas, curativas y de rehabilitación, incluyendo la atención de urgencias, definiéndose a las actividades curativas como aquellas que tienen como fin efectuar un diagnóstico temprano y proporcionar tratamiento oportuno, y b) la disponibilidad de medicamentos y otros insumos esenciales para la salud, para cuyo efecto habrá un cuadro básico de insumos del sector salud.<sup>4</sup>

Para ser efectivo, el derecho a la protección de la salud requiere de la participación del individuo, la sociedad y el Estado. Entre sus características específicas destacan las siguientes:

- a) Sobresale el concepto de garantías individuales.
- b) Sus titulares pueden ejercerlo libremente.
- c) Es un derecho universal, pues protege a todo ser humano.
- d) Su parte medular consiste en el acceso a los servicios de salud.

De acuerdo con la propia Constitución federal, gozar de una adecuada protección de la salud depende de bases y modalidades que al efecto defina la ley. La fracción XVI del artículo 73 constitucional, relativo a las facultades del Congreso de la Unión, indica que a éste corresponde indicar leyes sobre nacionalidad, condición jurídica de los extranjeros, ciudadanía, naturalización, colonización, emigración e inmigración y salubridad general de la República.

La ley reglamentaria del párrafo tercero del artículo 4o. constitucional es la Ley General de Salud, cuyo artículo 5o. se refiere al sistema nacional de salud, el cual debe hacer frente a los problemas de salubridad que

<sup>3</sup> Sánchez Cordero, Olga, *El derecho constitucional a la protección de la salud*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2000, colección Discursos, núm. 6, pp. 10 y 11.

<sup>4</sup> Tesis P. XIX/2000, *Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, marzo de 2000, t. XI, p. 112.

aquejen a la población. Según el precepto indicado, el sistema nacional de salud está constituido por las dependencias y entidades de la administración pública, tanto federal como local, y las personas físicas o morales de los sectores social y privado que presten servicios de salud, así como por los mecanismos de coordinación de acciones, y tiene por objeto dar cumplimiento al derecho a la protección de la salud.

Los fines de este sistema están enumerados en el artículo 6o. de la Ley señalada; de entre ellos destacan los siguientes:

- 1) Proporcionar servicios de salud a toda la población y mejorar la calidad de los mismos, atendiendo a los problemas sanitarios prioritarios y a los factores que condicionen y causen daños a la salud, con especial interés en las acciones preventivas.
- 2) Contribuir al desarrollo demográfico armónico del país.
- 3) Colaborar al bien social de la población mediante servicios de asistencia social, principalmente a menores en estado de abandono, ancianos desamparados y minusválidos, para fomentar su bienestar y propiciar su incorporación a una vida equilibrada en lo económico y social.
- 4) Dar impulso al desarrollo de la familia y de la comunidad, así como la integración social y el crecimiento físico y mental de la niñez.
- 5) Apoyar el mejoramiento de las condiciones sanitarias del medio ambiente que propicien el desarrollo satisfactorio de la vida.

Otras leyes que regulan este derecho son la Ley de los Institutos Nacionales de Salud, la Ley de Salud para el Distrito Federal y el Estatuto Orgánico de Servicios de Salud Pública del Distrito Federal. Los estados también deben legislar respecto de esta materia, dado que la protección de la salud supone una actividad concurrente; es decir, requiere la intervención tanto de la Federación como de las entidades federativas y los municipios, en congruencia con el sistema federal de gobierno que existe en México.<sup>5</sup>

La legislación ha dado lugar a la creación de organismos que en gran medida participan a favor de la protección de la salud. Tal es el caso, por ejemplo, del Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS) y del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores al Servicio del Estado (ISSSTE). Así como 32 sistemas estatales que brindan servicios médicos para la cobertura de la seguridad social para el caso de los trabajadores al servicio de las entidades federativas.

<sup>5</sup> Véase el inciso *i* de la fracción III del artículo 115 constitucional.

En el plano internacional se han producido diversos tratados y convenios destinados a proteger este derecho, tales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos; el Convenio Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; la Carta de los Derechos Humanos de los Pueblos Africanos, y la Convención sobre los Derechos del Niño.

### III. LOS RETOS DE MÉXICO PARA GARANTIZAR EL DERECHO A LA SALUD

No obstante las reformas realizadas y el hecho de que el gasto per cápita en salud se incrementó entre 1997 y 2007 a una tasa promedio de 4.4% real anual por encima del promedio de 4.1% que registraron los países de la OCDE, México presenta asimetrías entre la atención prestada por el sistema de salud y las necesidades de la población. En 2007, el gasto público representó 45.2% del gasto total en salud, porcentaje menor que el promedio (73%) de los países de la OCDE y también inferior a países de América Latina con ingresos similares o inferiores a los nuestros, como Chile (48.8) y Honduras (56.5). Con estos recursos se financia la operación de los dos tipos básicos de instituciones públicas: a las que ofrecen servicios a la población derechohabiente por su condición laboral (IMSS, ISSSTE y los servicios de salud de PEMEX y las secretarías de Defensa y Marina), así como las instituciones dedicadas a atender a la población sin seguridad social. El gasto privado asciende a 54.8%, del cual más del 94% corresponde a gasto de bolsillo y el resto a esquemas de aseguramiento privado.<sup>6</sup>

Si nos quisiéramos medir con los miembros de la OCDE encontraríamos que somos el país que destina el menor porcentaje del PIB al gasto en salud. Pero más allá de las comparaciones internacionales y de que no se cuente con parámetros universales en cuanto al monto óptimo de inversión en salud, conviene preguntarse si México realiza la inversión adecuada (considerando el gasto total, las fuentes de financiamiento y su distribución). Esta cuestión puede responderse con solvencia al revisar la información disponible, que indica que la inversión en salud no sólo es menor a la requerida y esperada para un país con el nivel de desarrollo y necesidades del nuestro, sino que el financiamiento tiene deficiencias y su distribución no contribuye a reducir las disparidades en los indicadores de salud.

No obstante lo anterior, hay que reconocer que uno de los cambios más significativos de los últimos años ha sido el incremento, en términos reales,

<sup>6</sup> Véase [www.sistemanacional.org/saludencifras.2011](http://www.sistemanacional.org/saludencifras.2011).

de los recursos federales para la población sin seguridad social; aumento que, sin embargo, no ha logrado equilibrar el desbalance del gasto público, observado entre la población asegurada y la no asegurada. En este contexto, conviene apuntar que como resultado de diversas reformas a la Ley General de Salud, en 2004 empezó a operar el seguro popular, cuyo funcionamiento es solidario y tripartito: recursos federales asignados por la Secretaría de Salud, recursos estatales y cuota familiar. Datos del Centro de Estudios de las Finanzas Públicas de la Cámara de Diputados indican que para 2009 los recursos con los que contó el seguro popular representaron el 48.6% del gasto total del ramo; en ese ejercicio presupuestal dispuso de 41,368 millones de pesos, 5.7% más que en 2008.

Resulta innegable que se requiere avanzar en la extensión de los servicios de salud. Sin embargo, no resulta evidente que la creación del seguro popular sea la solución más conveniente para ampliar la cobertura. Más aún, cabe preguntarnos si la creación de un nuevo programa con un nuevo gobierno, con una nueva visión, pero quizá con los mismos vicios institucionales, no abona en positivo que en la segmentación de los servicios públicos de salud, en la heterogeneidad de sus prestaciones y en la ineficiencia operativa del sistema nacional de salud. El principal reto para garantizar el derecho a la salud consiste en universalizar la cobertura sin provocar nuevas simetrías por la heterogeneidad en la calidad y en las prestaciones de los sistemas públicos de salud, que es consecuencia a su vez de su segmentación.

La protección social para los gobernados se ve limitada e inalcanzable; en este sentido deberán ser varios elementos los que formen parte del diagnóstico que debemos hacer sobre el estado actual que guardan hoy día los derechos sociales en nuestro propio continente. El diagnóstico no parece ser muy promisorio; una versión relativamente robusta del Estado de derecho implica no sólo la cuestión del imperio de la ley sino también la existencia de mecanismos de control y responsabilidad entre los poderes públicos, un control jurisdiccional de la Constitución independiente y, finalmente, la promoción y defensa de los derechos individuales. Por ello respecto al primero de estos elementos, el imperio de la ley y la seguridad jurídica, América Latina no parece pasar ningún estándar; por ejemplo, la cuestión de seguridad jurídica implica que las normas deben de ser estables y confiables, claras, públicas y permanentes, que garanticen su plena aplicación y respeto.

Las normas se cambian mucho o de plano permanecen estáticas, se aplican retroactivamente, se aplican mal y están mal diseñadas; eso, digamos, es una responsabilidad directa de los poderes públicos encargados de su creación, por ello no podremos ser capaces de mejorar estándares en términos de nuestros derechos sociales ni podremos ser agentes de cambio

para impulsar el Estado de derecho en su conjunto o, por lo menos, su aplicabilidad básica.

Es decir, sin sujetos sociales no hay derechos sociales; no basta que el Estado sea soberano y poderoso para que pueda haber la realización de los derechos sociales; tampoco se trata de un Estado totalmente paternalista, mucho menos de un Estado no interventor, se trata de un Estado comprometido con los derechos sociales de última generación, homologado de manera ordenada, pragmática y organizada con el tema a los derechos humanos. De tal manera se justifica la existencia de cuatro ejes fundamentales para lograr la construcción de los derechos sociales: el empoderamiento, la productividad, la sustentabilidad y la equidad; este conjunto de componentes es el que nos puede permitir construir con bases sólidas el reconocimiento de los derechos sociales, y después proponer su exigibilidad; si no estamos los sujetos sociales en este camino, lo que tendremos será más de lo mismo, tendremos pues un desarrollo sin rostro humano, sin garantías sociales y sin la protección social tan necesaria para unos y tan insignificante para otros; un desarrollo inhumano, desigual y desproporcionado como es el que se manifiesta de manera lacerante en América Latina en la últimas décadas; por ello, las personas que están en la función pública deberán, conocer, respetar y aplicar los derechos sociales. En los términos actuales cobra vigencia inusitada la reforma constitucional en referencia, clara, precisa y analítica sobre los derechos humanos, que describe de manera clara y objetiva lo siguiente:

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.<sup>7</sup> 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, indi-

<sup>7</sup> Artículo constitucional reformado mediante decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 10 de junio de 2011, además los párrafos subsecuentes se adicionaron mediante el mismo decreto, en la que sin duda es la reforma esperada para que el Estado mexicano transite de la obligación, a la cultura de garantizar la plenitud en el ejercicio de los derechos humanos.

visibilidad 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.

Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos, los esclavos del extranjero que entren al territorio nacional alcanzarán, por este solo hecho, su libertad y la protección de las leyes.

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, de las garantías a los derechos y de la Constitución a la realidad.

#### IV. LA SALUD COMO DERECHO, LA ENFERMEDAD COMO EVOLUCIÓN

El país ha mostrado una evolución favorable en cuanto a la cobertura y el gasto general en salud, si bien los logros alcanzados no han eliminado todos los riesgos y desafíos que existen en este campo. De un lado, se confirma para la salud lo dicho por otros sectores interesados en cuanto a la evolución demográfica del país y la creciente importancia que tienen los grupos de mayor edad, especialmente los adultos mayores. Han sido los últimos doce años el escenario en el que México comenzó a dejar atrás el perfil en el que predominaban la muerte materno-infantil y las enfermedades infecto-contagiosas, para adquirir otro en el que las enfermedades no contagiosas ocupan un lugar preponderante. Cada vez más, la muerte responde al reloj biológico, no a las carencias sociales.<sup>8</sup>

Por otro lado está el asunto de la evolución de las capacidades institucionales de los gobiernos para adaptarse a los cambios y para entender las necesidades resultantes. En el caso de México, en la opinión y datos de los últimos funcionarios del gobierno federal encargados del ramo de salud, el progreso es un reflejo de auténticas políticas de Estado que a lo largo del último tercio del siglo, es decir, desde 1982, han mantenido el rumbo de las instituciones públicas de salud frente a los cambios de administración y la alternancia democrática. Esto quiere decir que, cuando menos en esta importante arena de política pública, los objetivos y acciones gubernamentales no se alejaron demasiado de una agenda básica de prioridades y necesidades.

<sup>8</sup> Frenk, Julio, “La salud en México”, *Revista Nexos*, México, 2008, p. 65.

## V. DE LAS GARANTÍAS A LOS DERECHOS Y DE LA CONSTITUCIÓN A LA REALIDAD

La Constitución mexicana de 1917 prometía lo que no podía cumplir. Quizá no fue diseñada para la democracia pero prometía organizar al país democráticamente. Quizá no ofrecía mecanismos idóneos de garantía para los derechos de las personas pero otorgaba un amplio catálogo de derechos fundamentales (mal llamados garantías individuales) a todos los seres humanos que se encontraran en el territorio nacional. Y quizá el documento constitucional emanado de la Revolución no ofrecía un entramado institucional idóneo para activar los mecanismos de control de poder que contenía explícitamente en su texto, pero supuestamente organizaba al Estado bajo el principio de la separación de los poderes y el modelo federal. Por ello, durante mucho tiempo la Constitución se convirtió en un paliativo e instrumento de vigencia retórica: un conjunto de normas inspirado en un movimiento político y arropado de una retórica emancipadora pero que no serviría para organizar al país en clave democrática, social y desigual que lo caracterizaba.<sup>9</sup>

En su texto, la Constitución siempre ha delineado las coordenadas de un Estado social democrático y de derecho. Sin embargo, en los hechos, hasta ahora, ese modelo no se ha verificado. Como un material mórbido que no se ajusta al molde diseñado para atraparlo, la realidad mexicana, llamada también como la Constitución material, se ha desbordado y escapado de su proyecto constitucional.<sup>10</sup>

Por eso no es fácil hablar del Estado de derecho en México. Es cierto que desde el punto de vista formal tenemos una Constitución que responde a ese paradigma, y para probarlo bastaría con narrar la evolución de las normas que han sido incorporadas en la Constitución (desde 1917 y hasta el primer decenio del siglo XXI). Pero esa narrativa, desde el punto de vista de la realidad práctica, equivaldría a contar el devenir normativo de una promesa incumplida. En los hechos, lamentablemente, los principios e instituciones del constitucionalismo democrático, que pudieran entenderse como lo más avanzado del modelo del Estado de derecho, no tienen vigencia para la enorme mayoría de los mexicanos. Destacando los bienes más valiosos de ese modelo: los derechos fundamentales o humanos de las personas. Libertades, derechos políticos y derechos sociales que constituyen la

<sup>9</sup> Salazar Ugarte, Pedro, *Equidad social y parlamentarismo*, México, Siglo XXI, 2012, pp.189-199.

<sup>10</sup> Mortati, Carlo, *Sobre la idea de constitución material. La costituzione in senso materiale*, Milán, Giuffrè, 1940, p. 145.

base de legitimidad de ese modelo y, al mismo tiempo, el objetivo que las instituciones políticas deben perseguir.

Pero no todos los saldos son negativos en esta materia. Así como la democracia se fue construyendo sobre la base de la Constitución posrevolucionaria, la agenda de los derechos en general ha venido ganando terreno. La prueba contundente de esta afirmación es la reforma constitucional en materia de derechos humanos aprobada en 2011. Con esta reforma cambio, el texto constitucional mexicano de manera sustantiva. Técnicamente hablando, el apartado dogmático de la Constitución fue objeto de modificaciones sustanciales que sientan las bases para una transformación profunda de las prácticas políticas, jurídicas y programáticas en materia de derechos humanos.<sup>11</sup>

Las reformas constitucionales son solamente eso y por sí solas no conllevan transformaciones políticas y prácticas concretas. Para traducir a las normas en realidades es necesario implementar acciones desde diferentes ámbitos de la vida social y política. Ello sobre todo cuando se trata de una materia tan compleja como la de los derechos humanos que tienen múltiples dimensiones (sociales, económicas, políticas y, por supuesto, jurídicas). Algunas de las tareas que deben asumir los diferentes operadores jurídicos del país y, sobre todo, los jueces para poner la reforma en práctica. En una democracia constitucional, la garantía efectiva de los derechos humanos depende tanto de esos ámbitos como de las acciones que se lleven a cabo en la esfera estrictamente jurídica.

La reforma de derechos humanos es la culminación de un largo proceso. Y a la vez es el punto de partida de una nueva etapa de transformaciones jurídicas, políticas, sociales, e institucionales. Por eso constituye un punto de referencia para valorar la situación del Estado de derecho o Estado constitucional en México; los alcances potenciales de esa operación constitucional emergen de seis ejes estratégicos: *a)* la ampliación del conjunto de derechos humanos; *b)* el ensanchamiento de la titularidad de los derechos; *c)* la especificación de las obligaciones de las autoridades; *d)* el fortalecimiento de las instituciones de protección (jurisdiccionales y no jurisdiccionales); *e)* el énfasis en la protección de los derechos desde las políticas públicas, y *f)* el apego y respeto a la convencionalidad internacional.<sup>12</sup>

<sup>11</sup> Una primera aproximación en esa dirección puede consultarse en Carbonell, M. y Salazar, P. (coords.), *La reforma constitucional de 2011 en materia de derechos humanos. Un nuevo paradigma*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011, p. 56.

<sup>12</sup> Comentarios expuestos por Alan García en el Seminario sobre la Reforma de Derechos Humanos organizado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en diversas sedes nacionales el 23 de septiembre de 2011.

Detrás de la reforma se encuentra un proceso de paulatina apertura del sistema político mexicano al derecho internacional. Un proceso que condujo al reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en 1988 y a la adhesión y ratificación de múltiples instrumentos internacionales en materia de derechos humanos. Mediante la interacción entre factores internos e internacionales a lo largo de seis décadas México pasó de sostener una posición defensiva a una proactiva frente al régimen internacional de derechos humanos.

Para que los derechos humanos llegaran a ser prioritarios en la política exterior de México debió primero desarrollarse un proceso por el cual los mexicanos se familiarizaron con este paradigma y lo adoptaron como lente interpretativo de su propia situación política y social. Esta socialización de los derechos humanos en México comenzó en la década de los ochenta, de la mano de organizaciones de la sociedad civil principalmente y se extendió a partidos políticos y gobernantes.

Además, los cambios en la política exterior de México coincidieron con transformaciones en el orden internacional que potenciaron la calidad de influencia de las redes transnacionales de derechos humanos.<sup>13</sup>

Este proceso constituye el telón de fondo que explica en parte el sentido de la reforma aprobada en 2011. La prueba de ello es que la reforma, aunque proviene de un proceso político nacional, tiene una fuerte orientación internacional. De hecho parece atinado sostener que el eje articular de todas las modificaciones a la Constitución mexicana son los criterios, principios e instituciones de garantía de los derechos humanos que han madurado en el ámbito de los organismos internacionales

Además, la reforma fue precedida por una mutación en el lenguaje jurídico, político y académico mexicano que instaló el concepto de los derechos humanos en el centro de una agenda programática. Poco a poco el lenguaje de las garantías individuales, término constitucionalizado desde 1917 para recoger en la Constitución a los derechos de las personas, se fue desplazando por conceptos más modernos como el de derechos fundamentales o más amplios como el de derechos humanos. De hecho, estos conceptos ya se habían introducido en la propia Constitución en reformas anteriores a los artículos 18 y 102-B, respectivamente. De esta manera, poco a poco fue cobrando fuerza la idea que finalmente quedó reconocida en el texto constitucional modificado en 2011: una cosa son los bienes jurídicos que se protegen —los derechos humanos— y otra los mecanismos con los

<sup>13</sup> Saltalamacchia, N. y Covarrubias, A., *Derechos humanos en política exterior. Seis casos latinoamericanos*, México, ITAM-Miguel Ángel Porrúa, 2011, pp. 199, 201 y 203.

que se le ofrece protección —las garantías—, ya que la agenda de los derechos es una agenda sustantiva que exige protecciones adjetivas.

La democracia constitucional, inspirada en la libertad y en su defensa, sólo se consolida si tiene seguidores. En tiempos de crisis en los que campea el miedo, por desgracia, éstos escasean. En las emergencias soplan vientos favorables para los autócratas, y son muchos los —reaccionarios o espantados— promotores de la idea. Por eso, quienes creemos en el valor de la libertad y en la importancia de las instituciones democráticas, debemos actuar en consecuencia. La comprensión, promoción y puesta en práctica de la reforma de derechos humanos de 2011 es una buena estrategia.

## VI. EL DERECHO LA SALUD, UN DEBER DE BIENESTAR FUNCIONAL

Las capacidades representan las oportunidades que una persona puede tener para funcionar en la vida, esto es, lo que cada quien decida ser: voluntario, profesionista, amoroso, pacifista, estudiante, sano, político, ecologista, bombero; o hacer campañas, arte, objetos, viajes, estudios... Esto se podría llamar, de manera integral, que consiste a este ser y hacer: funcionamientos. Se puede apreciar que este término está íntimamente ligado con las capacidades, ya que si en un país no existen servicios asistenciales de salud, aunado a condiciones severas de desnutrición, es altamente probable que el funcionamiento de la salud no logre hacer presencia.<sup>14</sup>

De acuerdo con un enfoque social, las capacidades deben ser parte de la planificación política de los Estados en virtud de que éste influye drásticamente en la calidad de vida de las personas en aspectos diversos como desnutrición, libertad de expresión, educación, salud, práctica religiosa, a través de sus instituciones sociales básicas, y adiciona que "...una vida que no contenga estos derechos en una medida suficiente es una vida tan degradada que no es compatible con la dignidad humana".<sup>15</sup>

A continuación se enuncia la lista de las diez capacidades que Nussbaum propone:

- 1) Ser capaz de preservar la vida: que permita a la persona terminar su ciclo normal de vida y sin una interrupción prematura.
- 2) Ser capaz de mantener la salud corporal: casa y alimentación quedan incluidas como factores que permitan una buena salud integral. Tan-

<sup>14</sup> Amartya, Sen, "Capacidad y bienestar", en Nussbaum, Martha y Sen, Amartya, *La calidad de vida*, México, Fondo de Cultura Económica, 2004, p. 176.

<sup>15</sup> Nussbaum, Martha C., *Las fronteras de la justicia*, Barcelona, Paidós, 2007, p. 278.

to en la presente capacidad como en la anterior quedan involucrados los servicios públicos asistenciales, asequibles a todo ser.

- 3) Ser capaz de mantener la integridad corporal: se incluye la capacidad de movimiento para desplazarse a diferentes espacios, así como el mantenerse a salvo de asaltos y acosos, incluyendo el sexual; se considera también la oportunidad para el disfrute de la sexualidad y la libertad para decidir en cuestiones de salud reproductiva. A nivel gubernamental quedan involucrados los servicios de seguridad pública, procuración de justicia, servicios de asistencia para discapacitados, así como la promoción y asesoría de los servicios de salud reproductiva.
- 4) Ser capaz de expresar los sentidos, la imaginación y el pensamiento: queda altamente involucrada la educación para el fomento de la ejercitación de los mismos, para lo cual es importante el acceso a la alfabetización y a la formación científica básica, así como para el fomento del intelecto en la creación de obras literarias, políticas, religiosas, musicales, entre otras. Sin que por tal razón alguna persona tenga que ser perseguida, y por lo tanto queda implícito que se den condiciones de protección a través de la libertad de expresión.
- 5) Ser capaz de expresar emociones: se refiere a la libre expresión de emociones y sentimientos como el amor, el ansia, así como el coraje justificado, entre otros, y que no sean reprimidos por miedo o ansiedad, productos de presiones externas que no “aprueban” determinadas clases de asociación humana. Aquí aunque la autora no lo mencione en este apartado, puede entrar también la libre asociación de parejas heterosexuales; tal como lo considera con la militancia política o religiosa, también pueden ser incluidas en la capacidad siete, que avala de la libertad de filiación.
- 6) Ser capaz de ejercer la razón práctica: permite la autorreflexión de plan de vida personal, así como el discernimiento entre el bien y el mal. Incluye dos libertades: la religiosa y la de conciencia. Sin duda se le asigna especial importancia a esta capacidad por estar vinculada con la libertad y la capacidad de agencia del individuo, por lo tanto tendrá un impacto importante en el resto de las capacidades.
- 7) Ser capaz de ejercer la libertad de afiliación: enfatiza en poder reconocer y demostrar la preocupación por el otro y da la importancia a las instituciones que posibilitarán estas formas de afiliación y la protección de las libertades tanto de asociación política como de expresión.

- 8) Ser capaz de convivir respetuosamente con otras especies: se abre a la convivencia respetuosa más allá de la especie humana, incluye a todo el entorno de la naturaleza; sin embargo, su análisis se centra en los animales no humanos: por un lado defiende para ellos el evitarles el sufrimiento innecesario, y por otro el respetar en lo posible sus condiciones naturales de hábitat que como especie requieren.
- 9) Ser capaz de expresarse a través del juego: considera aquí la de experimentación del placer a través de actividades recreativas, del juego y de la risa. Esta capacidad bien se puede complementar con la cinco, que corresponde a la expresión de emociones.
- 10) Ser capaz de ejercer control sobre el propio entorno: hace referencia tanto al entorno político como material. Con respecto a lo político contempla el derecho a participar en elecciones de figuras políticas, así como de la efectividad de dicha participación, también la libertad de asociación y de expresión son consideradas —abordadas en la capacidad siete de afiliación—.

Respecto al control material, hace referencia a la disposición tanto de bienes mobiliarios como inmobiliarios, que le permitan ostentar los derechos de propiedad en un plano de igualdad con los demás.<sup>16</sup>

Incluye aspectos de su entorno laboral, condiciones para laborar como ser humano, poder hacer uso de su razón práctica y poder relacionarse con los demás de tal forma que se demuestre libremente el reconocimiento mutuo con los otros.

Al depender en gran parte estas capacidades del Estado a través de sus instituciones, es muy probable que en las sociedades no ordenadas no sea posible, por un lado, contar con la infraestructura suficiente para que todas sus instituciones funcionen con efectividad, y por otra parte, las irregularidades en el servicio directo de las mismas instituciones vinculadas con actos corruptos, abuso de poder, falta de responsabilidad, pueden ser otro factor que limite la justicia en el servicio. Ambos aspectos en conjunto, aunados a las condiciones sociopolíticas de esa sociedad, degradan la calidad de vida de sus ciudadanos.

Es importante considerar al respecto la propuesta de Rawls en donde menciona que una de las metas de la justicia como equidad es aportar una base filosófica y moral aceptable para las instituciones democráticas y afrontar así la cuestión de cómo han de entenderse las demandas de la libertad y la igualdad... nos fijaremos en la cultura política pública de una sociedad

<sup>16</sup> *Ibidem*, p. 89.

democrática y en las tradiciones de interpretación de su Constitución y sus leyes fundamentales.<sup>17</sup>

Lo anterior ha de permitir encontrar ideas comunes para integrar una concepción de la justicia política. Finalmente, sin justicia política el resto de la justicia y de las buenas pretensiones se ven severamente afectadas. La misma justicia al interior de las familias se ve afectada en diferentes aspectos, como la equidad de género, el maltrato infantil, la segregación del discapacitado o del adulto mayor, además de aspectos como el incesto o el no afrontamiento de las responsabilidades de afecto y económicas sobre los menores.

Son estas otras facetas de la justicia que afectan de manera inmediata la vida digna de los integrantes de la familia más vulnerable, y que a su vez serán detonadores para una adultez (en el caso de los infantes) dañada que podrá degenerar en patologías sociales como el alcoholismo, la delincuencia y la prostitución, además de duplicar el modelo de injusticia en sus nuevas familias.

Por su parte, un concepto idealista puede ser: Los derechos humanos deben centrarse en el derecho de la especie humana a sobrevivir en paz (consigo misma y con el resto de la familia de la tierra). La calidad de vida está en estrecho vínculo con la justicia en todas sus facetas revisadas; implica el hacer y el vivir desde la propia acción y elección sin infringir las ventanas sociales, disfrutando los derechos básicos como mínimos indispensables para vivir una vida en la que se respete la dignidad humana, se cuente con oportunidades reales de salud e integridad física, mantenimiento de relaciones afectivas, educación, control sobre el entorno, esto es, tener capacidades (oportunidades) para funcionar de manera integral y armónica como persona, y como parte de un hogar mayor llamado tierra, en donde los vínculos de justicia sean evidentes para todos los seres sensibles.

## VII. DE LA CRISIS DEL ESTADO LIBERAL AL ESTADO SOCIAL DE DERECHO

A partir de la crisis de liberalismo y, consecuentemente del Estado de derecho liberal, surgió la conceptualización del Estado social de derecho, precisamente como fórmula para superar el esquema democrático-liberal-individualista, propio del modo de producción capitalista, vigente en las sociedades industriales más desarrolladas, así como la que provocaron las soluciones totalitaristas en que esta fórmula degeneró.

<sup>17</sup> Rawls, John, *La justicia como equidad. Una reformulación*, Barcelona, Paidós, 2002, p. 27.

Del Estado gendarme, policía, vigilante del orden y la legalidad, que supuestamente haría posible el crecimiento económico y, consecuentemente, el mejoramiento de la calidad de vida de la mayoría, se pasó al Estado benefactor, paternalista y compensador, administrador público de enorme aparato burocrático.

Otra respuesta vino de quienes intentaron la solución socialista, saltándose o superando la fórmula del Estado social de derecho, también llamado Estado benefactor; los que plantearon la necesidad de alterar el esquema conceptual del Estado de derecho, con la propuesta de la fórmula transitoria basada en la dictadura del proletariado, que pronto se convirtió en dictadura del secretariado del partido comunista, derivando a otra variante de la solución totalitaria.

En efecto, con la intención de adaptar sus estructuras jurídico-políticas a las condiciones del desarrollo científico y tecnológico, y ante el crecimiento desmesurado de las necesidades económicas y sociales, aquel Estado abstencionista del liberalismo —fincado en el individualismo— se vio presionado a evolucionar; incorporando a los elementos de la fórmula del Estado aspectos diversos con planteamientos de carácter social.

El Estado social de derecho, es obvio advertirlo, continúa construyéndose como auténtico Estado de derecho”. El calificativo social quiere ahí hacer referencia, se dice, a la corrección del individualismo clásico liberal a través de una afirmación de los llamados derechos sociales y de una realización de objetivos de justicia social: al lado de los derechos aparecen, como en Weimar, los derechos sociales. Y paralelamente actúa como meta la consecución de un bienestar social que configura precisamente al Estado social de derecho como *Welfare State* y como Estado material de derecho frente al carácter meramente formal, que no muy fundamentalmente, se atribuye a la fórmula institucional de liberalismo. Se puede concluir que el *sozialer Rechstat* es una feliz expresión que designa una realidad ya mentada anteriormente cuando la incorporación de los derechos sociales a las Constituciones europeas. Trátase del intento loable de convertir en derecho positivo viejas aspiraciones sociales, elevadas a la categoría de principios constitucionales por las garantías del Estado de derecho.

Pero no sólo se requirió revisar el individualismo, sino también el abstencionalismo estatal que deviene con el liberalismo. “Lo que se propugna en el Estado social de derecho es un Estado decididamente intervencionista, un Estado, se repite, dotado de un Ejecutivo fuerte”.

No obstante la figura de este Ejecutivo fuerte, al preservarse los elementos del Estado de derecho, siempre quedaría acotada por la ley. Esto es, que-

daron claramente diferenciados de los regímenes totalitarios donde estaban prácticamente incontrolados. Por el contrario, el Estado social de derecho es un auténtico Estado de derecho, y por esto, el principio de legalidad que delimita la discrecionalidad administrativa de los gobernantes queda en esta fórmula mejor y más eficazmente protegido por medios de defensa procesal y a través de tribunales especiales *ad hoc*, para dirimir las controversias entre los gobernados y la autoridad.

El principio que se postula no puede ser más claro y contundente: se impone como tarea moral prioritaria: limitar el poder para hacerlo cien por ciento responsable, y proponer juicios que faciliten su control con sujeción a criterios de justicia que corrijan el abuso y desvío del poder.

En otro orden de ideas, es importante advertir que el hilo conductor de estos procesos de transición del Estado de derecho liberal al social está en su naturaleza democrática. Esto es, en la tendencia hacia una participación ciudadana cada vez más amplia, directa y determinante en las tareas oficiales del Estado. Sin perder de vista que esta tendencia democratizadora también configura un proceso evolutivo hacia su perfeccionamiento.

En efecto, el Estado social de derecho, como fórmula evolucionada del moderno Estado liberal, buscó hacer compatibles en un mismo sistema, el capitalismo como modo de producción más que como filosofía y el reordenamiento social orientado a buscar un bienestar general. Aparece entonces la concepción del mercado como ámbito de intercambio en el que todos los que intervienen obtengan el máximo beneficio.

El ciudadano, que gracias al desarrollo científico y tecnológico en las comunicaciones puede estar en el lugar de los acontecimientos a la hora en que éstos se suscitan y participar en ellos, entre otras razones, ya no se contenta con delegar sus poderes o entregar su soberanía, para sentarse a esperar a que quienes lo representan tomen todas las decisiones y le resuelvan todos sus problemas.

La historia demuestra que esta situación, en la medida que vuelve a la sociedad inactiva o ausente, deriva irremediablemente hacia la configuración de poderes absolutistas, nuevos fascismos, que se vuelven irresponsables, incontrolables y perpetuos, los cuales no pueden aceptarse sin retroceder en el devenir de la historia.

## VIII. DERECHOS FUNDAMENTALES

Derechos fundamentales son así calificados porque sin ellos la persona humana no conseguiría existir o no sería capaz de desenvolverse y de participar de la vida social. Todos los seres humanos, a partir del nacimiento,

deben tener garantizadas las condiciones mínimas necesarias para tornarse útiles a la humanidad, y tener la posibilidad de recibir los beneficios que la vida en sociedad pueda proporcionar, asociada a las características naturales de los seres humanos, a la capacidad natural de cada persona y a los medios de que puede valerse como resultado de la organización social. Bastaría decir que esos derechos corresponden a las necesidades esenciales de la persona humana, que son iguales para todos los seres humanos y que deben ser considerados para que puedan vivir con dignidad. La preservación de la vida, la alimentación, la salud, la morada, la educación y la serie de necesidades relacionadas componen el concepto de derechos fundamentales, resumidamente derechos humanos.

Todas las personas tienen esas necesidades, y por eso todas las personas son iguales, pues todas deben tener la posibilidad de disfrutarlas. Cada uno tiene su individualidad, su personalidad, su propio modo de ver y de sentir, que son diferentes, pero todos, como seres humanos, tienen las mismas necesidades y facultades de lo que ocurre en la existencia de los derechos fundamentales iguales para todos.

Por sus características naturales, las personas por igual serán dotadas de inteligencia, conciencia, voluntad, y por ser más que una simple porción de materia, tienen una dignidad que las pone encima de todas las cosas de la naturaleza. Existe una dignidad inherente a la condición humana y a la preservación de esa dignidad; es el fin definitivo de los derechos humanos.

El respeto a la dignidad de la persona humana debe siempre existir, en todas las partes y en todos los lugares, de manera igual para todos. La ciudadanía expresa actualmente el conjunto de derechos que da a la persona humana la posibilidad de participación activa en la vida y del gobierno de su país.

Si en la Antigüedad no era así, el crecimiento económico y social ha pasado a tener un valor negativo cuando fue alcanzado a costa de ofensas a la dignidad de los seres humanos. El prestigio, la riqueza, el suceso no serán merecedores de respeto si hubieran sido conseguidos por medio de ofensas a la dignidad y a los derechos fundamentales de los seres humanos.

Cada persona sabe que aun siendo un mismo adulto, saludable y muy rico, puede percibir que no tendría que haber nacido y sobrevivido sin la ayuda de muchos. Todos perciben que no pueden dispensar ni conseguir hacer sus necesidades básicas sin la ayuda constante de muchas personas. Por tanto, existe una solidaridad natural, la cual recurre de la fragilidad de la persona humana, que necesita ser completada con el sentimiento de solidaridad; acá se encuentra el punto de partida de los derechos humanos en este final de milenio.

## IX. DIFERENCIA ENTRE LAS GARANTÍAS SOCIALES Y LAS INDIVIDUALES

Las garantías individuales y sociales no pueden equipararse, pues eventualmente se ha evidenciado la distinción entre el individuo político y el individuo social, debido a la transformación operada no sólo en la teoría general del Estado, sino también en la doctrina de los derechos individuales, limitados por los sociales. Por ello se han roto los moldes clásicos de las Constituciones del pasado. Mientras que, como su nombre lo indica, las garantías individuales son atributos exclusivos de los individuos, las sociedades corresponden al hombre visto desde la perspectiva social; surgen ante la necesidad de proteger a determinadas clases económicamente débiles contra cualquier acto perjudicial por parte del Estado.<sup>18</sup>

Efectivamente, la garantía individual implica una relación jurídica entre dos sujetos que son, del lado activo, los gobernados y, del lado pasivo, el Estado y sus autoridades. Por el contrario, la garantía social se traduce en un vínculo jurídico existente entre dos clases sociales económicamente diferentes desde una óptica general e indeterminada, o entre individuos particulares y determinados pertenecientes a dichas clases.<sup>19</sup>

La titularidad de las garantías individuales se hace extensiva a todo individuo, independientemente de sus condiciones peculiares. Por el contrario, las garantías sociales nacieron como una medida jurídica para preservar a una clase social económicamente inferior y a sus componentes particulares, ya no frente al Estado y sus autoridades como obligados directos, sino ante una clase social pudiente. Por tal motivo, la titularidad de las garantías sociales es más restringida que la que corresponde a las garantías individuales, puesto que se circunscribe a una clase social específica. Entonces, las garantías individuales y sociales no se contradicen, sino que son compatibles en cuanto a su existencia simultánea. Ambas constituyen elementos y conceptos jurídicos diferentes con diversas notas sustanciales. Además, no sólo existe entre dichas clases de garantías una perfecta compatibilidad, sino que las sociales crean, en realidad, una situación donde la parte económicamente débil en las relaciones jurídico-sociales puede desempeñar su libertad frente a otros sujetos fuertes y poderosos.

Los intereses difusos son aquellos que socialmente pueden atribuirse a una colectividad pero que no suponen intereses jurídicos individuales de las

<sup>18</sup> Izquierdo Muciño, Martha Elba, *Garantías individuales y sociales*, México, Universidad Autónoma del Estado de México, 1995, pp. 66 y 67.

<sup>19</sup> Burgoa, Ignacio, *Garantías individuales*, México, Porrúa, 2001, pp. 709-711.

personas que integran a la propia comunidad. La sociedad tiene interés en un medio ambiente saludable pero no existe un interés jurídico individual para lograr mediante el ejercicio de acciones jurídicas que logren ese ambiente. Nadie puede pedir amparo porque exista contaminación ambiental ni es este procedimiento judicial el medio idóneo para resolver en su totalidad los problemas ecológicos.

La circunstancia de que no opere el amparo en estas materias no impide que los titulares de las dependencias competentes para el efecto realicen actividades encaminadas al fin indicado, ni impide que los particulares impulsen esa actividad mediante el ejercicio de acciones colectivas, lo que acontece es que aun en las acciones de clase no existe o no se parte de la existencia de un interés jurídico personal o individual, sino simplemente el interés abstracto de colaborar, se insiste, dentro de lo posible, con las autoridades correspondientes.

Como aclaración de lo que llevamos dicho, podrá señalarse que el derecho a un medio ambiente sano es un derecho natural, incluso positivizado, que se traduce en un interés difuso jurídicamente tutelado por normas programáticas pero que no constituye una garantía individual.

Los derechos políticos que consisten en la facultad de los ciudadanos de intervenir en los procedimientos de integración de ciertos órganos del Estado, a través de la elección de sus titulares, miembros o integrantes, o bien la de ser electos para la realización de una función pública.

Los derechos políticos se ejercen por personas físicas o morales a las que la ley reconoce personalidad y capacidad para invertir en los procesos democráticos de elección de funcionarios públicos. El partido político, independientemente de sus aspectos sociopolíticos, es una persona jurídica que puede ser titular de derechos y obligaciones.

Es discutible si los derechos políticos pueden ser considerados derechos humanos, pues no son consubstanciales a todos los hombres, sino sólo a aquellos que gozan de la calidad de ciudadanos. Ya en la Declaración producto de la Revolución Francesa se habló de los derechos del hombre y del ciudadano, los cuales dejan entrever la aceptación de que los derechos del hombre o humanos no son coincidentes con los derechos políticos.

Otro tema de especial importancia que nos ocupa es el referente al concepto garantías sociales. El solo hecho de emplear el término garantías lleva a la convicción de que se trata de derechos que jurídicamente pueden hacerse efectivos, pero no enfrentamos el problema que desde el inicio he señalado en el sentido de que la sociedad carece de personalidad jurídica y, en consecuencia, de la posibilidad de contar con derechos.

Para resolver esta importante cuestión considero totalmente factible estimar que la llamada garantía social no es más que una variante de las garantías individuales. La garantía individual se otorga a todos los individuos o personas mientras que la garantía social sólo se otorga a los individuos o personas, no tanto por el derecho de serlo, sino por su ubicación dentro de la sociedad.

La garantía social se otorga a personas que pertenecen a determinada clase; se insiste en que el derecho no se otorga a la clase social, que no es una persona jurídica, sino a sus integrantes. Así, como dije, podrá pedir amparo la persona moral sindicato, mas no la clase trabajadora.

De manera destacada podemos señalar como garantías sociales a las que la Constitución consagra para los integrantes de la clase campesina, sujetos de derecho agrario, ejidos, comunidades y sus integrantes, así como a los miembros de la clase trabajadora que son aquellos que se encuentran en una especial relación jurídica frente a los llamados patrones, relación jurídica que el Estado tutela mediante leyes y procedimientos especiales cuya violación supone, a su vez, la de las garantías de legalidad.

Como se ve, las garantías sociales tienen atribuido un significado jurídico que las distingue de otro tipo de figuras jurídicas. Pero es necesario dejar sentado que los aspectos sociales del derecho no se agotan en el concepto de “garantía social” en el sentido restrictivo en que he tratado. Es decir, toda garantía social es un derecho social, pero no todo derecho de esta naturaleza es una garantía social.

Las garantías sociales llevan implícita la idea de clase y se otorgan a ciertas personas no sólo por las circunstancias de pertenecer a cierta clase social sino por pertenecer a una clase social que por su relación con otra requiere de una tutela especial. La clase industrial es sin duda una clase social, pues comprende a una serie de personas cuya actividad e intereses son, en esencia, coincidentes y representan un sector identificable dentro de la sociedad.

Pero dadas las características de los integrantes de estas clases y sobre todo de sus relaciones con miembros de otras clases, no puede considerarse que se encuentren en una situación de desventaja que amerite una tutela especial como sí debieran tenerla los miembros de la clase trabajadora que jurídicamente entablan una relación obrero-patronal. Así, las normas protectoras de la clase obrera frente a la industrial o alguna otra sí encuadran dentro del concepto de garantía social.

La garantía social opera dentro de un sistema protector de miembros de una clase que de alguna forma se encuentra en desventaja frente o en relación con los de otra. Pero existen normas jurídicas que sin tener ese espíritu

protector en las relaciones de personas de diferente clase, sí se establecen con ideas de bienestar colectivo más que con la intención de ver a la persona como un ente aislado que constituye el fin último del Estado.

Si bien el Estado debe ser un instrumento para la tutela de los derechos individuales, también debe éste actuar de conformidad con el interés general, aun cuando su contenido se encuentre ubicado en el ámbito de lo abstracto. En otros términos, debe protegerse al individuo o a la persona pero sin perder de vista que éste entra en una serie de relaciones que producen acciones que dan contenido al concepto de lo social.

Los intereses personales eventualmente pueden entrar en conflicto con los colectivos o sociales, y es función del Estado lograr el correspondiente equilibrio definiendo hasta que punto debe o no prevalecer el interés particular o el interés colectivo, pues con frecuencia uno u otro habrá de ser sacrificado o al menos limitado o condicionado.

En el Estado liberal individualista la tendencia es la supremacía del interés individual, si no en términos absolutos sí como un principio básico y fundamental en la justificación de la actividad de los órganos públicos.

El Estado social de derecho no pretende el sacrificio total de la persona pero sí la concibe en sus relaciones con otros entes individuales y sociales con los que interactúa y a los que debe tener en consideración, pues si bienestar colectivo no necesariamente puede ser la suma de muchos bienestares individuales, sí se entiende que el bienestar individual no se justifica plenamente si no se da en un ambiente de bienestar colectivo.

El Estado social de derecho no pretende constituirse como único y exclusivo promotor del bienestar social mediante una actitud totalitaria en la que el bien común se entienda como una finalidad unilateralmente preconcebida e impuesta por el propio Estado.

En realidad, el bien común, más que un fin en sí mismo, debe entenderse como el conjunto de circunstancias favorecidas por el Estado con el fin de auspiciar el desarrollo y perfectibilidad de que todo hombre es sujeto dentro del contexto social, político, económico, cultural, en que los hombres se desarrollan.

Si el Estado social de derecho reconoce la individualidad pero sin aislar a la persona del ámbito social en que vive, se desarrolla e interactúa, ello quiere decir que algunas de las normas que emite se encuentran dirigidas al establecimiento de situaciones de personas, y otras que se establecen tomando en cuenta las necesidades colectivas, de manera primordial, como un medio indispensable para lograr el bienestar individual.<sup>20</sup>

<sup>20</sup> Carpizo, Jorge, *La Constitución mexicana de 1917*, 9a. ed., México, Porrúa, 1995, p. 34.

El conjunto de derechos de que gozan las personas físicas o morales que ha sido establecido tomando en consideración de manera primordial intereses generales, son aquellos a los que podemos denominar derechos sociales y que pueden o no coincidir con otras figuras jurídicas como las garantías individuales o las garantías sociales. Lo anterior porque la tutela a los intereses personales puede justificarse no sólo mediante argumentos individualistas sino por las necesidades de la colectividad.

De lo dicho necesariamente se desprende que nuestra Constitución consagra garantías sociales, entendidas éstas como una variable de las garantías individuales en el sentido que ya he indicado, pero también a que el contenido social de la Constitución no se limita a este tipo de garantías sociales, pues es más amplio el contenido de derechos sociales establecidos en la propia Constitución.

En materia de derechos sociales, la forma central de reparación es obligar al cumplimiento de la obligación. Si yo tengo derecho a la salud, mi hijo está enfermo y necesita tratamiento, que la forma de reparación sea esperar que mi hijo se muera y después reclamar daños y perjuicios parece una imbecilidad; lo que uno pretende en ese caso es exigir el cumplimiento de la prestación, no alguna forma sustantiva u obtener el castigo penal del médico o de la autoridad que fue responsable de la omisión, lo que también parece una tontería. Uno pretende centralmente el cumplimiento de las obligaciones de vida.

En este sentido existen algunos problemas. El primer problema está vinculado con el hecho de que los derechos se consignan a nivel constitucional, pero han tenido poco desarrollo normativo en legislación inferior. Aunque los derechos estén reconocidos constitucionalmente, hay un cierto problema vinculado con el nivel de especificaciones de las obligaciones. Cuando tengo en la Constitución sólo una frase que dice que todo el mundo tiene derecho a la protección de la salud o todo el mundo tiene derecho a la educación, un problema que surge ahí es en qué consiste ese derecho y cuáles son los alcances posibles de ese derecho.

Así que es parte de la tarea la especificación del contenido de esos derechos, y la especificación de las conductas debidas para cada caso concreto depende en gran medida de responsabilidades de la legislatura, del Congreso de la Unión, de responsabilidades que están vinculadas con definir cuál es el contenido de estos derechos, en el sentido de definir quién es el titular del derecho, quién es el deudor del derecho y en qué consiste la obligación que surge de un derecho.

Sobre este problema no hay ninguna imposibilidad conceptual enorme, porque uno puede pensar en qué sentido el derecho a la salud supone una

serie de obligaciones que pueden ser definidas claramente, cuáles son los tratamientos a los que uno puede acceder a partir de este derecho, en qué consiste el derecho de educación y en qué consistiría el derecho a la vivienda. Esto requiere de definición normativa, cuya responsabilidad, centralmente, está en cabeza de la legislación.

En segundo término, hay alguna forma de completar e integrar esta idea a partir de la reglamentación inferior. Pero, en principio, la responsabilidad central de darle contenido a derechos, y especialmente a derechos fundamentales, la tiene el Congreso de la Unión.

La mayoría de las leyes vinculadas con estos temas en México simplemente fija fines y difiere a la administración, completamente, la política a realizar en esta materia. Así, me parece que ahí hay bastante que avanzar en materia de definición legislativa.

No obstante esto, aun cuando hay algunos defectos vinculados con la definición, yo creo que no hay un gran inconveniente en hacer aplicables por lo menos algunos principios que están establecidos en las leyes. Esto no crea ningún gran inconveniente. Esto es algo que hacen los jueces normalmente en otras materias, aplican el principio de razonabilidad, el de igualdad o el de no discriminación a otras formas en las que la administración lleva a cabo su actividad.

Existe un segundo eje que está vinculado con que contenido se da directamente a los derechos de la Constitución. A veces esta idea aparece bajo la noción del contenido mínimo esencial de los derechos. Y en este campo la que está en deuda, más bien, es la judicatura.

En México hay muy pocas sentencias sobre esta cuestión. Hay esporádicas sentencias vinculadas con salud, algunas con temas marginales vinculados con vivienda, pero no más. Así que en este punto los jueces han hecho poco para trabajar sobre la idea de un contenido mínimo esencial del servicio de educación o del servicio de salud, cuando esto sería perfectamente plausible. Hay muchos casos de otras jurisprudencias en el mundo que han trabajado en esta vía.

La idea de contenido mínimo esencial no agota el derecho. El derecho, centralmente, se desarrolló legislativamente, pero para esto también debe darse una pauta respecto del mínimo que deberían hacer el Congreso y la administración al reglamentar estos derechos o al llevar a cabo la prestación de estos derechos.

Una tercera cuestión es que generalmente los abogados y los jueces trabajan a partir de precedentes, de otros casos que han presentado otros abogados y de otros casos que han resuelto otros jueces. Y en esto también

hay un problema en México, debido a la poca tradición que tenemos en esta materia.

Hoy día no se han resuelto muchos casos de derechos sociales porque a los tribunales constitucionales no llegan muchos casos de derechos sociales.

Así que se necesita salir del esquema de sólo pelear la base de y sobre los artículos 14 y 16 constitucionales, y de ser un poco más imaginativo en la forma de presentar casos nuevos. Si no, será bastante difícil que la Corte Suprema decida casos vinculados con esta materia.

Parece que una ayuda suplementaria con respecto al contenido de estos derechos está dada por el hecho de que México es parte de tratados internacionales en materia de derechos humanos, y que los comités de supervisión de estos tratados, especialmente —en esta materia— el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, han avanzado en la definición de estos derechos. Así que México, siendo parte de tratados internacionales y parte de los órganos de interpretación de esos tratados, ya les ha dado cierto contenido. Tampoco es difícil ir a ver qué significan para el órgano de aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales el derecho a la salud, el derecho a la vivienda, el derecho a la educación, el derecho a la alimentación o el derecho al agua. Sobre eso hay bastante material. Lo que falta en México es que los jueces empiecen a saber de qué se trata un tratado de derechos humanos y cómo aplicarlo para casos concretos.<sup>21</sup>

¿Cómo usar esos criterios que provienen del ámbito internacional para el ámbito local? Diría que además de desarrollar contenido a través del desarrollo normativo y al desarrollo jurisprudencial, falta desarrollo doctrinario de estos derechos.

Será pertinente tratar de diferenciar ahora, en busca de nuestro objetivo inicialmente trazado, algunos conceptos jurídicos que suelen ser confundidos en la práctica con efecto de cerciorarnos de que estemos hablando todos del asunto que nos ocupa: el tema de los derechos sociales exigibles de los mexicanos frente al Estado.<sup>22</sup>

Para comenzar diremos que es posible afirmar que las imprecisiones son relativamente frecuentes en la ciencia jurídica, la mayoría de las veces debido a que indiscriminadamente se utilizan como sinónimos conceptos que no lo son; ya en la práctica los propios juristas con frecuencia nos equivocamos en su uso, e incluso el legislador, el juzgador y el gobernante con-

<sup>21</sup> Cossío Díaz, José Ramón, *Dogmática constitucional*, México, Fontamara, 1997, p. 56.

<sup>22</sup> Las palabras son instrumentos con los que se construyen “juegos del lenguaje”, pero sólo entendemos el significado exacto de las palabras cuando comprendemos su utilidad real y las utilizamos de forma adecuada.

tinuamente yerran confundiendo una cosa con otra. Un ejemplo evidente de esto es el concepto de derechos humanos, el mismo que a últimas fechas un grupo de legisladores federales quiere elevar a la categoría de garantías individuales en México; lo que por sí mismo deja muy claro que ni son ni significan lo mismo derechos humanos y garantías individuales.

Al mencionar el concepto derechos humanos, en automático presuponemos casi todos que es exactamente lo mismo que decir derechos naturales, derechos innatos, derechos subjetivos públicos, garantías individuales, principios generales del derecho, derechos sociales o derechos fundamentales, pero no lo es. Imposible dedicarnos aquí por razones de tiempo y de pertinencia metodológica a desentrañar cada concepto de los prerreferidos, pues sólo intentamos hacer énfasis en conceptos jurídicos de uso cotidiano para ponerlos en el tapete de las discusiones académicas.

Analizando con sencillez ambos conceptos, derechos humanos y garantías individuales, advertiremos que existe una sutil diferencia, a veces de simple énfasis e intensidad, entre las garantías individuales —las que están plasmadas en los primeros 29 artículos de nuestra Constitución Política mexicana— con respecto de los llamados derechos humanos que se contienen y puntualizan en la Declaración Universal de Derechos Humanos de la ONU.<sup>23</sup>

No obstante, su diferencia rebasa lo meramente conceptual o del catálogo normativo que les contiene, subrayándose dicha diferencia respecto de su eventual exigibilidad al Estado.

En nuestro país, en tanto que las garantías individuales sí son exigibles directamente ante el Poder Judicial de la Federación frente a su eventual violación o inobservancia por parte de las autoridades del Estado, en una acción reparadora ejercida mediante el juicio de amparo, por cierto una creación jurídica mexicana legada al mundo, los derechos humanos no son exigibles ante los tribunales jurisdiccionales que administran justicia al no formar parte del catálogo de normas de nuestro derecho positivo vigente en México.

Ello es así porque la Declaración Universal de los Derechos Humanos, contrario a lo que la mayoría supone, no es un tratado internacional propiamente dicho acorde con nuestra Constitución Política, al no estar suscrita por el presidente de México, contándose con la ratificación del Senado de la República, el cual se integra por los representantes de las entidades federativas del país, y no por representantes populares o diputados, por cierto,

<sup>23</sup> Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada en sesión plenaria del 10 de diciembre de 1948 por la Asamblea general de la ONU. La misma fue oportunamente ratificada por México a través de su representante diplomático en dicha Organización.

por lo que no es una normatividad legal exigible al Estado mexicano atento a lo estipulado por el artículo 133 constitucional.<sup>24</sup>

Aunque debería ser observable en un momento dado debido a que el representante del Estado mexicano en la ONU, en diciembre de 1948, como lo hiciera entonces la inmensa mayoría de los representantes nacionales ante la ONU, que no todos ellos, también votó a favor de la aludida Declaración.<sup>25</sup>

Por ende, las recomendaciones que a manera de resolución de una queja por violación a los derechos humanos formula a nivel federal la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH) son muestra palpable de ello, ya que no son vinculatorias al carecer el *Ombudsman* nacional y, en congruencia, los *Ombudsman* locales de las 31 entidades federativas del país y del Distrito Federal, del imperio normativo y la coercividad suficiente para hacerlas cumplir de manera forzosa en la práctica.<sup>26</sup>

Tampoco pueden equipararse las aludidas garantías individuales con las llamadas garantías sociales, pues se ha evidenciado una clara distinción entre el “individuo político y el individuo social debido a la transformación operada no sólo en la teoría general del Estado, sino también en la doctrina jurídica de los derechos individuales, los cuales, por cierto, se hallan limitados por los sociales.<sup>27</sup>

Alberto Trueba Urbina, sin duda uno de los tratadistas mexicanos más notables en esta materia, señaló al respecto con absoluta claridad que: mientras las garantías individuales son atributos exclusivos de los individuos, las garantías sociales corresponden al hombre visto desde la perspectiva social.<sup>28</sup>

Sin ser exactamente lo mismo, los derechos sociales son el resultado lógico jurídico de las llamadas garantías sociales, las que obligan al Estado a

<sup>24</sup> El artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece en lo conducente: “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 celebre por el presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión...”.

<sup>25</sup> La historia de los derechos humanos, “Declaración Universal de los Derechos Humanos”, consultables en la página Web: [www.YouthforHumanRights.org](http://www.YouthforHumanRights.org).

<sup>26</sup> Para constatarlo véase el texto del artículo 102-B de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como el de la Ley de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos.

<sup>27</sup> *Las garantías sociales*, 2a. ed., México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Poder Judicial de la Federación, 2005, p. 45.

<sup>28</sup> Trueba Urbina, Alberto, *La primera Constitución político-social del mundo. Teoría y proyección*, México, Porrúa, 1971, p. 29.

actuar a favor de ciertos sectores de la colectividad perfectamente definidos, como trabajadores, campesinos, indígenas, grupos vulnerables o marginados, y otros más, brindándoseles un trato jurídicamente diferenciado por hallarse plasmado el mismo a nivel constitucional; derechos sociales que han sido luego desarrollados en legislaciones específicas, tales como la laboral, la agraria, la educativa o la de seguridad social.

En lo que ahora más interesa resaltar, los derechos sociales tienen siempre tres cualidades básicas, a saber:

- a) Son normas taxativas, pues limitan o circunscriben un caso concreto a determinadas circunstancias, sin admitir discusión al respecto de su existencia.
- b) Son normas de orden público e interés social, lo que implica que son normas legales que no pueden ser alteradas ni por voluntad de los individuos ni por la aplicación del derecho extranjero; siendo una pretensión de la colectividad entera su aplicación a favor de los sujetos protegidos por las mismas.
- c) Son normas irrenunciables e inalienables, esto es, que en razón de su propia naturaleza intrínseca, respecto de tales derechos tutelares no procede en ningún caso renuncia táctica o expresa a su eventual protección, y tampoco se puede negociar su observancia bajo ninguna circunstancia. Está prohibido, vedado.

Con lo antes plasmado han quedado ya diferenciados, de otros conceptos análogos, los derechos sociales, que se convierten en una exigibilidad al Estado.

Los derechos sociales exigibles al Estado debería ser la premisa fundamental de una sociedad democrática. Estamos ya en posibilidad jurídica de comenzar a desarrollar el tema de los llamados derechos sociales exigibles. Para empezar nos centraremos en el derecho social del cual emanan.

El derecho social debe su contenido a una nueva concepción del hombre; por el derecho no conoce personas individuales, sino patrones y trabajadores, terratenientes y campesinos, profesores y estudiantes, o empleados y personas productivas necesitadas de protección social.

### *1. La importancia de los derechos humanos en la consolidación de una protección constitucional homogénea*

Para poder abordar el tema de la vinculación cada vez más fuerte entre el derecho internacional y el derecho constitucional es necesario desarrollar

el tema de la protección y universalidad de los derechos humanos, los cuales han repercutido desde las diversas declaraciones internacionales, hasta las legislaciones locales, mismas que no sólo se han limitado a establecer instrumentos de protección, sino que han realizado acciones de coordinación para unificar distintos criterios jurídicos, y establecer una jurisdicción universal en esta materia.

Con la aparición de la Liga de las Naciones se comenzó con una nueva conceptualización de la soberanía. Este antecedente de la Carta de las Naciones Unidas estableció, como lo señala Markus Kotzur, una idea de un sistema de seguridad colectiva,<sup>29</sup> en el cual los Estados limitaban su soberanía, accediendo a integrar un documento y un órgano supranacional, cuya finalidad —en una primera etapa— fue enfrentar la libertad de guerra y, en un segundo plano —mas no por eso menos importante—, brindar protección y seguridad a toda la humanidad.

Pero para llegar a esta colectivización soberana en materia de derechos, se tuvo que definir el porqué de la universalidad de los derechos humanos, esto es, el porqué es necesario reconocerlos y establecer marcos de protección en el derecho positivo.

Esta conciencia internacional de velar por los derechos humanos no se dio sino hasta mediados del siglo pasado, en el que después de dos guerras mundiales los Estados comprendieron que era imprescindible establecer marcos jurídicos comunes en los que cada uno se comprometiera a salvaguardar y proteger de una misma forma, la dignidad de las personas.

El primer antecedente de un documento de reconocimiento y protección internacional, en materia de Derechos Humanos, fue la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789. En este documento el pueblo manifestó su soberanía, al señalar los derechos que debían serles reconocidos, y por ninguna circunstancia, vulnerárseles en algún grado.

Si bien es cierto, que esta declaración como tal no tuvo obligatoriedad sino hasta la Constitución Francesa de 1791, fue el primer paso fundamental, en que la soberanía popular buscaba que las autoridades, que emanaban directamente de esta, estuviesen permanentemente protegiendo y salvaguardando los derechos proclamados.

Pero no fue hasta el 10 de diciembre de 1948 que se aprobó la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la cual es el fruto de los esfuerzos de varios intelectuales, políticos y organizaciones de diversos países que trabajaron para consolidar un ordenamiento común.

<sup>29</sup> Kotzur, Markus, *La soberanía hoy*, México, UNAM, 2003, p. 94.

La declaración por sí sola no tiene efectos de coacción, por lo que los Estados suscritos se someten a cumplir los estatutos de buena voluntad, pero el efecto de esta Declaración, y de las posteriores, ha sido consolidar una noción colectiva en cuanto a la protección de los derechos humanos, así como buscar medios alternos de justicia en caso de que sean vulnerados. Esto último ha sido resultado de la evolución de dicha conciencia colectiva internacional, la cual ya no sólo busca producir declaraciones o pactos internacionales, sino que va más allá, influyendo en la modificación interna constitucional de los Estados, armonizando su estructura con esta visión internacional pro-personal.

Las características de inalienabilidad de los derechos humanos se da por la independencia de éstos a cualquier fuerza, orden, estructura gubernamental, y en eso radica su universalidad, pues están más allá de cualquier ordenamiento local que los reconozca o no, es decir, existen por ser inherentes a la naturaleza del hombre.

Por ser inalienables, los derechos humanos poseen esta característica en cualquier sistema jurídico, por la que se puede advertir que se encuentra más allá de la peculiaridad o rasgo distintivo que tenga el mecanismo de protección establecido en un Estado determinado.

En la actualidad, muchos sistemas constitucionales han dotado de primacía a la par de la Constitución a los tratados internacionales en materia de derechos humanos, propiciando un nuevo orden interno, en donde lo que prevalece como factor superior es la vigencia y respeto pleno de los derechos humanos.

Esta igualdad jerárquica, denominada bloque de constitucionalidad, ha traído consigo que lo estipulado dentro de un pacto internacional, siempre y cuando haya sido ratificado, tenga el mismo valor en cuanto efectos, y vinculatoriedad que la ley fundamental.

Otro aspecto que marca esta tendencia es el desarrollo que ha tenido la jurisdicción internacional, sobre todo en materia de derechos humanos la cual, no está supeditada a un ámbito de validez espacial determinado, sino que se establece una jurisdicción única que rige en todos los sistemas jurídicos. Al respecto:

...se advierte la tendencia hacia el reconocimiento de la superioridad del derecho internacional, al establecerse los organismos judiciales para resolver los conflictos entre los Estados o entre los particulares y sus gobiernos sobre la violación de sus derechos y libertades fundamentales establecidas en el

Convenio suscrito en Roma el 4 de noviembre de 1950 y sus protocolos adicionales.<sup>30</sup>

Como se mencionaba, existen legislaciones que están a la vanguardia de esa protección universal de los derechos humanos, lo que se denomina la soberanía parcial, la cual converge en esa ambivalencia externa e interna, en la que tanto en el derecho internacional como el derecho constitucional se ven entrelazados para exaltar la inviolabilidad y primacía de los derechos humanos.

En los sistemas constitucionales donde se han incorporado bloques de constitucionalidad se puede observar cómo la regulación interna no sólo ha adoptado la aplicatoriedad de los tratados internacionales, sino que la ha equiparado a un mismo nivel jerárquico, estableciendo una ambivalencia interna y externa, considerando que lo suscrito y ratificado por estos Estados no sólo es un aspecto meramente programático, sino que incide de forma directa y general en el mismo grado que los elementos constitucionales internos.

Estos son claros ejemplos de soberanía de los derechos humanos, es decir, la Constitución ya no protege única y exclusivamente los derechos humanos hacia su interior, sino que se han adoptado a una protección universal que requiere, bajo las circunstancias actuales, estar integrado en orden jurisdiccional internacional único.

## *2. La soberanía de la comunidad internacional en materia de los derechos humanos y su influencia en los marcos constitucionales locales*

Como se había señalado anteriormente, uno de los efectos primordiales que vinieron a desplazar los controles soberanos internos fue la búsqueda de una protección universal de los derechos humanos.

Los Estados son sujetos de relación con otros en materia de derechos humanos, procurando celebrar acuerdos que fortalezcan su protección, adecuando su modelo jurídico interno a lo contenido por los tratados internacionales.

Sin duda alguna, esta protección internacional trae consigo un beneficio a todas las personas, pues son las receptoras directas de esta tutela universal directa.

Pero estos convenios, acuerdos o declaraciones ¿podrían ser considerados realmente norma positiva internacional? Si bien los tratados interna-

<sup>30</sup> Fix-Zamudio, Héctor, *Justicia constitucional*, 2a. ed., México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2001, p. 117.

cionales en materia de derechos humanos no poseen medios coactivos que obliguen su cumplimiento a los Estados, éstos no carecen de vinculatoriedad, pues se sustentan en el principio *pacta sunt servanda* previsto en la Convención de Viena, instrumento regulador sobre el funcionamiento, vigencia y alcance de los tratados.

Si bien es cierto que no hay un órgano emisor y regulador de legislación internacional que obligue a los Estados, afirma que la legitimación de este derecho se da con base en lo siguiente:

...Rigen, en su defecto, los denominados usos y costumbres jurídicos, cuya positividad proviene del derecho de gentes, y las convenciones y los pactos concretos atenedos al *pacta sunt servanda*.

Pero todo el derecho, costumbre jurídica o ley, manifiesta una voluntad: la del soberano. En el *pacta sunt servanda*, los representantes políticos de las autoridades soberanas dan positividad a los compromisos contraídos. El acuerdo común, procedente de la pluralidad de autoridades firmantes, origina una voluntad uniforme, manifestada en el contenido del pacto firmado.<sup>31</sup>

Hoy en día, la relación de los Estados se empieza a estructurar con base en problemas de actualidad, tales como el terrorismo, la migración, la pobreza, etcétera, cuyos efectos se perciben a nivel multinacional, originado en su mayor parte por el proceso de la globalización.

Pero además de esos fenómenos contemporáneos, desde mediados del siglo XX, con la conformación de la Organización de las Naciones Unidas y la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1948, los Estados han tratado de generar un sistema jurídico común que proteja efectivamente a los derechos humanos.

La asimilación constitucional por parte de los Estados de los derechos humanos ha sido un proceso lento pero constante; aunque no basta suscribir declaraciones, así como celebrar tratados internacionales, sino que es imprescindible que los Estados se unan y se comprometan a proteger esos derechos de forma coordinada, es decir, que se formalicen políticas progresistas en todo lo relativo a su actuar.

La llamada soberanía de los derechos humanos asume el compromiso de protegerlos, tanto en el ámbito exterior como en el interior. Dicha protección busca salvaguardar de forma efectiva su vigencia, ante la inoperancia del Estado-nación.<sup>32</sup>

<sup>31</sup> Arnaiz, Aurora, *Soberanía y potestad*, México, Noriega, p. 497.

<sup>32</sup> *Idem*.

Los pactos internacionales de derechos humanos comprenden instancias jurisdiccionales para que se ventilen los casos de violación a derechos humanos. Estos tribunales internacionales ejercen una jurisdicción y competencia sustentadas en la soberanía de los derechos humanos, que fue concedida al momento en que las partes se sujetaron a hacer valer lo previsto en los tratados. Una persona tiene la facultad de acudir ante la instancia internacional, una vez que han sido agotadas las instancias jurisdiccionales internas.

Día con día, las resoluciones jurisdiccionales internacionales, y las medidas de los gobiernos en pro de un ordenamiento mundial justo, han trazado un nuevo concepto de soberanía, el cual deriva en una nueva estructura estatal. Podríamos hablar en concreto de una metamorfosis constitucional. Respecto a la naturaleza e importancia de las resoluciones de los órganos jurisdiccionales internacionales, advierte lo siguiente:

Una mención especial debe hacerse respecto de los tribunales de derechos humanos, pues si bien tienen carácter internacional y sus decisiones, aun cuando obligatorias no son ejecutivas en forma directa en el ámbito interno, asumen una considerable influencia, en virtud de que cada día son más numerosos los ordenamientos nacionales que no sólo otorgan jerarquía superior a los tratados ratificados por los Estados respectivos, sino inclusive naturaleza constitucional o equivalente, por lo que los jueces y tribunales internos aplican cada vez con más frecuencia, algunos incluso por mandato constitucional, tanto los derechos consagrados en dichos instrumentos supranacionales como la interpretación que de los preceptos de dichos tratados realizan los citados tribunales de derechos humanos.<sup>33</sup>

La capacidad de un Estado para concertar acuerdos ya no estará basada en un interés particular entre las partes contrayentes, sino que en materia de derechos humanos, los acuerdos multinacionales van más allá de un simple consenso, pues por su importancia tienen que prevalecer sobre cualquier sistema constitucional.

Los Estados día con día actualizan su marco normativo para poder encausar y dar protección efectiva a los derechos humanos. Un Estado, al suscribir un tratado, no sólo está obligado a dar un cumplimiento abstracto, sino que debe implementar su contenido en todos los ámbitos y sectores de la sociedad; en concreto, orientarlo hacia las personas, las cuales son las beneficiarias directas.

<sup>33</sup> Fix-Zamudio, Héctor, *op. cit.*, p. 566.

Los sistemas constitucionales están supeditados a una exigencia internacional, por eso se habla de una merma, o inclusive de la separación de la soberanía. Stephen Krasner señala al respecto que:

...los convenios llegan a comprometer la soberanía... pero no necesariamente. Al aceptarlos, los gobernantes están extendiendo una invitación que posee el potencial de introducir una autoridad externa en su propia política. Los gobernantes podrían llegar a integrarse a estos acuerdos sabiendo perfectamente que, al hacerlo, están quizás limitando su propia autonomía al alterar la visión interna de la que debería ser una conducta legítima, autorizando la supervisión exterior de prácticas internas, o creando procedimientos de adjudicación a terceros que ofrezcan a ciudadanos a título individual, no sólo a los Estados, un estatuto legal.<sup>34</sup>

De lo anterior podríamos plantear las siguientes cuestiones: ¿la soberanía ya no está controlada por el Estado única y exclusivamente?, ¿es compartida con otros órganos supranacionales?, ¿se ve reducida la autoridad de los gobernantes ante la supervisión de un órgano jurisdiccional o de protección en materia de derechos humanos?

La soberanía ya no encuadra con la realidad jurídica contemporánea, puesto que el entorno internacional de un Estado es cada día más determinante e influyente dentro de su propia esfera, y el Estado único, indivisible y absoluto, ya no puede por dicho entorno, sustraerse y actuar de forma independiente.

En la protección de derechos humanos, la soberanía es más que un poder único y absoluto, es un concepto que ha evolucionado y que se ha adaptado a la imperiosa necesidad internacional de coordinar actuaciones para proteger a todos los hombres de posibles violaciones en sus derechos, y evitar en lo futuro, a través de esos pactos internacionales de protección, y la consolidación y fortalecimiento de los tribunales internacionales, que se vuelvan a repetir los genocidios, crímenes y represiones que en el pasado se han cometido.

“La soberanía estatal externa queda disminuida y limitada, ya que los derechos esenciales de las personas son objeto de tutela en el ámbito internacional frente a los Estados mismos, surgiendo los tribunales y cortes internacionales con decisión jurisdiccional vinculantes para los Estados parte”.<sup>35</sup>

<sup>34</sup> Véase Krasner, Stephen, *Soberanía, hipocresía organizada*, Barcelona, Paidós, 2000, pp. 154 y 155.

<sup>35</sup> Nogueira Alcalá, Humberto, *La soberanía, las Constituciones y los tratados*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2002, p. 297.

La soberanía, entonces, está ligada siempre a la cuestión de la fundamentación de la competencia y es, en tal medida, una noción ordenadora que asegura la paz y la libertad.<sup>36</sup>

En estos momentos la soberanía se encuentra delineada por los mecanismos y tratados de protección de los derechos humanos, que elevan como valor supremo su defensa, independientemente del ámbito espacial de competencia, ya que dicha supremacía prevalecerá en razón de su contenido universal.

El orden estatal no puede oponerse a los efectos generales que emanan de los acuerdos internacionales de derechos humanos, ya que estos últimos no tienen límite de aplicación espacial, sino que buscan directamente el beneficio de la persona.

Los Estados por sí solos ya no poseen la facultad para determinar positivamente si el contenido de los tratados internacionales los vincula o no, ya que existe una fuerza vinculatoria universal que incide directamente en la regulación y protección de los mismos, puesto que el respeto a la dignidad de la persona no se encuentra sujeto al reconocimiento expreso o no de una legislación local, y mucho menos a la protección de la soberanía estatal, sino a un ordenamiento supraestatal que obliga al cumplimiento y cooperación de todos los Estados, generando efectos *erga omnes* para todos los ciudadanos, independientemente del ámbito jurídico de validez que se encuentre por ello:

La soberanía estatal queda fuertemente disminuida y reducida, ya que tales derechos esenciales de las personas constituyen un lugar en la cúspide del derecho internacional público de carácter imperativo por su significación civilizadora y su alcance universal. En materia de derechos humanos, los Estados tienen obligaciones frente a la comunidad internacional. Tales derechos constituyen un patrimonio común de la humanidad y una obligación *erga omnes* respecto de todos los Estados.<sup>37</sup>

Los derechos humanos han evolucionado de tal forma que los tratados que versan sobre esta materia tienen una implicación directa sobre las Constituciones, e incluso su primacía en algunas legislaciones demuestra que los ciudadanos gozan de una protección que los favorece en cuanto a la utilización de diversos instrumentos o jurisdicciones. Conforme a esto, se afirma:

...puede ocurrir que un mismo derecho se encuentre regulado simultáneamente en varios instrumentos internacionales, en diversos grados de beneficio

<sup>36</sup> Kotzur, Markus, *op. cit.*, p. 95.

<sup>37</sup> *Ibidem*, p. 299.

a las personas. También puede ocurrir que ese mismo derecho humano encuentre un reconocimiento mucho más favorable a las personas, en el texto constitucional que corresponde o viceversa en un instrumento internacional.<sup>38</sup>

Es un hecho que, hoy por hoy, la soberanía bajo el concepto estatal, con sus límites y aplicaciones, se encuentra en un proceso de plena modificación, puesto que el respeto y vigencia de los derechos humanos ha transformado las relaciones entre Estados, y sobre todo la visión de los gobiernos, los cuales han asumido la noción de anteponer como principio fundamental en su actuar, el respeto a la esfera jurídica de los individuos.<sup>39</sup>

Si la concepción clásica afirmaba que la soberanía no tenía ningún poder oponible o por encima de ésta, la realidad es que los Estados no sólo están obligados jurídicamente en un sentido de cooperación de igual a igual en lo externo, sino que están obligados a cumplir las disposiciones de los tratados en materia de derechos humanos hacia su interior, colocándose como un valor prioritario ante cualquier valor aparentemente preponderante.

Los Estados están obligados en un solo sentido, ya que los derechos humanos no se pueden conducir bajo los parámetros de la teoría helleriana, la cual se basaba en el ejercicio de la soberanía en dos sentidos: interno y externo. El cumplimiento de las disposiciones de los tratados internacionales de derechos humanos tiene un efecto general en todos los ámbitos y sectores de los Estados.<sup>40</sup>

La soberanía actualmente no está en un punto de referencia único y de aplicación total, sino que, tal y como se advirtió, su valoración es parcial,

<sup>38</sup> Ayala Corao, Carlos, *La jerarquía constitucional de los tratados*, México, Fundap, 2003, p. 82.

<sup>39</sup> El Estado contemporáneo de la segunda mitad del siglo XX queda sometido crecientemente a un derecho internacional de los derechos humanos y a un derecho internacional humanitario, en el cual la soberanía o potestad estatal cede ante la valorización fundamental y la primacía de la dignidad de la persona y los derechos humanos, marco dentro del cual se mueve actualmente la potestad estatal, surgiendo así, parodiando con el Estado de derecho nacional, un Estado de derecho internacional, tanto en la guerra como en la paz, el cual genera las bases o germen de una Constitución mundial en el ámbito tradicional dogmático de ésta.

<sup>40</sup> Los Estados por propia voluntad y libremente se someten a un derecho que los supera y subordina (el derecho internacional de los derechos humanos y sus garantías jurisdiccionales), el cual no se estructura en un tratado de tipo contractual tradicional donde la norma es el interés de las partes; los tratados que aseguran y garantizan derechos esenciales de la persona humana tienen un interés superior a las partes, que es la dignidad de la persona y los derechos humanos, frente a lo cual los Estados se subordinan y están obligados a cumplir siempre las disposiciones del tratado, aun cuando otro Estado los vulnere, ya que todos ellos se someten a un bien jurídico que los supera y tiene carácter prioritario: el respeto y garantía de los derechos de la persona humana, siendo la humanidad toda la que se resiente con dichas vulneraciones.

puesto que su potestad está limitada por un elemento superior que no tiene una territorialidad o demarcación específica; es una jurisdicción única y universal basada en la supremacía de los derechos de humanos.

El tema de los derechos fundamentales y su nueva dimensión disfruta de especial importancia en todos los ordenamientos jurídicos avanzados. El respeto a los derechos fundamentales, actualmente, constituye el principal interés público. Los derechos fundamentales se han transformado en la base de los sistemas políticos.

El fin definitivo de los derechos fundamentales es la dignidad de la persona humana y la libertad como valor indispensable.

## X. BIBLIOGRAFÍA

- AMARTYA, Sen, “Capacidad y bienestar”, en NUSSBAUM, Martha y SEN, Amartya, *La calidad de vida*, México, Fondo de Cultura Económica, 2004.
- ARNAIZ, Aurora, *Soberanía y potestad*, México, Noriega, 2006.
- AYALA CORAO, Carlos, *La jerarquía constitucional de los tratados*, México, Fundap, 2003.
- BURGOA, Ignacio, *Garantías individuales*, México, Porrúa, 2001.
- CARBONELL, M. y SALAZAR, P. (coords.), *La reforma constitucional de 2011 en materia de derechos humanos. Un nuevo paradigma*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011.
- COSSÍO DÍAZ, José Ramón, *Dogmática constitucional*, México, Fontamara, 1997.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor, *Justicia constitucional*, 2a. ed., México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2001.
- FRENK, Julio, “La salud en México”, *Revista Nexos*, México, 2008.
- IZQUIERDO MUCIÑO, Martha Elba, *Garantías individuales y sociales*, México, Universidad Autónoma del Estado de México, 1995.
- KOTZUR, Markus, *La soberanía hoy*, México, UNAM, 2003.
- KRASNER, Stephen, *Soberanía, hipocresía organizada*, Barcelona, Paidós, 2000.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *La soberanía, las Constituciones y los tratados*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2002.
- NUSSBAUM, Martha C., *Las fronteras de la justicia*, Barcelona, Paidós, 2007.
- RAWLS, John, *La justicia como equidad. Una reformulación*, Barcelona, Paidós, 2002.
- SALTALAMACCHIA, N. y COVARRUBIAS, A., *Derechos humanos en política exterior. Seis casos latinoamericanos*, México, ITAM-Miguel Ángel Porrúa, 2011.

SÁNCHEZ CORDERO, Olga, *El derecho constitucional a la protección de la salud*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2000, colección Discursos, núm. 6.

SECRETARÍA DE SALUD, *Encuesta nacional de salud y nutrición 2006*, Morelos, Instituto Nacional de Salud Pública, 2006, disponible en: [www.salud.gob.mx/plandedesarrollo](http://www.salud.gob.mx/plandedesarrollo).

———, *La democratización de la salud en México. Hacia un sistema universal de salud*, México, Programa Nacional de Salud 2001-2006, 2001, disponible en: [www.salud.gob.mx/plandedesarrollo](http://www.salud.gob.mx/plandedesarrollo).

TRUEBA URBINA, Alberto, *La primera Constitución político-social del mundo. Teoría y proyección*, México, Porrúa, 1971.

## APUNTES SOBRE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL ÁMBITO LABORAL. LOS DERECHOS SOCIALES\*

Patricia KURCZYN VILLALOBOS\*

SUMARIO: I. *Introducción. ¿Hay derechos en broma?* II. *Los derechos humanos.* III. *El Estado y los derechos del ser humano.* IV. *Las características de los derechos humanos.* V. *Derechos fundamentales y el derecho positivo.* VI. *Derechos sociales. Derechos prestacionales.* VII. *Los derechos sociales fundamentales.* VIII. *Los derechos sociales en el trabajo.* IX. *El valor de los derechos humanos al interior de los sistemas jurídicos internos.* X. *La jerarquía de los instrumentos internacionales sobre los derechos humanos.* XI. *Los derechos sociales como derechos prestacionales.* XII. *Reflexiones.*

Acerca del doctor Jorge Carpizo McGregor hay mucho que decir. No sólo pueden verse expresiones académicas, sin duda muchísimas, cuyos testimonios quedan en libros y grabaciones, y quedan para la discusión, para la enseñanza y para fundamentar teoría y doctrina de elevado nivel. La sorpresiva y anticipada muerte del jurista y del amigo nos deja el sentimiento de la ausencia pero igualmente deja el recuerdo perenne de su obra y de sus gestos humanos, de amistad y de solidaridad. A ello, algunos podemos agregar el privilegio de rendir testimonio por su espléndido goce de todo aquello que la vida le permitió y que hizo con serenidad y con la armonía que no siempre es fácil alcanzar en la vida. La medida de sus acciones le permitió la extensión de muchas otras. Puede parecer contradicción lo expresado, pero no lo es. Tuvo la inteligencia de saber combinar las alegrías de la vida común con las de la cultura, la paz, la entrega a los semejantes mediante obra jurídica

\* Este ensayo fue presentado como trabajo de ingreso a la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, silla número 14, en la ciudad de Montevideo, Uruguay, en noviembre de 2011. Los trabajos de ingreso no han sido publicados a la fecha por la Academia. El artículo ha sido revisado y actualizado para presentarlo en homenaje al doctor Jorge Carpizo, por su incansable labor en la defensa de los derechos humanos.

\*\* Investigadora en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

cotidiana que puso en práctica en sus muy diversas funciones, todas exitosas, reflejo de su talento y su vocación de servicio. Quiero recordar las palabras con las cuales inició su discurso al asumir la Rectoría de nuestra casa de estudios, porque en esas palabras muestra que siempre actuó como universitario, y que por medio de la UNAM trabajó por México:

Con entusiasmo asumo la Rectoría de la Universidad Nacional y manifiesto a ustedes mi absoluto e incondicional compromiso de servir en ella a México y a nuestra comunidad. Asimismo, expreso mi firme propósito de actuar con estricto apego a las normas jurídicas que nos rigen, y a los principios que están impresos en la conciencia colectiva de esta casa de estudios, como son el respeto a todas las ideas y la pluralidad como esencia de la Universidad...

Así lo hizo, cumplió y fue un extraordinario universitario, ¡extraordinario mexicano!

## I. INTRODUCCIÓN. ¿HAY DERECHOS EN BROMA?

¿Hay derechos en broma? Es una pregunta interesante con la cual se comienza este trabajo para hacer una referencia al sugestivo título del libro formado con trabajos de Ronald Dworkin, *Los derechos en serio*,<sup>1</sup> con el anticipo de que no se comparten del todo las ideas filosóficas del autor, pero debemos aceptar que sus argumentos provocan reflexiones que llevan a rechazar o bien a confirmar ciertos presupuestos jurídicos en el ámbito del derecho social.

Dworkin fundamenta su tesis filosófica en los derechos individuales y consagra la idea de que ninguna directriz política ni objetivo social colectivo puede triunfar frente a un auténtico derecho, a diferencia de las teorías utilitaristas que se basan en fines colectivos a los cuales se deben subordinar los derechos individuales. El planteamiento que de esto hace Calsamiglia, autor del prólogo del libro referido, enfrenta posiciones que tienen una especial relevancia en derecho social, pues de cierta manera coloca al lector ante la tesitura, o tal vez confrontación, entre el valor superior del interés individual y el del interés social. Esta situación puede aparecer; de facto se presenta en la cotidianidad y sugiere una disyuntiva de semejante nivel al de discernir entre el valor moral y el valor jurídico, lo cual no es tarea menor.

Del mismo modo puede considerarse que lo que se plantea es el enigma de soportar el neoliberalismo cuando la convicción podría ir más hacia

<sup>1</sup> Trad. de Marta Gustavino, Barcelona, Ariel, 2002, *passim*.

las tendencias de los derechos llamados sociales, esta parte de los derechos humanos que en principio se señalaron como de segunda generación; un título que debe desecharse para evitar que se proyecte una incorrecta visión de grados o jerarquías, sobre todo en su distinción con los derechos civiles y políticos, en especial al ponderar la indivisibilidad y la interdependencia que caracteriza a los derechos humanos.

Para el ámbito del derecho social es de particular importancia el punto de vista de los derechos en serio, porque si bien es cierto que los derechos sociales tienen un fundamento individualista es imposible dejar de lado el interés social, con imposibilidad de abandonarlo o de ignorarlo por más visión liberalista que se apuntara; por el contrario, desde un particular punto de vista la doble visión permite dilucidar el vínculo entre los derechos sociales, los derechos económicos y los culturales. Para mayor certeza téngase presente que se trata de derechos humanos, no de derechos de la sociedad como tal, no de las colectividades como tales, sino del individuo como parte de una colectividad o como parte de la sociedad. Esta concepción no puede llevar a las disputas de antaño sobre la denominación o predominio del derecho social, confrontaciones ya superadas que tuvieron su razón de ser en tiempos de su propia formación teórica y doctrinal como un nuevo y tercer género de derecho, que de cierta forma incomodaba la bipartición jurídica y algunos sistemas políticos.

En tal sentido, los derechos sociales, como derechos humanos, llevan este nombre para distinguirse de los que se han conocido como derechos individuales; a la vez hay desmarcación de los mismos al referir a su lado los derechos económicos y culturales, con importante vinculación entre sí, lo que se fundamenta al equiparar sus presupuestos. Uno de estos, tal vez el más importante, sea el de la cohesión social o la solidaridad como tal en sus dos direcciones, la vertical y la horizontal.

Por otra parte, al admitir que el liberalismo social es una tendencia moderna con cuna en el siglo pasado, y que se nutre de la combinación y el equilibrio de los intereses individual y social, se concibe la mezcla del interés público y el interés social para converger en el interés nacional. En este contexto convendría partir de la defensa de los derechos humanos del individuo como tal para incursionar en la defensa y construcción, o el propio fortalecimiento de los derechos sociales como tales. Estos derechos forman parte del trinomio que se forma con los derechos económicos y culturales, cuya construcción es similar a la de los derechos civiles y políticos, aunque en éstos pareciera que se juega más a través del interés individual. Se piensa en una construcción similar para ambas categorías al entender que se constituyen

los apartados entre sí para efectos de su comprensión, conceptualización y desarrollo, y desde luego para hacer más eficiente su protección y fortalecimiento, en lo que interviene el Estado en el proceso de reconocimiento, estructura legal de garantía y su justiciabilidad.

En tales condiciones puede declararse de manera categórica que el ser humano, el individuo, bajo el *iusnaturalismo* o bajo el positivismo, es el único titular de los derechos humanos en cualquiera de sus formas o expresiones. La defensa de los mismos ha tenido un proceso interesante en el derecho positivo y se ha nutrido de los hechos sociales relevantes acontecidos en el mundo, cuyas manifestaciones han dejado, en ocasiones, sólo rastros o huellas y, en otras, poderosas columnas que permiten sostener estructuras individuales y sociales —sean políticas, económicas, o de otra índole—, en una práctica coordinada que sustenta el interés público.

Volviendo a Dworkin, concretamente al planteamiento del prólogo del libro citado, cuando expresa que “...no existe [la libertad] porque el Estado puede limitar la libertad de los ciudadanos basándose en políticas de bienestar social”.<sup>2</sup> ¿Cómo dejar inadvertida la consideración sobre la negativa de un derecho a la libertad? Ciertamente es que estos planteamientos que ahora se expresan de manera simple, puede decirse que casi con aparente superficialidad, requieren profunda meditación y tal vez hasta de abstracciones para encontrar finalmente lo que se puede considerar que es lo más valioso para el ser humano en todos los tiempos: la justicia y los caminos rectos y simples a la misma.

La justicia es un bien escaso hoy en día, sobre todo en algunas naciones, como lo prueban los altos índices de pobreza en distintas regiones del mundo y la debilidad de la cohesión social, como bien lo expresa Jorge Carpizo con números explosivos.<sup>3</sup> Esta fotografía de la realidad —como la califica el autor en alguna parte del artículo— fundamenta que la justicia se trata de un valor difícil de descubrir y más de concretar; tal vez a ello se le apliquen apellidos, como el de justicia social, un término que suele mantenerse vinculado con la equidad, a la cual igualmente se le califica como *equidad social*. Aunque acaso ambas sean expresiones resultantes de una carga socialista que se desarrollara formalmente al correr del siglo XIX como respuesta a los acontecimientos y al despertar social del momento, hoy son admitidas no sólo como expresiones gramaticales sino como conceptos, políticas y tendencias con una carga filosófica de importante medida, además de contar

<sup>2</sup> *Ibidem*, pp. 23 y 24.

<sup>3</sup> Carpizo, Jorge, en *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, México, núm. 16, enero-junio de 2013, pp. 3-30.

con regulaciones *ad hoc* para su realización;<sup>4</sup> así, hoy también puede afirmarse que la justicia se ha vuelto principio y fin de derecho.

En función de que justicia y equidad no son términos de cuño moderno, sus conceptos han evolucionado; los cambios ocurridos pueden analizarse de manera simple a través de los siglos con las nociones y afirmaciones construidas o, mejor, reconstruidas durante el siglo XX; baste para ello considerar que el término latino *ius*, en su origen, *no* significa derecho sino *justo*, en tanto que *derecho* proviene de *directum*, cuyo contenido es moral, es lo *recto* y *adecuado*.<sup>5</sup> Igual puede considerarse respecto de *equidad*, de la cual dice José Luis Soberanes que fue un concepto clave en el derecho medieval, definida por uno de los primeros glosadores como: "...la armonía derivada de los hechos conforme a la cual en causas similares se debe aplicar un derecho similar...".<sup>6</sup>

En las primeras décadas del siglo XIX, las referencias a justicia y a equidad no contemplaban más calificación que la de *justicia natural*, como ocurre en la encíclica *Rerum Novarum* de 1891 al tratar sobre el señalamiento del *justo* salario entre el patrón y el trabajador —*que puede hasta contentarse con un modesto salario*—. <sup>7</sup> Y sin mencionar más, recuérdese que el principalísimo entre todos los deberes de los amos se consigna en el dar a cada uno lo que se merezca en justicia. En cuanto a la referencia a la propiedad, la encíclica citada se refiere a una repartición de los bienes ciertamente más conforme a la equidad. La Carta Papal, que en realidad tiene gran valor como parte de la doctrina social católica, no contiene conceptos estructurados y no se refiere en ningún caso a justicia social o a equidad social, sino a justicia natural. Esta encíclica, que como se sabe fue de enorme importancia, hace referencia a la cuestión obrera, no a la cuestión social, como después lo hace la *Quadragesimo Annus* de 1931, que por cierto elude la incorporación de la filosofía socialista y pretende dar una razón circunstancial por la terminología.

Por otra parte, el insigne jurista Néstor de Buen, con razón, ha mencionado que la justicia social se convierte en el instrumento de mayor rango del derecho social,<sup>8</sup> y debe recordarse al filósofo y jurista Gustavo Radbruch

<sup>4</sup> En algunos sistemas jurídicos funcionan tribunales especializados para las causas relacionadas con derechos sociales, por justicia social; en algunos países se les llaman *juzgados sociales*, tal es el caso de España, en tanto que en otros, como el mexicano, son tribunales especiales denominados juntas de Conciliación y Arbitraje o tribunales agrarios.

<sup>5</sup> Carpintero, F. *et al.*, *El derecho subjetivo en su historia*, Cádiz, Universidad de Cádiz, 2003, p. 20, citado por Soberanes, José Luis, *Sobre el origen de las declaraciones de derechos humanos*, México, UNAM-CNDH, 2009, p. 10

<sup>6</sup> *Ibidem*, p. 151.

<sup>7</sup> Encíclica *Rerum Novarum*... *Justo salario*.

<sup>8</sup> *Razón de Estado y justicia social*, México, Porrúa, 1991, pp. 194 y 195.

cuando manifiesta que la justicia social es la forma de expresión de la ética colectiva (y lo colectivo es social). Y cómo dejar fuera las disertaciones de Castán Tobeñas al referirse a la justicia social en aquel ilustre discurso que pronunciara con motivo de la inauguración del curso 48-49 de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación,<sup>9</sup> en que hace atinada alusión a Helmut Coing.<sup>10</sup>

En función de que justicia y equidad no son términos de cuño moderno, sus conceptos han evolucionado; bastaría con advertirlo de manera simple a través de los siglos con las nociones y afirmaciones construidas, o mejor reconstruidas, durante el siglo XX; baste para ello considerar que el término latín *ius*, en su origen, *no* significa derecho sino *justo*, en tanto que *derecho* proviene de *directum*, cuyo contenido es moral, es lo *recto* y *adecuado*.<sup>11</sup> Igual puede considerarse respecto de *equidad*, sobre la cual dice José Luis Soberanes que fue un concepto clave en el derecho medieval, definida por uno de los primeros glosadores como: "...la armonía derivada de los hechos conforme a la cual en causas similares se debe aplicar un derecho similar...".<sup>12</sup>

En las primeras décadas del siglo XIX, las referencias a justicia y a equidad no contemplaban más calificación que la de *justicia natural*, como ocurre en la encíclica *Rerum Novarum* al tratar sobre el señalamiento del *justo* salario entre el patrón y el trabajador —*que puede hasta contentarse con un modesto salario*—.<sup>13</sup> Y sin mencionar más, recuérdese que el principalísimo entre todos los deberes de los amos se consigna en el dar a cada uno lo que se merezca en justicia. En cuanto a la referencia a la propiedad, la encíclica citada se refiere a una repartición de los bienes ciertamente más conforme a la equidad. La Carta Papal no tiene conceptos estructurados y no se refiere en ningún caso a justicia social o a equidad social, sino a justicia natural, lo que resulta propio de la época.

Bajo tales consideraciones se desarrollan cuestiones que entretienen el pensamiento mientras lo pasean por la doctrina con la elaboración de estructuras para acoger cambios que permitan la adecuación a los distintos momentos que la historia después describirá. Se trataría de la *cuestión social de cada época*. Como hoy, siglo XXI, en que se presenta una *nueva cuestión*

<sup>9</sup> *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, 1966, p. 7.

<sup>10</sup> *Die obersten Grundzüge des Rechts*, Heidelberg, 1947, pp. 179 y ss., citado por Castán Tobeñas, *op. cit.*, p. 11, nota 3.

<sup>11</sup> Carpintero, F. et al., *El derecho subjetivo en su historia*, Cádiz, Universidad de Cádiz, 2003, p. 20, citado por Soberanes, José Luis, *Sobre el origen de las declaraciones de derechos humanos*, México, UNAM-CNDH, 2009, p. 10

<sup>12</sup> *Ibidem*, p. 151.

<sup>13</sup> Encíclica *Rerum Novarum*... *Justo salario*.

*social*,<sup>14</sup> conforme a la cual las nociones y los conceptos son renovados o actualizados.

Y es en este intrincado escenario que salen a relucir los derechos individuales como derechos del ser humano que tienen que delimitarse y que deben conceptualizarse para convertirse en nociones jurídicas y alcanzar su construcción positivista en forma de ley, de acuerdo con los principios jurídicos y morales que conduzcan a buscar la obligatoriedad, la justiciabilidad y desde luego la justificación de su razón de ser.

Un planteamiento como el que hoy se presenta —ante la Honorable Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social—,<sup>15</sup> podría parecer problemático o hasta confuso, pero en ambos casos merece hacerse la aclaración. El tópico de este trabajo es el tema principal con el cual continuará el estudio, en que se hará especial referencia a la libertad e igualdad de los individuos en el ámbito del trabajo. Éstos, como derechos fundamentales, se insertan en el seno de las relaciones laborales, y tanto la doctrina como el derecho positivo los admiten irrefutablemente bajo la categoría de derechos fundamentales, cuyos titulares hasta ahora se siguen identificando como *trabajadores*, concepto utilizado para designar al hombre productivo en la sociedad de asalariados, como le llama el eminente sociólogo Castel.<sup>16</sup> El término de asalariados hoy parece cambiar el sentido que tuviera en los primeros años del siglo XIX, como consecuencia del cambio de estructuras económicas, procesos de producción, organización científica del trabajo y aun de las formas políticas de las sociedades contemporáneas, que retornan al individualismo con un traje neoliberalista adornado por los efectos de la globalización. Un sentido que no cambiaría su *utilidad social* como factor de producción, dice el mismo Castel, pero un sentido que sí cambia las condiciones de vida del trabajador. Sentidos que finalmente revierten la conceptualización de los derechos humanos del trabajador.

En esos cambios debe hacerse hincapié en la trascendencia de los temas laborales y de seguridad social. Se trata de los trastornos que puedan darse

<sup>14</sup> Véase Ackerman, Mario, “Constitucionalismo social en Latinoamérica”; Buen, Néstor de, “La Constitución y la nueva cuestión social”; Pasco Cosmópolis, Mario, “La Constitución y la nueva cuestión social”; Sánchez-Castañeda, Alfredo, “La nueva cuestión social”, todos en *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, México, núm. 1, enero-julio de 2005.

<sup>15</sup> Se recuerda que este trabajo originalmente se presentó como trabajo de ingreso a la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, aun inédito por razones ajenas a la voluntad del autor. Véase nota 1.

<sup>16</sup> Véase Castel, Roberto, “Trabajo y utilidad para el mundo”, *Trabajar por tiempos mejores. Repensar el trabajo en el siglo XXI*, Editorial Española, 2007, colección Informes OIT, núm. 75, pp. 748 y 749.

en las relaciones humanas en el ámbito socioeconómico pero que repercuten en los bolsillos de los individuos; que trasciende a la condición de vida de millones de mujeres y de hombres, que en su condición de subordinados (parasubordinados o cuasisubordinados, que para los efectos económicos y sociales da igual el nombre) avizoran la amenaza de vivir cada vez con menos protección social; como ejemplo de ello puede traerse a colación el problema latente del financiamiento de las pensiones, que se presenta en casi todo el orbe que lo regula. Las razones de duda o indefensión justifican plenamente la construcción conceptual de los derechos fundamentales, su defensa estructural y su justiciabilidad.

El enfoque central del trabajo, cuya introducción hoy se presenta, son los *derechos fundamentales* llevados al ámbito del trabajo y de la seguridad social, cuyo significado se extiende al de derechos sociales fundamentales. Estos derechos, a su vez, se basan en los derechos esenciales del individuo, considerado —en su contexto colectivo— como integrante de una comunidad en la cual se identifica con los otros por compartir intereses sociales, económicos y políticos, además de los inespecíficos que puedan abrir otras opciones de la vida social. El desarrollo requerirá considerar que a la par de la construcción teórica se contemple la construcción del cambio mismo o su reestructuración y el reciclaje mismo —casi indispensable y natural— que se produce en el complejo relacional de lo social, de lo económico y de lo político, y que finalmente el derecho asume, o debe asumir, para su transformación en derechos y deberes y, aún más, para implementar su ejercicio, su eficaz cumplimiento y su justiciabilidad.

## II. LOS DERECHOS HUMANOS

El tema de los derechos humanos en realidad es la esencia del derecho. El ser humano es el titular de la historia, el ser humano es el artífice de la vida; es principio y es fin. La historia que ha tejido es un intrincado que surge de la razón y de la sinrazón con su actuar y con su no actuar. El hombre, como lo dijo Hobbes, se pelea y se ha peleado consigo mismo y sabemos que seguirá combatiéndose permanentemente. Queda claro que las sociedades luchan entre sí, que las clases sociales libran distintas batallas con diversos instrumentos y con diversas estrategias que mantienen vigente la lucha de clases; si bien las manifestaciones pueden ser diversas.

La concepción individualista es innegable y tampoco puede ocultarse la imposibilidad del hombre para vivir en el aislamiento, por lo que esos derechos que le son inherentes e inviolables desde la dimensión iusnaturalista

sólo son válidos en el tejido social, en cuyo seno debe ponderarse cada uno de ellos con su carácter de inalienabilidad. Aunque también es cierto que se presenta la necesidad de distinguir entre los derechos propios de cada persona física —como individuo— y los derechos del mismo individuo dentro del contexto colectivo del que es parte y que conforma su entorno como antes se mencionó.

La indivisibilidad de los derechos humanos es incondicional e indudable como se corrobora en el texto de distintas declaraciones que datan de años. Así, y a título de ejemplo, están: la resolución de la Asamblea de las Naciones Unidas del 16 de diciembre de 1977 que confirmó que “...todos los derechos del hombre y las libertades fundamentales son indivisibles e interdependientes”. En el mismo sentido, se consideró en la Conferencia Mundial de Viena en 1993 que: “...Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar de forma global y de manera justa y equitativa en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso”.<sup>17</sup>

Por otra parte, hay que mantener presente que la esencia humana no puede darse o manifestarse en porciones o de manera parcial. Los derechos del hombre pueden catalogarse o clasificarse como igual, pueden numerarse y nombrarse las distintas partes del cuerpo del ser humano, pero en realidad, aquéllos y éstos sólo son los componentes de un todo que es uno solo. Puede haber definiciones y otorgamientos en el ámbito jurídico, pero es categórico que los derechos humanos no requieren declaraciones ni reconocimientos para su existencia, sea cual fuere su connotación de individuales o sociales, de solidaridad u otros, como los difusos y hasta los llamados inespecíficos. Derechos existen por el solo hecho de la existencia del individuo, pero a éste habrá que contemplarlo en su dimensión tanto individual como social y en el contexto socio-jurídico político y económico en que vive y en que se desarrolla.

Por lo que se expresa antes, se advierte una complejidad conceptual con muchos enfoques y ello hace que se forme no sólo una sino varias clasificaciones; por ende la conceptualización se vuelve una exigencia como lo es igualmente exhibir su fundamento; paralelo a ello se desarrolla necesariamente un sistema jurídico que le dé obligatoriedad a su existencia en la realidad social, esto es, que debe haber operatividad y coerción, o bien, para expresarlo en dos palabras, para hacerlos justiciables.

<sup>17</sup> Véase Adame Goddard, Jorge, “Los derechos económicos, sociales y culturales como deberes de solidaridad”, *Derechos fundamentales y Estado. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002.

### III. EL ESTADO Y LOS DERECHOS DEL SER HUMANO

Se hace indispensable un sistema jurídico que además de reconocer los derechos los proteja con la eficacia necesaria para evitar que se conviertan en declaraciones de buena voluntad. La sociedad, por su parte, habrá de sostenerlos con la eficacia necesaria en el tiempo y en el espacio a través de instrumentos jurídicos vigentes y viables cuya regulación se sustente desde las normas fundamentales, esto es, que emanen de la norma suprema (Constitución) y de los tratados y convenios internacionales.

El respeto, preámbulo de la realización de los derechos humanos (siempre y de cualquier categoría), obliga a los propios individuos como sujetos de los derechos, pero de igual manera el sentido que debe darse a la defensa de los mismos les concierne a las personas en la medida de su capacidad para organizar, coordinar, regular y en su caso enfrentar o confrontar a las autoridades públicas. El Estado mismo está obligado a establecer, a regular y a vigilar el cumplimiento de los derechos humanos mediante un sistema legal autónomo, sancionador en caso de su violación. Esto significa que debe haber una estructura organizacional con la creación de instituciones autónomas a las cuales el Estado deba proporcionarles los medios y elementos, así como instrumentos materiales, jurídicos, administrativos y financieros necesarios para su buen desempeño.

La obligación del Estado incluye la elaboración de programas y políticas públicas y la exigencia de hacerlos cumplir a los órganos de su administración, dotarlos de instrumentos legales propios, con los cuales incluso se les pueda coaccionar y sancionar en su caso. Esto implica contar con sistemas regulatorios de responsabilidades de funcionarios y servidores públicos que puedan ir más allá de las competencias y sumisiones nacionales. En ello no puede dejarse al olvido la condición de la validez universal y aplicar las normatividad internacional reconocida (en su caso, ratificada), e incluso presionar a otros Estados para tomar medidas o instalar procedimientos legales internacionales.<sup>18</sup> La protección de los derechos humanos es y debe ser internacional.

Al Estado se le puede imputar, en primera instancia, la responsabilidad por las violaciones a los derechos humanos por actos del poder público o de sus representantes. Por ello es importante que se elaboren programas sustentados en derecho positivo y que se haga labor de convencimiento por parte de organismos internacionales, e incluso se validen las exigencias de

<sup>18</sup> EDTEC, *Enforced Disappearances*, disponible en: <http://www.ediec.org/es/areas/obligaciones-de-estado/proteger-respetar-y-promover-los-derechos-humanos>.

las organizaciones no gubernamentales, convertidas en una especie de conciencia social con la posibilidad de convertirse en los voceros autorizados de la sociedad civil, los reclamantes y exigentes al y del Estado, obligado en tales deberes. Bajo estas alternativas, los Estados pueden contar con el análisis que coadyuve a su propio examen respecto de aquellas situaciones que amenacen con violar los derechos, o más aún el de advertir cuando éstas se hayan cometido, caso en el cual sólo quedará subsanar y corregir sus funciones, programas y políticas, o incluso sus normas, en beneficio del cumplimiento y respeto integral de los derechos humanos en general para impedir su repetición. Estas perspectivas sólo pueden germinar en Estados fuertes, sólidos y democráticos. Un Estado débil, un Estado corrupto, un Estado antidemocrático es la antítesis de la cultura de la legalidad y específicamente de la cultura de los derechos humanos.

Sin duda alguna el Estado tiene una importante responsabilidad en cuanto a la prevención de las violaciones a los derechos humanos, de investigarlas cuando se cometan y de sancionarlas conforme a derecho, incluida la reparación del daño o daños causados, así como el ofrecer atención a las víctimas y hasta la reparación y/o indemnización correspondiente. El incumplimiento del Estado en esta función, su debilidad o incapacidad le lleva a considerarse “Estado fallido”, lo que puede definirse por ser: “incapaz de controlar su territorio o garantizar la seguridad de sus ciudadanos, incapaz de mantener su orden legal interno, incapaz de proporcionar a su población servicios públicos o de crear las condiciones adecuadas para tal provisión”.<sup>19</sup>

De manera más clara puede afirmarse que las obligaciones del Estado respecto a la violación de los derechos humanos consisten en cuatro etapas:

- a) Prevención mediante información, cultura de los derechos humanos, campañas, reglamentación, prevención de violaciones y prevención de la continuación de los daños ocasionados a la víctima.
- b) Investigación por todos los medios posibles.
- c) Sanción a los agresores y responsables de acuerdo con la ley.
- d) Reparación de daños materiales y morales, con la finalidad de que además de evitar que continúen los efectos, en la medida de lo posible, se restituya o se restablezca para que la situación vuelva al estado que guardaba antes del quebrantamiento de los derechos.

La reparación del daño material puede cuantificarse y exigirse su pago en moneda; lo que parece más complicado es reparar los daños morales,

<sup>19</sup> *Idem.*

que no necesariamente deben considerarse pecuniariamente, en cuyo caso caben otras alternativas como puede ser la información y difusión de la sentencia, anunciar las medidas que se asuman para proteger a la víctima y para evitar otras violaciones, con la modificación de reglamentos o la expedición de otra normatividad. Además puede ofrecerse apoyo psicológico a las víctimas y a sus familiares.

La defensa de los derechos humanos merece atención especial. Esta exigencia no requiere de justificaciones, es simplemente la exigencia natural por respeto a los seres humanos. El maestro e investigador emérito Héctor Fix-Zamudio<sup>20</sup> menciona que en la defensa de los mismos hay tres principios básicos: *a)* procedimientos sencillos y rápidos; *b)* amplias y eficaces medidas cautelares o precautorias que impidan la consumación irreparable de las violaciones de los derechos fundamentales, y *c)* una decisión que tienda a la restitución de los propios derechos infringidos, hasta donde ello sea posible, y en la que además se establezcan las medidas de reparación de los daños y perjuicios ocasionados a las víctimas y a sus familiares.

Por otra parte, la defensa también debe tener un comportamiento horizontal con sistemas legales adecuados y con el combate a la corrupción y a la impunidad, que en cierto sentido corresponde a la práctica de la cultura de la legalidad. Parte de la promoción de esa defensa horizontal reside en ofrecer a la sociedad condiciones iguales de desarrollo social y económico con la generación de empleos, con trabajo decente y protección social.

#### IV. LAS CARACTERÍSTICAS DE LOS DERECHOS HUMANOS

Las características de los derechos esenciales corresponden tanto a los derechos civiles y políticos como a los económicos, sociales y culturales, entre ellos los llamados de solidaridad, verbigracia los derechos a la libre determinación, al desarrollo, a la paz y al medio ambiente, así como los inespecíficos, que se han considerado como intereses transpersonales o difusos.<sup>21</sup> De ahí que se justifique incluir estas referencias en un documento que incursiona en los derechos sociales fundamentales en el trayecto al terreno jurídico del trabajo y de la seguridad social.

<sup>20</sup> “Los derechos humanos y su protección jurídica y procesal en Latinoamérica”, en Valadés, Diego y Gutiérrez, Rodrigo (coords.), *Memoria del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001, p. 6.

<sup>21</sup> Colmenares Bastidas, Ana María, “Los derechos laborales inespecíficos. Enfoque en el derecho venezolano”, *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, México, núm. 12, enero-julio de 2011.

La doctrina ha sistematizado las características principales de los derechos humanos, mismas que se han incorporado a la Constitución mexicana a partir de 2011:

- a) Universalidad. En este campo hay dos sentidos. La universalidad que se refiere a la imposibilidad de admitir que los derechos humanos sean exclusivos; que sólo correspondan a un grupo o a una clase determinada o para un cierto lapso de tiempo, o por excepción; los derechos humanos son para todos los seres humanos por igual y para siempre. En el otro sentido se refiere a una relatividad dependiente del reconocimiento que se haga para que todas las naciones los acepten. Una universalidad entendida y admitida al igual como universalización. La tendencia es que todos los instrumentos internacionales se reconozcan por todos los Estados y se garantice la protección universal.

Se entiende que hay inherencia o inseparabilidad de los derechos humanos de la persona. El hecho de que en algunas legislaciones no se reconozcan o no se respeten los derechos humanos no significa inexistencia de los mismos; verbigracia, los Estados que admiten o que toleran el trabajo forzoso representan supresión o represión mas no la inexistencia de los derechos que corresponden a la libertad de trabajo. La evidente y autorizada discriminación de la mujer en algunas legislaciones (como ocurre en algunos países musulmanes) respecto de la educación, de su participación en el trabajo, de sus derechos de sucesión, y otros, no significa que sea válida, como tampoco es válido el desconocimiento de los derechos de los migrantes en Arizona o en las fronteras del sur de México o en cualquier otra parte del mundo. El desconocimiento de los derechos humanos, su rechazo, su incumplimiento, la tolerancia o la impunidad a su violación por los Estados, incluido o no en sus sistemas legales, representa un fuerte agravio a la comunidad internacional y a la misma humanidad.

- b) Interdependencia. Entendida como la interrelación que se mantiene entre los derechos humanos, indivisibles en sí. Si no se interrelacionaran, la integralidad quedaría en duda y por lo tanto no habría el cumplimiento de los derechos humanos; es decir, no puede hablarse de cumplir en fracciones. La interdependencia se vincula con la indivisibilidad. Además, no hay jerarquización entre los derechos civiles y políticos o los económicos, sociales y culturales.

No hay forma de considerar que se pueda negociar en materia de derechos humanos. No hay condicionamientos y las transacciones de cualquier índole son impensables. La dignidad humana en cualquiera de sus expresiones no puede colocarse a la suerte ni al juego de los intereses económicos, políticos, sociales o de cualquier índole.

- c) Indivisibilidad. La garantía y la defensa de los derechos humanos corresponden a una integralidad; no puede entenderse la protección para sólo un derecho humano, lo que significaría un desequilibrio, un desnivel que conduce a la ruptura de la armonía necesaria para responder a la integralidad del ser humano.

Interdependencia e indivisibilidad son dos características que se mantienen mancomunadamente; de hecho, las características de los derechos humanos también son universales y todos los derechos humanos, señalados por categorías o por generaciones, por su carácter individual o social, integran un todo y en tal forma deben ser reconocidos y protegidos. Sin embargo, la clasificación que se haga para su análisis o estudio, para su enseñanza y aun para determinar los mecanismos de protección, no sólo es válida sino necesaria; no afecta la integralidad que se pondera como indiscutible, no afecta la unicidad. En tal sentido se entiende que la especificidad no sólo se admite sino que se hace necesaria y la indivisibilidad se convierte en principio de interpretación de los derechos humanos en su conjunto.<sup>22</sup>

No es válida la renuncia que una persona pudiera hacer, aun voluntariamente, a los derechos humanos en ningún sentido ni de manera parcial o total. La inalienabilidad y la irrenunciabilidad son características secundarias que forman parte de la universalidad y de la inherencia a la persona, de la interdependencia y la indivisibilidad.

Para confirmar lo anterior puede aludirse a los criterios judiciales y que para este caso se transcribe el siguiente rubro:

Principios de optimización interpretativa de los derechos humanos reconocidos en la Constitución federal (universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad). Orientan la interpretación de los preceptos cons-

<sup>22</sup> Blanc Lemir, Antonio, “La universalidad, interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos a los cincuenta años de la Declaración Universal”, *La protección de los derechos humanos a los cincuenta años de la Declaración Universal*, Universitat de Lleida, Tecnos, ANUE, 2001, pp. 13-35, *passim*, disponible en: [http://www.equidad.scjn.gob.mx/IMG/pdf/BLAC\\_ALTEMIR\\_A\\_Universalidad\\_indivisibilidad\\_e\\_interdependencia\\_de\\_los\\_DH.pdf](http://www.equidad.scjn.gob.mx/IMG/pdf/BLAC_ALTEMIR_A_Universalidad_indivisibilidad_e_interdependencia_de_los_DH.pdf). Véase, también, tesis IV.2°.A.15 (10°) del Segundo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Cuarto Circuito, *Gaceta*, libro XII, septiembre de 2012, t. 3, p. 1946.

tucionales en esa materia y son de ineludible observancia para todas las autoridades.<sup>23</sup>

- e) Progresividad, entendida como el avance que debe darse con la finalidad de alcanzar la cobertura y protección total de los derechos humanos.

## V. DERECHOS FUNDAMENTALES Y EL DERECHO POSITIVO

De lo anterior se desprende que los derechos del ser humano deben tener un lugar prioritario en el sistema jurídico objetivo con su traslación a la categoría de derechos subjetivos. Es la transformación de los derechos humanos a derechos fundamentales, “jurídico-institucionalmente garantizados y limitados espacio-temporalmente; son derechos objetivamente vigentes en un orden jurídico concreto”.<sup>24</sup>

Hay una tendencia a considerar que las características de universalidad e indivisibilidad de los derechos humanos confirman que los derechos humanos fueron *descubiertos* como tales, un argumento de *revelación* que en ocasiones se manifiesta por algunos autores,<sup>25</sup> que se puede refutar porque los derechos son inherentes a la dignidad humana, por lo tanto no se descubren como tales, sino que se realizan en cuanto se propician las condiciones para ello, de ahí su otra característica de progresividad.

Los derechos humanos no son descubiertos pero sí se da el proceso de reconocimiento cuando la ley o el derecho positivo los define; cuando los regula y los incluye en su normatividad, con lo cual se convierten en derechos fundamentales. Este reconocimiento ha sido validado por la Constitución mexicana con su reforma promulgada el pasado 10 de junio de 2011. Puede decirse que no había desconocimiento como tal, pero la forma de regular fue la de garantizar, de ahí que el primer capítulo de la carta magna se denominara “De las garantías individuales”, hoy “De los derechos humanos y las garantías individuales”.

Pero al polemizar o aclarar si han sido descubiertos o reconocidos, lo relevante es la meta que se traza por la salvaguarda de la dignidad huma-

<sup>23</sup> *Idem.*

<sup>24</sup> Hernández Martínez, Pilar, “Derechos humanos y Constitución”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, año XXVIII, núm. 84, septiembre-diciembre, p. 1042.

<sup>25</sup> Aguilera Portales, Rafael Enrique, *Concepto y fundamento de los derechos humanos (Implicaciones político-jurídicas en el constitucionalismo del estado de Nuevo León)*, Monterrey, México, junio de 2010, colección Altos Estudios, núm. 18, p. 30.

na y el interés jurídico de asegurarla por sobre todas las condiciones, esto es, de manera prioritaria. En este sentido se entiende que el hombre ha sido poseedor de estos derechos que se han definido tras un “largo proceso de descubrimiento histórico que [ha] ido paralelo al descubrimiento de la exigencia de libertad e igualdad de todos los hombres por su condición de personas”.<sup>26</sup> Puede entenderse que el reconocimiento histórico corresponde a la progresividad jurídica y en la reconsideración en el orden normativo.

Los derechos fundamentales son por lo tanto derechos públicos subjetivos que se acompañan de instrumentos para su eficacia, entre los cuales las garantías constitucionales suelen tener especial connotación. Junto a éstas se conforman no sólo como derechos sustantivos, sino acompañados de las normas que aseguren su justiciabilidad. Al concordar con los señalamientos de la investigadora mexicana Pilar Hernández Martínez se puede seguir la conceptualización que formula al determinar que los derechos fundamentales confieren al individuo un *status*. Esta condición implica asegurarle al individuo una posición en las relaciones con los demás individuos, a la vez que los derechos fundamentales se constituyen como medio de defensa de su libertad frente a los poderes públicos, esto es, frente al Estado mismo.

## VI. DERECHOS SOCIALES. DERECHOS PRESTACIONALES

Los derechos sociales fueron considerados como derechos de segunda generación, con lo cual pareciera darles una categoría distinta, o jerarquizarlos, cuando en realidad, como antes se expresa, su condición e importancia es similar a la de los derechos civiles y políticos, de los cuales se distinguen por los mecanismos de defensa y realización.

Todavía se puede agregar que los derechos civiles y políticos son concebibles sin Estado; que existirían sin el funcionamiento de instituciones sociales que los definieran, a diferencia de los sociales (económicos y culturales), que requieren alguna forma de organización política.<sup>27</sup> En tal sentido puede comprenderse que existe una evolución del concepto paralelo al desarrollo de las relaciones entre los individuos.

Los derechos sociales se conforman de acuerdo a las necesidades que los propios individuos van requiriendo, o según las necesidades que las transformaciones les crean. Los derechos sociales de las colectividades de los trabajadores, o de las sociedades de los asalariados, son una respuesta a

<sup>26</sup> *Idem*.

<sup>27</sup> Prieto Sanchís, Luis, “Los derechos sociales y el principio de igualdad”, *Derechos sociales*, *cit.*, p. 21.

la defensa de los derechos esenciales inherentes a la persona del trabajador cuando surgen las luchas de intereses de clase; o bien cuando se trata de derechos humanos de solidaridad como puede ser sobre el medio ambiente, que surgen cuando se cierne la amenaza a la naturaleza en medio de la cual habita el individuo y de la que depende su salud y forma digna de vida integral, así como respecto de los derechos humanos correspondientes a los intereses difusos o inespecíficos. En todos estos casos, la protección tendrá visos distintos. Sin embargo, las características serán las mismas y tan solo variarán para determinarse por medio de la organización estatal en función de la protección que deba otorgar mediante prestaciones públicas o sociales, en donde la aplicación de la progresividad puede ser advertida de manera sobresaliente; situaciones que parecerían complicar la realización de los derechos humanos como tales pero que finalmente encontrarán la respuesta legal adecuada.<sup>28</sup>

Los *derechos* fundamentales son también derechos de participación social. La participación es un principio en la organización y en el control del ejercicio del poder público del Estado (que puede entenderse como consecuencia de la defensa de la libertad del individuo), y son derechos prestacionales porque, en su carácter subjetivo;

...comprenden la puesta en marcha de la actividad general del estado para satisfacer las necesidades bien individuales, ya colectivas, así como la pretensión de aprovechar servicios ya prestados o instalaciones ya existentes, en definitiva, y con base en el principio de la dignidad de la persona en relación con la defensa de la personalidad, los derechos fundamentales a prestaciones (derechos prestacionales), [que] se traducen en el aseguramiento del mínimo vital a los individuos por parte del Estado.<sup>29</sup>

Los derechos humanos corresponden a la expresión de las necesidades, los valores, intereses y bienes que, por su urgencia e importancia, han sido considerados como básicos y comunes a todos los seres humanos y, consecuentemente, se decide elevarlos al rango de derechos positivos a través de los tratados internacionales y las Constituciones de los distintos Estados.

En coherencia con lo anterior, los Estados que han decidido constitucionalizar determinados derechos, así como adherirse a los instrumentos internacionales que los contienen, deben tener en cuenta que éstos se convierten en el fundamento y en el límite de todos sus actos (leyes, políticas públicas, programas, sentencias, etcétera). Es por ello que se insiste en la idea de que

<sup>28</sup> *Ibidem*, p. 22.

<sup>29</sup> Hernández Martínez, Pilar, *op. cit.*, p. 1044.

los derechos humanos son la columna vertebral del Estado, punto neurálgico para la democracia. Dice Armando Hernández Cruz que la presencia de la “segunda generación de derechos (los económicos y sociales) hace pasar de la democracia formal a la material; del Estado de derecho al Estado social del derecho”; como cierto resulta que la condición prestacional de estos derechos resulta más complicada en su desarrollo progresivo en virtud del costo que representa, a diferencia de los derechos civiles y políticos, en los que el Estado conserva la actitud de no hacer, una postura de omisión<sup>30</sup> como más adelante se señala.

“Los derechos fundamentales, especialmente los derechos de libertad política, son considerados, hoy día, como el centro de la idea democrática concebida como «autodeterminación de los pueblos», [que] representan las garantías constitutivas de una verdadera función democrática”.<sup>31</sup>

En sentido objetivo, los

...derechos fundamentales prestacionales se configuran como directrices constitucionales y reglas de actuación legislativa, de las cuales se desprende la obligación —no accionable, pero sí jurídicamente vinculante— de una determinada puesta en marcha de la actividad estatal para la satisfacción en la medida de las posibilidades físicas (infraestructura) y presupuestales del Estado, respecto de las necesidades de los individuos (educación, salud, vivienda, etcétera).<sup>32</sup>

Como ya ha sido señalado en la doctrina, “...los derechos humanos constituyen el núcleo de un orden internacional justo. Expresan exigencias morales referidas a un bien X y al mismo tiempo a la implementación de las condiciones para acceder a dicho bien”.<sup>33</sup> Al quedar establecidos al interior de un orden jurídico, el Estado adquiere la obligación de generar los mecanismos que les permitan a todos los individuos, y en especial a aquellos que sufren de pobreza, exclusión y marginación, acceder plenamente a sus derechos. En el caso de los derechos de los trabajadores, la regla puede ser

<sup>30</sup> *Los derechos económicos, sociales y culturales y su justiciabilidad en el derecho mexicano*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010, pp. 11 y 12.

<sup>31</sup> *Idem.*

<sup>32</sup> *Idem.*

<sup>33</sup> Kreide, Regina, “Justicia global, pobreza y responsabilidad: ¿tienen obligaciones las empresas transnacionales?”, en Cortés, Francisco y Gusti, Miguel (eds.), *Justicia global, derechos humanos y responsabilidad*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores-Universidad de Antioquia-Pontificia Universidad Católica de Perú, 2007, p. 110, citado por Kurczyn, Patricia y Gutiérrez, Rodrigo, *Estudios orientados a determinar las implicaciones jurídicas de la Ley General de Desarrollo Social en la medición multidimensional de la pobreza en México*, 2009, presentado a Coneval.

aplicable para la confirmación, fortalecimiento y defensa en general de los derechos fundamentales en las relaciones laborales, con mayor razón cuando se trate de trabajo precario. Derechos como son principalmente la libertad y la igualdad que encabezan los demás derechos, tales como el derecho a la justa remuneración, a la estabilidad, a la formación o capacitación, a la seguridad social, etcétera, como prestaciones sociales y económicas que finalmente desembocan en la idea del trabajo decente, que es indisoluble de la dignidad del hombre.

Si bien el cumplimiento de tales prestaciones corresponde al empleador, habrá que tomar en cuenta que los organismos encargados de fijar las remuneraciones mínimas y la participación de utilidades, y los que administran y supervisan derechos de la seguridad social, son mixtos, de composición tripartita, que tienen singular importancia por su participación en el financiamiento de algunas de esas prestaciones o beneficios a través de las cuotas sociales provenientes del Estado, y en algunos sistemas por la aplicación tributaria para los mismos fines.

Además, el Estado tiene el deber de inspeccionar el cumplimiento de las leyes, como las que corresponden a la higiene y seguridad, el pago de cuotas de seguridad social, etcétera, lo cual implica la organización de un aparato administrativo con funciones y responsabilidades.

La distinción básica que se ha hecho entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales reside en la actitud del Estado frente a ellos. En relación con los primeros, también llamados derechos humanos de primera generación, el Estado debe permanecer sin actuar, sin dar y sin prestar, puesto que intervenir de una u otra forma es una injerencia en la vida democrática. En cuanto a los derechos económicos, sociales y culturales, representan a los auténticos derechos prestacionales, y se les identifica por la obligación que asume el Estado para proveer o facilitar su realización. Con esta perspectiva, los derechos sociales se identifican con la obligación del Estado de hacer y proveer derechos básicos.

El Estado no interviene para la realización de los derechos civiles y políticos, lo cual no indica que se mantenga totalmente ajeno, pues finalmente da el soporte y procura el sustento legal para su consecución y sanción, si es el caso. Por ello hay tribunales civiles y electorales.

“Esto significa que es necesario definir con mayor detalle no sólo aquello que el Estado no debe hacer, a fin de evitar violaciones, sino también aquello que debe hacer en orden a lograr la plena realización de los derechos civiles, políticos y también en materia de DESC”.<sup>34</sup> Por tanto, con base

<sup>34</sup> Faur, Eleonor (dir.), *Las políticas para disminución de la pobreza implementadas en la Argentina*

en el enfoque de los derechos sociales, el diseño, implementación, regulación, aplicación y evaluación de los programas y políticas relativas a los derechos humanos y a los principios derivados de los mismos deberán reflejar y respetar el contenido de las normas (nacionales e internacionales) relativas a los derechos humanos y a los principios derivados de los mismos: universalidad, interdependencia, indivisibilidad, igualdad, no discriminación, *pro homine* (mejor llamado *pro personae*), *pro debilis* y participación social, entre otros.

En este sentido, debe expresarse que en el ámbito del derecho internacional, además de las declaraciones, pactos y convenciones en materia de derechos humanos, existe una cantidad importante de instrumentos que han desarrollado el contenido mínimo de cada uno de los derechos que enuncian y, en consecuencia, las obligaciones estatales que se derivan de los mismos. Tal sería el caso de las evaluaciones de los programas o de los reportes de los comités encargados de la supervisión o monitoreo de la aplicación de esas normas (Programa de erradicación del trabajo infantil IPEC, Programa contra la discriminación en contra de la mujer; Comité de Expertos de OIT o Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas), que si bien no provocan sanciones económicas, marcan el prestigio o desprestigio del Estado frente a la comunidad internacional.

## VII. LOS DERECHOS SOCIALES FUNDAMENTALES

Los derechos sociales fundamentales, en los términos de Robert Alexy<sup>35</sup> y en función de la adscripción de los mismos en las Constituciones de acuerdo con el sistema jurídico que los acepta, pueden ser de tres tipos en atención a puntos de vista teórico estructurales que en seguida se mencionan:

- a) Normas que confieren derechos subjetivos o que obligan al Estado sólo objetivamente.
- b) Normas vinculantes o no-vinculantes y, en este sentido, pueden ser enunciados programáticos.
- c) Normas que pueden fundamentar derechos y deberes *definitivos* o *prima facie* (pueden ser principios o reglas).

*entre los años 2002 y 2005. Un análisis de su diseño, implementación y exigibilidad desde la perspectiva de derechos humanos*, Buenos Aires, UNESCO-CELS, 2006. Véase Gargarella, Roberto *et al.* (eds.), *Courts and Social Transformation in New Democracies. An Institutional Voice for the Poor?*, Burlington, Aldershot, 2006, y Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002.

<sup>35</sup> “Los derechos sociales fundamentales”, *Derechos sociales y derechos de las minorías*, México, Porrúa-UNAM, 2000, pp. 70 y 71.

Tanto la condición como la naturaleza de los derechos sociales fundamentales no han sido aceptadas automáticamente. La estructura doctrinal todavía inserta cuestionamientos que la evolución misma de los derechos humanos ha ido venciendo y que con la aceptación del Protocolo de San Salvador y las ratificaciones de la mayor parte de los Estados latinoamericanos, hay un progreso significativo, aun cuando deba analizarse cuál es la categoría otorgada o reconocida por los tratados internacionales y su aplicabilidad respecto de los derechos internos de cada país,<sup>36</sup> además de que se conozca el índice de aplicación o cumplimiento del mismo. La entrada en vigor del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en 1988 es el respaldo más importante que hoy por hoy tienen los derechos sociales fundamentales a nivel internacional, así como los convenios fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo que comprenden derechos específicos sobre condiciones laborales y en general de protección social para los trabajadores.

Una de las razones por las cuales los derechos sociales fundamentales pudieron no ser aceptados indeliberadamente podría obedecer justamente a la observación de Dworkin sobre la limitación a la libertad que infiere, *per se*, la proclamación de los derechos fundamentales sociales, como se dijo antes en la introducción de este trabajo. Tal podría ser el caso de la negativa de varios Estados para ratificar convenios como el 98 de OIT sobre Libertad Sindical y Derecho a la Negociación Colectiva (México entre ellos), o de la menor importancia que países como Estados Unidos y Canadá otorgan a los convenios de ese organismo.

Habría que incursionar detalladamente en el planteamiento que formula Alexy<sup>37</sup> sobre los criterios de la contradicción de las libertades y valdría la pena hacerlo con referencia a las relaciones laborales. Por la importancia del tema y por tratarse de situaciones hasta cierto punto novedosas, es casi obligado aludir a las referencias del autor que además, por su conocimiento en el arte de la argumentación, hace más complejo confrontar sus ideas —si tal fuera el caso— o convencerse de las mismas. Alexy da varios ejemplos sobre el vínculo entre el derecho y el deber de trabajar. Así, por ejemplo, se dice que un derecho al trabajo implica un deber de trabajar,<sup>38</sup> aseveración con la que asentimos.

<sup>36</sup> En el caso del derecho mexicano, producto de la contradicción de tesis 293/2011, se definió expresamente que “cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional”. En otras circunstancias opera el principio *pro persona*.

<sup>37</sup> Alexy, *op. cit.*, pp. 78 y 79.

<sup>38</sup> Isensee, J., “Verfassung ohne soziale Grundrechte”, citado por Alexy, *op. cit.*, p. 79.

Se trata del binomio derecho-deber que puede encontrarse en leyes fundamentales, como es el caso de la Constitución mexicana, que señala en el artículo 123 que *el trabajo es un derecho y es un deber social*. Sin embargo, quien no trabaje no pierde sus derechos ciudadanos ni los de su protección ni las libertades de tránsito o de asociación; nada importarían las razones de no trabajar, ya que el sujeto ejerce su derecho a no trabajar como la propia Constitución le garantiza en el artículo 5o., referido a la libertad de trabajo. No trabajar no representa la imposición de sanción alguna. El vagabundo, como otrora ocurriera, no es un delincuente y no se persigue por la ley como ocurría en los tiempos de la colonia española, en que los vagos eran reclutados para trabajar forzosamente en las minas. Las sanciones corresponderían a otras formas sociales y la posible afectación en la satisfacción de sus necesidades.

Desde otro punto de vista, si se impusiera la obligación de trabajar, como deber social —mas no como trabajo forzoso—, el Estado asumiría la obligación de proveer un trabajo a cada habitante en edad de trabajar; *ergo*, el ciudadano sin trabajo podría demandar el pago de un seguro de desempleo o el monto salarial que le correspondería en relación con un empleo de acuerdo a sus capacidades. Este tema requiere otras reflexiones en cuanto a la obligación del Estado para crear sistemas productivos y generar la distribución de la riqueza con equidad, como se dispone en el artículo 25 constitucional en relación con el desarrollo social de la nación, y desde luego la creación de un seguro de desempleo, el cual no es para ofertarse a quien no desee trabajar sino a quien busca un empleo y no lo consigue, circunstancias que todavía deben delimitarse, ya que no se trata de beneficiar indiscriminadamente.

## VIII. LOS DERECHOS SOCIALES EN EL TRABAJO

La teoría de los derechos humanos desarrolla en el siglo XX la concepción moderna que lleva a implantar sistemas de defensa en contra del poder público y del Estado mismo. Es entonces cuando surgen instituciones que reciben hasta la fecha denominaciones variadas, como es la del *ombudsman*, la más desarrollada o la primera que se instala en los países escandinavos, o la defensoría del pueblo en España, o la de la defensa de los derechos [universitarios] como se estableció en la UNAM y otras más que tienen en común perseguir y alcanzar los mismos fines para proteger a los individuos de los actos arbitrarios que pudieran cometerse por el poder público. En su origen no se concibieron clasificaciones como derechos humanos individuales o sociales o en civiles, políticos o de generaciones.

Las clasificaciones han surgido, como antes se dijo, por las necesidades que se desarrollan en los ciclos de la sociedad. Por ello es que antes de que se concibieran los derechos humanos como sociales y de que éstos se hubieran conceptualizado, se había iniciado la construcción doctrinal de los derechos colectivos o de los derechos sociales como nociones referentes a grupos integrados por trabajadores o miembros de un grupo o colectividad. El ejemplo se tiene con el constitucionalismo social iniciado en 1917 con la carta magna mexicana y la regulación de las que hasta entonces se concibieron como garantías sociales, constituidas entonces como derechos agrarios y derechos laborales —que incluían los de seguridad social— en reivindicación con las clases campesina y obrera, las más oprimidas. Con estos presupuestos jurídico-sociales se presentó ese nuevo escenario que fue construyéndose y reconstruyéndose durante el siglo XX y que en el intermedio se dio la fuerza de la defensa de los derechos humanos con perspectivas individuales y sociales.

El constitucionalismo social que después se introdujo en los sistemas legales de otros países dio materia para que los llamados derechos sociales se refirieran a los derechos de los trabajadores en su condición de grupo; se armaron jurídicamente los derechos colectivos que, como se sabe, forman hasta ahora una trípode para fortalecer la condición de la clase trabajadora frente a los intereses empresariales o patronales. De cierta manera puede pensarse que así como el derecho del trabajo se apropió en un principio del título de *derecho social* en una especie de confusión del todo con una parte, los derechos colectivos del trabajo adoptaron el nombre de derechos sociales. Con el desarrollo de la doctrina, y aun con la práctica de la defensa de los derechos humanos en general, debieron distinguirse los derechos humanos con distintas clasificaciones, entre las cuales está la de derechos sociales.

#### IX. EL VALOR DE LOS DERECHOS HUMANOS AL INTERIOR DE LOS SISTEMAS JURÍDICOS INTERNOS

La evolución sociopolítica en la modernización de las teorías constitucionalistas tiene evidencia a partir de incorporar la protección jurídica de los derechos en la parte dogmática de las Constituciones y, en consecuencia, en el sistema jurídico. Lo anterior hasta el punto de que múltiples autores afirman que los derechos constituyen la *sustancia* constitucional y por tanto son los criterios fundamentales para determinar la validez de todas las normas secundarias.<sup>39</sup> Como lo expone Ferrajoli, “el constitucionalismo, que

<sup>39</sup> Salazar, Pedro y Vásquez, Paula, “La reforma al artículo 6°...”, *op. cit.*, pp. 50 y 51.

resulta de la positivización de los derechos fundamentales como límites y vínculos sustanciales a la legislación positiva, corresponde a una segunda revolución de la naturaleza del derecho que se manifiesta en una modificación interna del paradigma positivista clásico”.<sup>40</sup>

Bajo este nuevo paradigma constitucional, los derechos fundamentales se han convertido en los vínculos sustanciales más importantes de la legislación secundaria. Como se ha señalado, hoy los derechos humanos son considerados como el conjunto de normas y principios obligatorios que deben operar como la guía principal de las instituciones estatales, ya sea para la creación de leyes, el dictado de sentencias o el diseño de políticas públicas y programas de gobierno.

## X. LA JERARQUÍA DE LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES SOBRE LOS DERECHOS HUMANOS

Por lo que toca a la jerarquía de los tratados internacionales como normas vinculantes para las instituciones del Estado hay diferencias, pues mientras en algunos casos se conforma un derecho comunitario como la Unión Europea, en otros se conserva la celosa condición de supremacía del derecho interno. México por fin abrió el sistema jurídico a la incorporación de los tratados internacionales ratificados por el Estado mexicano,<sup>41</sup> con prevalencia en los derechos humanos, situación que todavía está en la agenda del foro jurídico con opiniones contrarias, a diferencia de otros países latinoamericanos, que han optado por dar relevancia a los tratados internacionales ratificados, sin someterse a derecho comunitario y sin perder soberanía.

Pero debe decirse que en el caso particular de México la resistencia a este cambio en el orden jurídico cedió finalmente al acceder en la incorporación de la normatividad internacional de los derechos humanos como parte del derecho interno. En 1994 la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) había modificado su criterio de interpretación del artículo 133 constitucional, relativo a la jerarquía de las normas,<sup>42</sup> y estableció que los

<sup>40</sup> Ferrajoli, Luigi, *Diritti fondamentali*, Roma, Laterza, 2001, pp. 33 y 34.

<sup>41</sup> *Diario Oficial de la Federación* del 10 de junio de 2011.

<sup>42</sup> Ello al resolver un amparo promovido por el Sindicato Nacional de Controladores Aéreos (amparo 1475/98). De esta resolución deriva la tesis 192,867 cuyo rubro es “TRATADOS INTERNACIONALES. SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES FEDERALES Y EN UN SEGUNDO PLANO RESPECTO DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL”. Véase tesis P. LXXVII/99, Novena Época, Pleno, *Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta*, noviembre de 1999, t. X, p. 46. El criterio anterior ha sido reforzado en fecha reciente, véase “SU-

tratados internacionales se encontraban por debajo de la Constitución pero por encima de todas las leyes promulgadas por el Poder Legislativo (leyes generales, federales, orgánicas).<sup>43</sup>

Este criterio se ratificó y se reforzó en 2007 con otra resolución de la Suprema Corte de Justicia en la que determina la regla de interpretación armonizada con los principios del derecho internacional, así como con las normas y premisas fundamentales de esa rama del derecho. La última resolución de la SCJN sostenía la primacía constitucional y colocaba a los tratados internacionales debajo de la Constitución federal pero por encima de las leyes generales, federales y locales. Habrá que considerar que de conformidad con lo dispuesto en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y conforme al principio fundamental de derecho internacional consuetudinario *pacta sunt servanda*, México, en este caso, contrae libremente obligaciones frente a la comunidad internacional que no pueden ser desconocidas invocando normas de derecho interno y cuyo incumplimiento supone, por lo más, una responsabilidad de carácter internacional.<sup>44</sup> Como lo ha destacado Dulitzky: “En materia de derechos humanos, ya superada la clásica distinción entre derecho internacional y derecho interno, ambos interactúan, auxiliándose mutuamente en el proceso de tutela de las libertades fundamentales”.<sup>45</sup>

El 10 de junio de 2011 se publicó en el *Diario Oficial* una de las más importantes y trascendentes reformas a la Constitución mexicana. La modificación incorporó los derechos humanos al texto del primer capítulo, lo que dio un giro significativo no sólo a la letra constitucional sino al orden jurídico mexicano. Aún después de este avance, la polémica sobre la primacía constitucional se mantiene vigente entre algunos constitucionalistas. Se cuestiona también el significado de admitir el predominio de instrumentos internacionales en materia de derechos humanos y las implicaciones en su soberanía, así como en el control de la convencionalidad.

La discusión se basa en algunos criterios; por una parte está el tema relevante de la interpretación de los tratados internacionales de derechos

PREMACÍA CONSTITUCIONAL Y LEY SUPREMA DE LA UNIÓN. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL”, tesis aislada PVIII/2007, Novena Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXV*, abril de 2007, p. 6.

<sup>43</sup> El criterio anterior establecido por la Corte era que los tratados internacionales y las leyes tenían el mismo rango jerárquico.

<sup>44</sup> Tesis P. IX/2007, *Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 20 de mayo de 2007, t. XXV.

<sup>45</sup> Dulitzky, Ariel, “La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales: un estudio comparado”, en Abregú, Martín y Courtis, Christian, *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, CELS, 2004, p. 34.

humanos con características que los distinguen de otros tratados internacionales, como son los económicos y comerciales, cuyo objetivo principal es establecer acuerdos para el intercambio de beneficios, basado en el principio de equilibrio y acuerdo entre las partes, hasta el punto de que cuando se denuncia el incumplimiento o desequilibrio entre ellas, es posible anular el tratado. En cambio, los pactos y convenciones de derechos humanos tienen naturaleza distinta. Así, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que: "...los tratados concernientes a esta materia están orientados, más que a establecer un equilibrio entre Estados, a garantizar el goce de los derechos y libertades del ser humano".<sup>46</sup>

El objetivo principal de estos tratados es construir un orden común basado en la dignidad humana y en el establecimiento de criterios que permitan universalizar niveles de vida adecuados, por lo que tampoco se sujetan a cumplimientos parciales. Una vez que un Estado decide firmarlos y ratificarlos de acuerdo con las normas del derecho interno, se incorporan al derecho positivo, como ocurre en el caso mexicano de conformidad con el artículo 133 constitucional. Ratificados dichos instrumentos, las instituciones quedan obligadas a cumplirlas en virtud del principio *pacta sunt servanda*.<sup>47</sup>

Es importante señalar la condición jurídica y el rango que tienen los tratados de derechos humanos en cada sistema jurídico nacional para concebir su obligatoriedad y la de importantes pactos y convenios internacionales, como el Protocolo de San Salvador sobre los Derechos Económicos Sociales y Culturales, la Convención de los Derechos del Niño, la CEDAW y los convenios de la OIT, entre los que destacan los ocho fundamentales sobre la libertad de trabajo (29 y 105), igualdad en el trabajo (100 y 111), protección al trabajo de los niños (138 y 182) y libertad sindical (87 y 98), y algunos otros como el 102 sobre normas mínimas de seguridad social que, sin formar parte de los convenios fundamentales, tiene gran preponderancia.

## XI. LOS DERECHOS SOCIALES COMO DERECHOS PRESTACIONALES

No es necesario abundar en la naturaleza de los derechos sociales cuya realización requiere condiciones propias de la organización política o estatal; sin embargo, la polémica que se alza respecto de los derechos laborales

<sup>46</sup> CIDH, Opinión Consultiva OC- 1/81, "Otros Tratados", Serie A, Núm. 1, para. 24, citado por Dulitzky, Ariel, "La aplicación...", *op. cit.*, p. 36.

<sup>47</sup> México ratificó el 25 de septiembre de 1974 la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, cuyos artículos 26 y 27 cristalizan el principio *pacta sunt servanda* y su corolario.

como derechos prestacionales se ubica en altos niveles de filosofía, en los cuales no se pretende incursionar toda vez que la finalidad de este trabajo se dirige a la defensa de los derechos laborales, con una inclinación definitiva a la defensa del derecho al trabajo o al empleo y las instituciones que de ello derivan, tales como el derecho al salario, el derecho a la formación, a la seguridad y protección social, incluidos los derechos a la salud y a la vivienda y, por supuesto, los relativos a la libertad y a la igualdad.

En este mismo tenor está que los derechos prestacionales, que en el ámbito laboral y de la seguridad social requieren consideraciones de excepción. Por una parte no puede negarse su condición de derechos sociales fundamentales y, como tales, su inclusión en las Constituciones, con lo cual se formaliza el constitucionalismo social ya con tradición casi centenaria por lo que respecta a México.

La excepción consistiría en admitir observaciones como las que hace el autor mexicano Federico Arcos Ramírez<sup>48</sup> que conviene atender y analizar, y las que presenta de manera más accesible uno de los autores que el mismo Arcos cita, Luis Prieto Sanchís cuando se refiere a derechos sociales que carecen en su opinión de contenido prestacional, como el derecho a la huelga o la libertad sindical, salvo, dice para terminar esa frase, "...que interpretemos que la tutela pública de estas libertades es ya una prestación..."<sup>49</sup>, con lo cual puede aclararse que, en efecto, al hablar de lo prestacional no significa que el Estado deba otorgar beneficios de orden económico, sino que su tarea es de hacer, de dar o proveer, que en el caso particular del ejercicio del derecho de huelga debe atender a través de las autoridades y procedimientos que correspondan, condicionar su lícito ejercicio y velar para que se dicten resoluciones justas. Con estos presupuestos legales se impide obstaculizar el derecho de huelga, como ocurre en innumerables asuntos que actualmente se pueden documentar.<sup>50</sup>

Por otra parte, el derecho a la sindicalización implica prestaciones no económicas que pertenecen al orden administrativo y que reflejan la voluntad estatal de respeto al derecho fundamental a la asociación; y en esa dirección hay otros tantos casos que permiten reflexionar sobre prestaciones por proveer a través de actos administrativos.

<sup>48</sup> Arcos Ramírez, Federico, "La naturaleza del derecho al trabajo como derecho social fundamental", *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 3-2000, disponible en <http://www.uv.es/CEFD/3/arcos.htm>.

<sup>49</sup> Prieto Sanchís, *op. cit.*, p. 23.

<sup>50</sup> Y que para muestra estarían los bochornosos casos de los mineros y de los electricistas en México.

Vale la pena recurrir a los argumentos del mismo autor cuando se refiere al sentido estricto de derechos prestacionales, que hace respecto a bienes o servicios económicos evaluables:

...subsidios de paro, de enfermedad o vejez, sanidad, educación, vivienda, etcétera; pues, de otro modo, si se incluyera también la defensa jurídica o la protección administrativa, todos los derechos fundamentales merecerían llamarse prestacionales, dado que todos ellos exigen en mayor o menor medida una organización estatal que permita su ejercicio o que los defienda frente a intromisiones ilegítimas...<sup>51</sup>

En relación con los supuestos que se afirman en los párrafos precedentes, se suscita el debate en el sentido de que lo prestacional no necesariamente debe considerarse evaluable en sentido económico; en tal caso se haría referencia a los derechos económicos cuando aparecen sólo en el tema de lo social, pues hay, en efecto, derechos como el de la vivienda que son valubles económicamente, frente a otros derechos que se refieren a la mera protección jurídica en su ejercicio y que, en todo caso, no es el Estado el obligado a resarcir las violaciones y sus daños pecuniariamente, sino el obligado a exigir de los responsables el cumplimiento de dichas obligaciones cuando existan las resoluciones jurisdiccionales correspondientes; se podría pensar en la defensa horizontal de estos derechos.

En todo caso habría que apuntar que el mismo autor Prieto Sanchís, cuando se refiere a la titularidad de los derechos sociales —económicos y culturales— señala al trabajador, al joven, al anciano, etcétera, lo que puede ser el indicador de que al aceptar la figura concreta del receptor en concreto, a diferencia del hombre abstracto, titular de los derechos civiles o políticos; con lo cual se admite frente al Estado que puede haber una exigencia vía indemnización cuando no cumpla con sus obligaciones de velar por la defensa de los derechos humanos y no cumpla con la justiciabilidad, como falta de sus órganos públicos.

Lo anterior se puede apoyar en otro sentido cuando se dictan resoluciones de las comisiones de derechos humanos o de los órganos encargados de su defensa que dictaminan el resarcimiento del daño causado a la víctima por la violación de sus derechos o a sus familiares con derecho a recibir el pago de una indemnización.

<sup>51</sup> El autor cita a Gomes Canotilho, J. J., “Tomemos en serio los derechos económicos, sociales y culturales”, trad. de E. Calderón y A. Elvira, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 1, 1998, p. 247, obra que no fue posible consultar directamente.

Lamentablemente en México tales resoluciones no son vinculantes y el derecho positivo mexicano excluye de la competencia de las comisiones mencionadas, la defensa de los derechos laborales.

## XII. REFLEXIONES

Los derechos laborales forman parte de la casta de derechos sociales y en su carácter de fundamentales sí pueden entenderse como prestacionales; conforme a los cánones de la doctrina y el derecho mexicano, por sus fuentes y con base en el derecho positivo interno e internacional, los derechos laborales responden a prestaciones que pueden tener o no un valor económico o pecuniario (la libertad sindical, por ejemplo, no implica que el Estado otorgue prestaciones de orden económico).

La defensa de los derechos sociales fundamentales se sostiene tanto en los tratados internacionales generales de derechos humanos como en los específicos, con una especial consideración en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o que sean estrictamente laborales como los adoptados por la OIT —especialmente los convenios fundamentales, sin excluir otros—, o bien los referidos a otra temática con inclusiones alusivas a los derechos laborales, tal cual sería el caso de la CEDAW en defensa de la igualdad laboral de las mujeres, con énfasis en el embarazo y la maternidad como factores de discriminación, así como la Convención de los Derechos del Niño en cuanto a su protección laboral.

La defensa debe sustentarse en distintos procedimientos, jurisdiccionales y no jurisdiccionales, pero en ambos casos es importantísimo que dicha defensa se fortalezca a nivel interno y se amplíe a nivel internacional con la intervención de organismos internacionales, como es el caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a cuya jurisdicción deben someterse por igual los países de América.

A nivel interno es necesario promover una revisión de los sistemas jurídicos, tal sería el caso de México, para dar competencia a las comisiones de derechos humanos para conocer de las violaciones a los derechos fundamentales del trabajo, así como para implementar las resoluciones vinculantes que emitan dichos organismos.

En cuanto a la defensa jurisdiccional, es urgente modificar los esquemas procedimentales para agilizar la justicia laboral y de seguridad social que carece de agilidad y eficacia en el cumplimiento de sus resoluciones, con lo cual no puede hablarse de justicia.

Existen otros medios de defensa propios del área laboral, que son característicos del diálogo social ampliado, como el que ha inspirado a la OIT por más de noventa años y que puede ser de enorme utilidad, como lo ha demostrado el mismo organismo. Su aplicación sería redituable, social y económicamente, si se incluyeran las cláusulas sociales en los tratados comerciales y si se intensificara y ampliara la construcción de los acuerdos marco internacionales.

También debe insistirse enfáticamente en la importante proyección que debe darse al PIDESC, no sólo con su ratificación sino haciéndolo un auténtico y eficiente instrumento para atender los retos de la globalización, cuya trascendencia recorre los distintos puntos del mundo con motivo de la instantánea y eficiente comunicación y su afectación a los novedosos factores de comercialización, sin que se pueda negar la intervención de los intereses políticos y económicos nacionales o transnacionales, en ocasiones correspondientes a importantes consorcios empresariales cuya influencia llega a modificar los patrones económicos, sociales y culturales de los pueblos en general. Ello es un motivo más que hace urgente encauzar los cambios para evitar la erosión de la vida digna y del trabajo decente de millones de individuos en distintas partes del globo.

Hace falta dirigir enfáticamente la mirada al sector de los trabajadores, que conforman la mayor parte de la población mundial, entre asalariados y no asalariados, entre trabajadores del sector formal y del informal —éste con un incremento desproporcionado por el incumplimiento a las normas para evadir responsabilidades—. Hoy en día no sólo es exigencia la ampliación de las plataformas de protección social con estrategias distintas a las tradicionales, sino la de vigilar su cumplimiento sin tregua alguna y la de tender las políticas hacia la armonización social, y uno de los presupuestos para ello es el de implantar igualdad de condiciones de trabajo. Es comprensible que para ello uno de los instrumentos más importantes y útiles es la normatividad internacional, como el ya citado Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, así como los convenios específicos de la OIT. Instrumentación que implica la urgencia del diálogo social ampliado a su máxima expresión.

El diálogo social ampliado a su máxima expresión significa mantener comunicación entre los organismos sociales: OCDE, OMC, BM, FMI, OMS y OIT. Este diálogo en que se incluyan las voces de los sectores más representativos de los sectores de la producción puede constituir el mejor trayecto para lograr la cohesión social contemporánea que tanto urge. Son los derechos humanos, su respeto y cumplimiento, precisamente, los que facilitarían esa transición.

## PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS PERSONAS MAYORES

María Ascensión MORALES RAMÍREZ\*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Agenda internacional sobre el envejecimiento*. III. *Protección de las personas mayores*. IV. *Seguimiento del Plan Internacional de Madrid*. V. *Hacia una Convención*. VI. *Contenido de la Convención*. VII. *Conclusiones*. VIII. *Bibliografía*.

### I. INTRODUCCIÓN

La población del mundo está envejeciendo a un ritmo sin precedentes. Para 2050 habrá dos mil millones de personas mayores en todo el planeta. El 65% de ellas se ubica en países en desarrollo.<sup>1</sup>

De acuerdo con los datos de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe, las personas adultas mayores representan el 8.2% del total de la población en Latinoamérica y se espera que crezca a un 24% para el año 2050. Es decir, se pasaría de una población de 43 millones de adultos mayores a 183.7 millones. Asimismo, las mujeres mayores continúan superando en número a los hombres, de tal suerte que la brecha entre los géneros se amplía con la edad.<sup>2</sup>

El envejecimiento poblacional es el resultado de una profunda transformación socioeconómica que plantea nuevos desafíos en la economía, el tratamiento de las necesidades específicas de la población adulta mayor, el replanteamiento de las políticas públicas y la planeación del futuro, que reflejen este cambio en la estructura poblacional.

\* Profesora titular de carrera en la Facultad de Derecho de la UNAM.

<sup>1</sup> ONU, *World Population Ageing*, Nueva York, 2009 (ESA/P/WP/212).

<sup>2</sup> CEPAL y CELADE, *El envejecimiento y las personas de edad. Indicadores sociodemográficos para América Latina y el Caribe*, Santiago, 2009, pp. 13 y 14; CEPAL, *Los derechos de las personas mayores*, 2011, p. 7.

En ese contexto, la comunidad internacional ha abordado el desafío que trae aparejado el envejecimiento y, para ello, ha realizado esfuerzos a fin de otorgar visibilidad a la situación de este sector con miras a avanzar hacia la protección y promoción de sus derechos humanos.

Así, el objetivo del trabajo se centra en identificar el posicionamiento y consolidación de los derechos humanos de las personas mayores, a tres décadas de iniciativas mundiales. Para ello se presenta, en primer lugar, una reseña evolutiva de las acciones internacionales y regionales más importantes sobre el envejecimiento; segundo, se analiza la contribución efectuada por algunos mecanismos y organismos del sistema normativo internacional al protagonismo creciente adquirido por las personas mayores en la agenda de los derechos humanos y, tercero, se revisa el Plan de Acción Internacional de Madrid con el propósito de identificar si las actividades hasta ahora emprendidas han supuesto una línea de progreso en el reconocimiento de los derechos de este sector en el marco normativo internacional. Posteriormente se exponen los argumentos a favor de la creación de una convención y su contenido mínimo; para concluir, se identifican los desafíos.

## II. AGENDA INTERNACIONAL SOBRE EL ENVEJECIMIENTO

Desde hace tres décadas, el envejecimiento mundial y la situación específica de las personas mayores han sido objeto de atención y preocupación por parte de la comunidad internacional, y a tal efecto se han emprendido diversas iniciativas que marcan la incorporación de una perspectiva de derechos humanos<sup>3</sup> respecto de este grupo de la sociedad.

La referencia precursora<sup>4</sup> fue el Plan de Acción Internacional sobre el Envejecimiento, aprobado en la Primera Asamblea Mundial en Viena en

<sup>3</sup> El doctor Jorge Carpizo define los derechos humanos como el conjunto de atribuciones reconocidas en los instrumentos internacionales y en las Constituciones para hacer efectiva la idea de la dignidad de todas las personas y, en consecuencia, que puedan conducir una existencia realmente humana desde los ámbitos más diversos, los que se imbrican, como el individual, el social, el político, el económico y el cultural. “Los derechos humanos: naturaleza, denominación y características”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, núm. 25, 2011, p. 13.

<sup>4</sup> En los instrumentos internacionales, las primeras referencias a las personas mayores han sido en forma indirecta y se limitan a la protección y a un nivel de vida adecuado. La Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, en su artículo 25, reconoció el derecho a las prestaciones sociales en la vejez; el Convenio 102, Norma Mínima de Seguridad Social, estableció como una de las ramas, la prestación de vejez; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 plasmó en el artículo 9o. el derecho de toda persona a la seguridad social; el Convenio 128 de la OIT sobre prestaciones de invali-

1982.<sup>5</sup> En dicha Asamblea se consideró a las personas mayores como un grupo de población diverso y activo con aptitudes diferentes y, en ocasiones, con necesidades especiales. Se recomendaron medidas en materia de empleo, seguridad económica, salud y nutrición, vivienda, educación y bienestar social.

En 1991 se adoptaron los Principios de las Naciones Unidas en favor de las Personas de Edad, con los cuales se establecieron normas universales en cinco ámbitos principales: independencia, participación, atención, realización personal y dignidad.<sup>6</sup>

En 1992, con motivo del décimo aniversario de la Primera Asamblea Mundial sobre el Envejecimiento, se aprobó la Proclamación sobre el Envejecimiento, con una orientación general para seguir aplicando el Plan de Acción Internacional de Viena y la necesidad de formular una estrategia para el decenio 1992-2001.<sup>7</sup>

En 1999 se proclamó el “Año Internacional de las Personas de Edad”, en reconocimiento de la llegada de la humanidad a su madurez demográfica y de la promesa de modificar las actitudes y las capacidades en la esfera social, económica, cultural y espiritual, en particular para el logro de la paz mundial.<sup>8</sup>

En 2002, en Madrid, se celebró la Segunda Asamblea Mundial sobre el Envejecimiento. En ella se orientó a la formulación de una política internacional para responder a las oportunidades y retos planteados por el envejecimiento de la población en el siglo XXI, así como promover el desarrollo de la sociedad para todas las edades. En dicha Asamblea se aprobó la Declaración Política y un nuevo Plan de Acción Internacional, mediante los cuales los gobiernos se comprometieron a adoptar medidas en todos los niveles y en tres esferas prioritarias: *a)* las personas de edad y el desarrollo; *b)* la promoción de la salud y el bienestar en la vejez, y *c)* el logro de entornos propicios y favorables. Igualmente, el Plan identificó los problemas esenciales en la participación de las personas mayores: factores excluyentes y discriminatorios.<sup>9</sup>

dez, vejez y sobrevivencia de 1967; la Recomendación 162 de la OIT sobre los trabajadores de edad, adoptada en 1980.

<sup>5</sup> Celebrada del 26 de julio al 6 de agosto de 1982.

<sup>6</sup> Se aprobaron en la Resolución 46/91 de la Asamblea General de la ONU, el 16 de diciembre de 1991.

<sup>7</sup> Aprobada en la resolución 47/5 de la Asamblea General de la ONU, el 16 de octubre de 1992.

<sup>8</sup> También se adoptó con base en la Resolución 47/5.

<sup>9</sup> ONU, *Informe de la Segunda Asamblea Mundial sobre el Envejecimiento*, Nueva York, 2002.

En el documento se reconoció como uno de los mayores logros de la humanidad el aumento de la esperanza de vida en muchas regiones del mundo, lo que dio lugar a una transformación demográfica sin precedentes, pero a la vez planteó el reto de incrementar las oportunidades de las personas, en particular las de mayor edad, para aprovechar al máximo sus capacidades en todos los aspectos de la vida.

Por su parte, las comisiones regionales de las Naciones Unidas han adoptado la Estrategia de Implementación Regional del Plan de Acción Internacional de Madrid.

Dentro de la Comisión Económica de las Naciones Unidas para Europa (CEPE), en el marco de las conferencias ministeriales europeas sobre el envejecimiento, se han aceptado dos declaraciones. La primera, la Declaración Ministerial de Berlín “Una sociedad para todas las edades en la región”, en 2002, en la cual los Estados miembros se comprometieron a asegurar a las personas adultas mayores: el pleno disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales, así como los derechos civiles y políticos; eliminar toda forma de violencia, abuso, abandono y discriminación; asegurar la igualdad de acceso a una atención sanitaria y social de calidad, aumentar el reconocimiento de la dignidad e independencia, y desarrollar la perspectiva transversal de género en todas las políticas de envejecimiento.<sup>10</sup>

La segunda, la Declaración Ministerial de León (España) “Una sociedad para todas las edades: retos y oportunidades”, en 2007, además de reiterar los compromisos de la primera declaración, agregó: fomentar una imagen positiva de las personas de edad con miras a la cohesión social; impulsar una vejez activa a través de la educación permanente y el acceso a tecnologías modernas de información y las comunicaciones, así como el voluntariado y la acción cívica; ajustar los sistemas de protección social a fin de evitar la pobreza y la exclusión social y mejorar la calidad de vida a todas las edades.<sup>11</sup>

En América se han celebrado tres conferencias regionales intergubernamentales sobre el envejecimiento en América Latina y el Caribe.<sup>12</sup> La

<sup>10</sup> Comisión Económica de las Naciones Unidas para Europa (CEPE), *Declaración Ministerial de Berlín “Una sociedad para todas las edades en la región”*, ECE/AC.23/2002/3/Rev.2, del 11 de septiembre de 2002.

<sup>11</sup> CEPE, *Declaración Ministerial de León (España) “Una sociedad para todas las edades: retos y oportunidades”*, ECE/AC.30/2007/2, del 28 de enero de 2007.

<sup>12</sup> La región se encuentra en plena transición demográfica y, como consecuencia, durante las próximas décadas se producirá un cambio en la composición etaria de la población. El envejecimiento planteará una ecuación entre la población activa y la dependiente, lo que requerirá de altos niveles de productividad para generar los recursos necesarios para cubrir requerimientos en salud y seguridad social en las edades más vulnerables.

primera en Santiago de Chile en 2003, en la cual se adoptó la Estrategia Regional de Implementación del Plan de Acción Internacional de Madrid.

La segunda Conferencia fue en Brasil en 2007, en ella se adoptó la Declaración de Brasilia: Hacia una Sociedad para todas las Edades y de Protección Social basada en Derechos.<sup>13</sup> En dicha conferencia se acordó: *a)* la promoción y protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales de todas las personas de edad avanzada; *b)* eliminar la discriminación y violencia; *c)* crear redes de protección de los adultos mayores para hacer efectivos sus derechos, y *d)* la elaboración de una Convención Interamericana.

Los países se comprometieron a ampliar la cobertura de las pensiones contributivas y no contributivas; incorporar mayor solidaridad a los esquemas de protección social; reconocer e impulsar el acceso igualitario a los servicios de salud integrales, oportunos y de calidad de acuerdo con las políticas públicas de cada país; fomentar el acceso a los medicamentos básicos de uso continuo para las personas de edad; promover el trabajo digno (conforme a los criterios de la Organización Internacional del Trabajo); gestionar y destinar apoyos crediticios, capacitación y programas de comercialización que promuevan una vejez digna y productiva.

A fin de dar seguimiento a esta Declaración, se celebraron tres reuniones regionales: una en Río de Janeiro en 2008; la segunda en Buenos Aires en 2009, y la tercera en Santiago de Chile en octubre de 2009.<sup>14</sup> En esta última se solicitó a la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) la elaboración de una propuesta de estrategia sobre cómo avanzar en el seguimiento de los artículos 24 y 25 de la Declaración de Brasilia, los cuales se refieren a tomar en cuenta a las personas de edad y designar a un relator especial encargado de velar por la promoción y protección de los derechos humanos de este grupo.

La tercera conferencia se llevó a cabo en San José de Costa Rica en 2012,<sup>15</sup> en donde se aprobó la “Carta de San José”, en la cual por primera vez se incluyeron las aportaciones de la sociedad civil. Dicha conferencia

<sup>13</sup> La CEPAL ratificó esta Declaración mediante su Resolución 644 (XXXII) de 2008.

<sup>14</sup> En la conferencia se invitó a los países a fortalecer las instituciones públicas que permitan abordar cabalmente las implicaciones del proceso de envejecimiento de la población; la autonomía de las personas mayores y una imagen real de la vejez que considere su heterogeneidad; integrar los sistemas médicos y sociales para adoptar medidas específicas; reforzar las acciones de formación y capacitación geriátrica y gerontológica desde una pedagogía de acción y desarrollar metodologías de trabajo con y para los mayores; generar conocimiento y propiciar la participación activa de los adultos mayores.

<sup>15</sup> En preparación a dicha conferencia, en marzo de 2012 se realizó en México el Foro Internacional sobre los Derechos de las Personas Mayores.

tuvo como ejes del debate: igualdad, solidaridad y derechos. También se señalaron acciones en los ámbitos legislativos, administrativos, programáticos e institucionales; asimismo, se identificaron y analizaron buenas prácticas desde la perspectiva de los derechos de las personas mayores, así como acciones para reforzar la protección de éstas en los próximos años.

El Parlamento Europeo designó al 2012 como el “Año Europeo del Envejecimiento Activo y la Solidaridad entre Generaciones”, con el objetivo de aumentar la conciencia pública sobre los desafíos de este proceso en la población y la importancia de mantenerse activos en la vejez.<sup>16</sup>

Los diversos instrumentos y estrategias emprendidas hasta el momento dan cuenta de la pretensión de formular una política pública específica para las personas adultas mayores desde la perspectiva de los derechos humanos<sup>17</sup> y la necesidad de establecer medidas adicionales, incluida la creación de una convención.

### III. PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS MAYORES

La comprensión y creación de normas específicas para atender las particularidades de las personas mayores han seguido diversos caminos: uno a través de la interpretación progresiva de los derechos humanos; el otro mediante la conformación de grupos de trabajo en materia de envejecimiento, tanto en el ámbito internacional como en el regional, con el objetivo de encarar los múltiples desafíos enfrentados por este sector de la sociedad

#### 1. Interpretación progresiva de los derechos humanos

Diversos órganos encargados de la supervisión de las convenciones, así como comités y resoluciones de organismos internacionales, han realizado una interpretación progresiva de los derechos humanos para colaborar en la línea de progreso en el reconocimiento de los derechos de las personas mayores en el marco normativo internacional.<sup>18</sup>

<sup>16</sup> CEPAL, “Envejecimiento y desarrollo en América Latina y el Caribe”, *Boletín* 9, 2011.

<sup>17</sup> El doctor Carpizo señala que el fundamento de los derechos humanos se encuentra en la noción de la dignidad humana y ésta carecería de sentido sin la existencia de aquéllos, porque forman una unidad indestructible. Define a la primera como el reconocimiento de que la persona es algo especial y extraordinario; debido a su racionalidad y a todo lo que ello implica, hay que protegerla y defenderla. *Cfr.* Carpizo, Jorge, “Los derechos humanos: naturaleza...”, *op. cit.*, p. 8.

<sup>18</sup> *Cfr.* Rodríguez-Piñero Royo, Luis, *Los desafíos de la protección internacional de los derechos*

### A. *Comité de Derechos Económicos y Culturales*

Este Comité ha contribuido a través de algunas de sus observaciones generales:

- a) Observación 6 de 1995, sobre los derechos económicos, sociales y culturales de las personas de edad.<sup>19</sup>
- b) Observación 7 de 1997, sobre los desalojos forzosos.<sup>20</sup>
- c) Observación 13 de 1999, sobre educación.<sup>21</sup>
- d) Observación 14 de 2000, sobre el derecho a la salud.<sup>22</sup>
- e) Observación 19 de 2008, sobre el derecho a la seguridad social.<sup>23</sup>
- f) Observación 20 de 2009, sobre la no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales.

### B. *Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer*

Dicho Comité ha prestado particular atención a las situaciones de las mujeres de edad, en donde ha incluido aspectos como la violencia contra éstas, la educación y el analfabetismo, y el acceso a prestaciones sociales. Entre sus contribuciones destacan:

- a) La Decisión 26/III, “Eliminación de la discriminación de las mujeres de edad”, aprobada en 2002. Esta decisión se basó en la sistematización y en el desarrollo de la propia jurisprudencia del Comité.<sup>24</sup>
- b) Una nota conceptual relativa a la mujer mayor y la protección de sus derechos humanos de 2009, en la que reconoció que los cambios en la estructura etaria de la población tienen profundas consecuencias para sus derechos y su protección frente a la discriminación.

*humanos de las personas de edad*, Santiago, CEPAL, UNFPA, 2010; CEPAL, “Envejecimiento y desarrollo en América Latina y el Caribe”, *op. cit.*, 2011.

<sup>19</sup> Se realiza una interpretación amplia para incluir a las personas mayores y adoptar medidas especiales para ellas (E/1996/22).

<sup>20</sup> Ligada al derecho a una vivienda adecuada, párrafo 1 del artículo 11 del Pacto (E/1999/22, anexo IV, 1997).

<sup>21</sup> En relación con el derecho a la educación, referido en el artículo 13 del Pacto (E/C.12/1999/10, 1999).

<sup>22</sup> Derecho al disfrute del más alto nivel de salud, artículo 12 del Pacto (E/C.12/2000/4, 2000).

<sup>23</sup> Derecho a la seguridad social previsto en el artículo 9o. del Pacto (E/C.12/GC/19, 2008).

<sup>24</sup> A/57/38, Parte I, 7 de mayo de 2002.

- c) La Recomendación General núm. 27 de 2010, con la cual se propuso identificar las múltiples formas de discriminación sufridas por las mujeres mayores y realizar sugerencias en materia de políticas públicas. Se reconoció que las mujeres mayores son las más vulnerables, afrontan más estereotipos sociales, en general participan menos en la sociedad y tienen menos oportunidades; están más expuestas a la agresión verbal, sexual y psicológica; a las limitaciones financieras, y a menudo sufren muchos actos de discriminación.<sup>25</sup> Igualmente, se reconoció que el pleno desarrollo de la mujer no podrá lograrse sin un enfoque basado en el ciclo vital, en donde se acepte que las distintas etapas de la vida de las mujeres tienen un efecto en el disfrute de sus derechos humanos cuando llegan a la vejez.

C. *Comité de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes*

Este Comité, en su Observación General núm. 2, de 2008, estableció la protección de ciertas personas o grupos que corren mayor peligro de ser torturadas o recibir malos tratos, entre ellas las personas mayores.

D. *Consejo de los Derechos Humanos*

El Consejo, en el marco de sus procedimientos especiales,<sup>26</sup> ha desempeñado un papel en la situación específica de las personas mayores, aunque todavía limitado.<sup>27</sup> Desarrolló el principio de no discriminación por motivos de edad al examinar determinados casos y ha identificado a este sector como un grupo que requiere protección especial en los ámbitos de vivienda adecuada, salud física y psíquica, a pesar de que dentro de sus mecanismos no existe actualmente un mandato temático específico.

<sup>25</sup> ONU, *Informe del grupo de trabajo*, cit.

<sup>26</sup> Los procedimientos especiales de este Consejo son resoluciones de los órganos políticos de la ONU, integrados por expertos independientes y por relatores que actúan a título independiente.

<sup>27</sup> Una de las principales potencialidades de los procedimientos de las Naciones Unidas es su carácter universal. Ello les otorga una peculiar flexibilidad en sus actividades, permitiendo el intercambio de información y de buenas prácticas, así como la visualización de las barreras y desafíos para el cumplimiento de los derechos de las personas mayores en todas las regiones del mundo. La flexibilidad de acción es posible independientemente de la adopción de estándares internacionales específicos de los derechos de las personas mayores.

### E. *Informe del Relator Especial*

El Relator Especial, en 2011, planteó que la sociedad debe aspirar no sólo a que el ciudadano envejezca saludablemente, sino también a promover su inclusión plena en la sociedad y su desarrollo como titulares de derechos.<sup>28</sup>

### 2. *Grupos de trabajo*

La Organización de las Naciones Unidas (ONU) y la Organización de los Estados Americanos (OEA) han trabajado conjuntamente para colocar a las personas mayores en un lugar cada vez más destacado en el campo del desarrollo social y los derechos humanos, a través de la creación de una Convención Internacional y una Convención Interamericana.

#### A. *ONU*

El 21 de diciembre de 2010, en el seno de la ONU, se conformó un Grupo de Trabajo de Composición Abierta sobre el Envejecimiento para fortalecer la protección de los derechos humanos de las personas mayores.<sup>29</sup>

El grupo tuvo como objetivos examinar el marco internacional vigente en la materia, detectar y atender las deficiencias sobre los derechos humanos de los adultos mayores y estudiar la viabilidad de nuevos instrumentos y medidas para enfrentar desafíos en temas que presentan brechas en términos normativos, de aplicación y monitoreo, como: *a)* la discriminación por edad y múltiple; *b)* la violencia, y *c)* la escasa protección en salud.

En febrero de 2011, el grupo de trabajo realizó su primera reunión y programó dos sesiones para ese año. En la primera sesión, llevada a cabo en abril, el grupo estudió la situación de los derechos de las personas mayores en el mundo, examinó el marco internacional para su protección y expuso algunas consideraciones al respecto:<sup>30</sup>

<sup>28</sup> En la Declaración de Brasil se hizo especial hincapié en la existencia de un relator para los derechos humanos de las personas mayores dentro del sistema de procedimientos especiales del Consejo de Derechos Humanos con miras a velar por la promoción y protección de los derechos humanos de estas personas, a través de la elaboración de estudios específicos, realización de visitas a los gobiernos, a efecto de investigar la situación de tales derechos humanos y, en su caso, enviar comunicaciones de carácter confidencial cuando se detecten violaciones a los mismos.

<sup>29</sup> Resolución A/RES/65/82 de la Asamblea General de la ONU.

<sup>30</sup> El Grupo celebró su primer periodo de sesiones del 18 al 21 de abril de 2011. Al efecto, sostuvo seis sesiones, dos mesas redondas y un debate, con los temas: “Sentar las bases:

- 1) Situación actual de los derechos humanos de las personas mayores. El grupo reconoció el carácter particular de algunos problemas de derechos humanos afrontados por las personas mayores, los cuales hasta la fecha no han sido atendidos debidamente: *a)* el acceso a los servicios médicos y la disponibilidad de ellos o el examen más detenido a la jubilación; *b)* la atención a largo plazo; *c)* políticas de vivienda y transporte encaminadas a apoyar la vida independiente; *d)* la necesidad de aportar tecnologías y dispositivos de apoyo a este sector; *e)* impulsar la vejez activa y reconocer su contribución en su comunidad y en la sociedad, y *f)* empoderamiento como dimensión central de sus derechos humanos y de su participación en el desarrollo.<sup>31</sup>
- 2) Marco internacional sobre los derechos humanos de las personas mayores. El grupo señaló que si bien varias disposiciones de los tratados de derechos humanos son aplicables a dichas personas, porque son universales, lo cierto es que no existe un instrumento dedicado específicamente a este sector de la población y pocos instrumentos hacen referencia explícita a la vejez.<sup>32</sup> Asimismo, indicó que el régimen de protección a nivel internacional es fragmentado y, además, determinados problemas graves como la discriminación múltiple aún no son tratados, en tanto existe concentración en los derechos económicos, sociales y culturales y poca atención en los derechos civiles y políticos.<sup>33</sup>

En la segunda sesión, celebrada en agosto de 2011, el grupo se concentró en el examen de los derechos económicos, sociales y culturales. A tal efecto, analizó cinco ejes temáticos:

- a) Discriminación. Se reconoció que la discriminación por edad es uno de los problemas más frecuentes afrontados por las personas mayo-

marco internacional vigente de los derechos humanos de las personas de edad”; “Sentar las bases: marco o mecanismos regionales actuales sobre los derechos humanos de las personas de edad”, y el debate sobre “Detección de las deficiencias existentes a nivel internacional y medidas para corregirlas”.

<sup>31</sup> ONU, *Informe del grupo de trabajo de composición abierta sobre el envejecimiento*, A/AC.278/2011/4, 17 de mayo de 2011, p. 7.

<sup>32</sup> A diferencia del sistema interamericano, en el cual el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador) consagra el derecho a la protección especial durante la ancianidad. Sin embargo, dicho Protocolo tiene un alcance limitado debido a su carácter programático y a la perspectiva estereotipada a la vejez que influenció su contenido.

<sup>33</sup> ONU, *Informe del grupo de trabajo...*, *cit.*, p. 8.

res. Esta situación se hace más crítica cuando se suman otras fuentes de discriminación como de género, origen étnico o la discapacidad, circunstancias no completamente consideradas en los actuales instrumentos de derechos humanos.<sup>34</sup>

- b) Salud. Se identificaron las diferencias existentes en el acceso a la salud, promoción y cuidado de largo plazo y paliativo como consecuencias derivadas del nivel de ingreso, zona de residencia y género, entre otras.<sup>35</sup>
- c) Violencia y abuso en la vejez. Se puso el acento en la falta de mecanismos legales, programáticos y de aplicación práctica para proteger a las personas mayores de acciones u omisiones que vulneren su dignidad, integridad física, mental y psicológica, y se reconoció la escasa visibilidad de estas personas en las agendas políticas públicas.
- d) Protección social. Se identificó la vulnerabilidad de este sector para caer en la pobreza y, muy especialmente, a las mujeres mayores. En materia de seguridad social, se encontró que es un ámbito escasamente desarrollado en varios países.
- e) Exclusión social. Se destacó el valor de estas personas en la familia, la comunidad y la sociedad en general, pese al limitado reconocimiento que se les otorga en la toma de decisiones y a las escasas oportunidades de participación.

En agosto de 2012 el grupo celebró su tercera reunión de trabajo,<sup>36</sup> la cual se centró en la discriminación por edad, autonomía, vida independiente y atención médica, vida digna, seguridad social y el acceso a los recursos, la violencia contra las personas de edad y el acceso a la justicia.

Como conclusiones, el grupo reiteró que el marco internacional no es suficientemente específico para atender y proporcionar adecuada protección a las personas mayores, por lo cual consideraron la construcción de posibles iniciativas en los planos nacional, regional, interregional e internacional para hacer frente a las principales causas de los vacíos de protección y de discriminación por edad, con miras a una atención integral de estas personas. Igualmente, el grupo reiteró la necesidad de una Convención vin-

<sup>34</sup> ONU, *Segunda sesión del grupo de trabajo para la protección de los derechos humanos de las personas mayores*, Minuta Informativa, agosto de 2011.

<sup>35</sup> Se designó a un relator especial a efecto de que elabore un estudio temático sobre el derecho a la salud de las personas mayores que incluyan los principales problemas existentes y las mejores prácticas.

<sup>36</sup> Se celebraron seis sesiones de trabajo del 21 al 24 de agosto de 2012.

culante que identifique los derechos de las personas mayores, así como las obligaciones de los Estados para promover y proteger esos derechos.<sup>37</sup>

## B. OEA

El 28 de octubre de 2010, miembros de la OEA y expertos se reunieron en la sede en Washington, D.C.,<sup>38</sup> para discutir la viabilidad de crear una Convención específica a nivel regional para la promoción y protección de los derechos de las personas mayores,<sup>39</sup> aunque en la región ya se cuenta con una serie de mecanismos jurídicos para la protección de este sector.

El 22 de septiembre de 2011, por mandato de la Asamblea General,<sup>40</sup> se creó un grupo de trabajo<sup>41</sup> sobre la protección de los derechos humanos de las personas mayores, con el objeto de preparar una Convención Interamericana a partir de: *a)* un diagnóstico de la situación de vulnerabilidad en el ejercicio de los derechos humanos de las personas mayores; *b)* generar la conciencia en las sociedades de la necesidad de garantizar el principio de no discriminación, igualando a los desiguales, y *c)* la efectividad de los instrumentos universales y regionales, vinculantes, de derechos humanos en relación con la protección de estas personas.

El 4 de junio de 2012 se mandató al grupo de trabajo para formular un borrador de proyecto de convención,<sup>42</sup> teniendo como principios claves:

- a) No discriminación. Porque sufren en general estigma, exclusión y violencia.
- b) Participación. Al contribuir de manera sustancial a sus familias, comunidades y sociedades en general, por ello deben participar en cualquier decisión que les concierna.

<sup>37</sup> ONU, Open-Ended Working Group on Ageing for the Purpose of Strengthening the Protection of the Human Rights of Older Persons, Nueva York, 21-24 de agosto de 2012, disponible en: <http://social.un.org/ageing-working-gruop/thirdsession.shtml>.

<sup>38</sup> En cumplimiento a las resoluciones AG/RES/2455 (XXXIX-0/09) y AG/RES/2562 (XXXIX-0/09).

<sup>39</sup> La reunión contó con la participación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), la Organización Panamericana de la Salud (OPS), el Fondo de Población de las Naciones Unidas, representantes de la sociedad civil y de especialistas de la Secretaría General de la OEA.

<sup>40</sup> Resolución AG/RES/2654 (XLI-01/11).

<sup>41</sup> Estuvo conformado por representantes nacionales y expertos del sector académico, la sociedad civil, los organismos internacionales y las agencias especializadas.

<sup>42</sup> Resolución AG/RES/2726 (XLII-0/12).

- c) Rendición de cuentas. Que los sistemas judiciales protejan los derechos de los adultos mayores, incluso con penas mayores cuando los delitos sean cometidos en contra de éstos.

El 18 de junio de 2012, la Asamblea General acordó facultar al grupo de trabajo para llevar el proceso formal de negociación del proyecto de Convención Interamericana y presentarlo para su adopción en el cuadragésimo tercer periodo de sesiones de la Asamblea.<sup>43</sup>

De acuerdo con el plan de trabajo, el grupo sostendría siete reuniones a partir del 15 de octubre de 2012 y hasta el 16 de abril de 2013.<sup>44</sup> En una primera parte, de octubre de 2012 a febrero de 2013, realizará la negociación respectiva (independientemente de que durante 2012 ha tenido reuniones para la búsqueda de consensos en México<sup>45</sup> y Buenos Aires).<sup>46</sup> En una segunda parte, en marzo y abril de 2013, presentará el proyecto de resolución.

Aun cuando el grupo de trabajo de la OEA concluya su proyecto de Convención Iberoamericana, esperará las conclusiones del Grupo de la ONU. En este tiempo el grupo se concentrará en promover medidas para que los gobiernos respeten y mejoren sus obligaciones en materia de derechos humanos hacia las personas mayores, de acuerdo con los tratados existentes, como una forma potencialmente más eficaz e inmediata de abordar los problemas graves en este ámbito.<sup>47</sup>

#### IV. SEGUIMIENTO DEL PLAN INTERNACIONAL DE MADRID

A diez años del Plan de Acción Internacional de Madrid el panorama aún no es favorable. Si bien muchos gobiernos han introducido a modo ex-

<sup>43</sup> Para este nuevo mandato el Grupo de Trabajo fue instalado por la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos, el 13 de septiembre de 2012.

<sup>44</sup> OEA, *Plan de trabajo del Grupo de Trabajo sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores (2012-2013)*, CAJP/GT/DHPM-51/12rev.2, 18 de octubre de 2012.

<sup>45</sup> En México, la reunión se llevó a cabo del 8 al 11 de marzo de 2012 y tuvo como propósito formular conceptos globales sobre qué se entiende respecto de las personas mayores: igualdad y discriminación, integridad, malos tratos, violencia, vida adecuada, servicios sociales, etcétera.

<sup>46</sup> La reunión en Buenos Aires se celebró del 9 al 21 de septiembre de 2012. Dicha reunión tuvo como objetivo lograr acuerdos sobre el texto de los diez primeros artículos del proyecto, a fin de facilitar su negociación formal en las reuniones del 15 y 16 de octubre de 2012, de acuerdo al plan de trabajo.

<sup>47</sup> OEA, *Proyecto de Convención Interamericana sobre los Derechos Humanos de las Personas Mayores*, Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos, CAJP/GT/DHPM-37/12, 30 de abril de 2012.

perimental políticas innovadoras relacionadas con los sistemas de salud y seguridad social, planes de acción sobre el envejecimiento, medidas legislativas<sup>48</sup> y creación de nuevas instituciones o modernización de las existentes a fin de responder gradualmente a los problemas de las personas mayores, los resultados del primer examen y evaluación<sup>49</sup> realizado en el periodo de 2007-2008<sup>50</sup> demostraron que la discriminación, el abandono, la violencia por edad y la ausencia de una protección social significativa continúan siendo una triste realidad en muchos de los países, tanto ricos como pobres, pero especialmente en países en vías de desarrollo. Varios de los compromisos se han quedado sólo en papel y el hecho de que el Plan no sea un documento internacional vinculante no ha ayudado tampoco a su aplicación.<sup>51</sup>

Se ha detectado una falta de políticas coordinadas de apoyo a la integración y participación de las personas mayores en la sociedad. Las políticas públicas y normativas se han centrado en la provisión de prestaciones y su costo económico, sin prestar atención a que este sector puede y debe seguir contribuyendo al desarrollo social.

El 26 de julio de 2012,<sup>52</sup> el secretario general presentó un informe en el que destaca, por una parte, la discriminación múltiple: género, origen étnico, lugar de residencia, discapacidad, orientación sexual, pobreza o nivel de alfabetización y los tipos de exclusiones de que son objeto las personas adultas mayores.<sup>53</sup> Por otra parte, ofrece una sinopsis de la integración social

<sup>48</sup> Constitución y leyes.

<sup>49</sup> El examen y evaluación generales del plan es realizado por la Comisión de Desarrollo Social, organismo intergubernamental del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas. La Comisión está integrada por 46 miembros, por un periodo de cuatro años: 12 países africanos, 9 de América Latina y el Caribe, 10 asiáticos, 5 de Europa oriental y 10 de Europa occidental y otros.

<sup>50</sup> La revisión del plan se realiza cada cinco años, en dos ámbitos: a) su aplicación, y b) examen de evaluación. El 13 de febrero de 2004, mediante la Resolución 42/1, la Comisión de Desarrollo Social acordó dicho plazo. El primer examen se llevó a cabo en 2007 y concluyó en 2008. El informe respectivo fue presentado por el secretario general en 2009. *Cfr.* ONU, *Primer examen y evaluación del Plan de Acción Internacional de Madrid sobre el Envejecimiento*, 2002, E/CN.5/2008/L.5; ONU, *Informe del secretario general, ulterior aplicación del Plan de Acción Internacional de Madrid sobre el Envejecimiento*, 2002, E/CN.5/2010/4. Respecto a la Declaración de Brasilia, el Comité Especial sobre Población y Desarrollo de la CEPAL es el órgano intergubernamental encargado de dar seguimiento.

<sup>51</sup> Consejo Internacional de Bienestar Social, “Naciones Unidas continúa trabajando para consolidar la protección de los derechos humanos de las personas mayores”, *Boletín de Cooperación Mundial*, agosto de 2012.

<sup>52</sup> El informe se presentó en acatamiento a la Resolución AG/66/127 de la Asamblea General.

<sup>53</sup> De conformidad con la Resolución 2010/14 del 22 de julio de 2010, en 2013 rendirá el informe definitivo.

de estas personas en el desarrollo social y analiza los principales retos que afrontan en este sentido y en el goce de sus derechos humanos.<sup>54</sup>

### 1. *Exclusiones*

*Exclusión laboral.* Son más propensas a sufrir despidos en tiempos económicos difíciles. Habitualmente no se benefician de las oportunidades de capacitación y se enfrentan a duras barreras para reinsertarse a la población activa. Con frecuencia padecen largos periodos de desempleo y tensión financiera. El desempleo es una consecuencia directa de la discriminación en la contratación, el ascenso y el acceso a la formación laboral. Los empleadores tienen percepciones estereotipadas de los trabajadores mayores y sus supuestas deficiencias (capacidad y productividad), lo cual incide en la decisión para contratarlos o mantenerlos.<sup>55</sup>

*Exclusión de atención médica.* Es un área cargada de prácticas discriminatorias. Las personas mayores son vulnerables a los excesivos costos relacionados con los seguros médicos complementarios o la falta de seguro médico, y en muchos casos tienen dificultades para acceder a los servicios de salud.

*Exclusión financiera.* Las instituciones no les ofrecen créditos y ciertos productos financieros; en este sentido, su integración social está restringida por las sanciones y los límites de edad impuestos por proveedores de servicios financieros. Los bancos les niegan o restringen el acceso a las hipotecas, a tarjetas de crédito, a préstamos a largo plazo o para microempresas, independientemente de la capacidad de reembolso.

*Exclusión de beneficios y servicios.* A pesar de la existencia de información sobre los beneficios disponibles en Internet, las personas mayores tienen dificultades para navegar y perderse en la información sobre los mismos. En materia de seguros la cobertura es limitada y las primas son más elevadas o prohibitivas, y al no existir ninguna legislación vinculante sobre esta discriminación, enfrentan límites para acceder a seguros de viaje, seguros médicos complementarios, etcétera.

*Exclusión política.* Las personas mayores suelen sentirse excluidas de la política convencional y los debates sociales. Además, la democracia repre-

<sup>54</sup> ONU, *Informe del secretario general sobre el seguimiento de la Segunda Asamblea Mundial sobre el Envejecimiento*, A/67/188, 26 de julio de 2012.

<sup>55</sup> En los países desarrollados las personas mayores se encuentran empleadas en sectores como la salud, educación y el trabajo social. En los países en desarrollo se ubican en el sector informal, con las consecuentes bajas remuneraciones, inseguridad laboral, escasas oportunidades de ascenso y falta de prestaciones para el retiro.

sentativa y los marcos de desarrollo existentes no han logrado dar respuesta a sus inquietudes.

## 2. *Integración social*

1) Por medio de sus contribuciones económicas y sociales:

- a) Trabajo y empleo. Estos aspectos son importantes para la integración social de las personas mayores. Por ello se sugiere prever oportunidades en las reformas al mercado de trabajo y en la adopción de prácticas de empleo favorables para ellos, como la de tiempo parcial (que puede ser una transición hacia el retiro).
- b) Participación comunitaria social. La inclusión social y contribución a la sociedad de las personas mayores va más allá del mercado de trabajo y el empleo. El voluntariado es una medida eficaz para potenciar la inclusión social de este grupo, la cohesión social de la comunidad y la calidad de vida.<sup>56</sup> El trabajo voluntario contribuye a la sociedad, fortalece los lazos comunitarios y mejora la calidad de vida a través de las generaciones. Además, refuerza la solidaridad y la participación cívica, y tiene un valor económico considerable, aunque no se contabilice. A nivel individual, el voluntariado ayuda a las personas a mantenerse activas y comprometidas. Engendra sentimientos de pertenencia y bienestar y reduce su vulnerabilidad a la exclusión, aunque también enfrenta como barrera el nivel educativo.<sup>57</sup>
- c) Participación cívica y política. Son elementos cruciales para la inclusión social, pues la participación en organizaciones de la sociedad civil otorga voz a las personas mayores ante los problemas que afectan directamente su vida personal.

2) Acceso a bienes y servicios:

- a) Ingresos. Son factores determinantes en la integración social, pues a medida que la gente envejece sus ingresos y activos tienden a disminuir y, como consecuencia de ello, afronta inseguridad eco-

<sup>56</sup> En 2011 se celebró el Año Europeo del Voluntariado.

<sup>57</sup> El trabajo voluntario tiene relación con el desarrollo económico y las tradiciones democráticas. En los países desarrollados es bastante común, mientras que los países en desarrollo y las personas con niveles educativos bajos tienden a no participar en dichas actividades.

nómica, vulnerabilidad y el riesgo de caer en la pobreza o seguir sumida en ella.

- b) Servicios. Se sugiere, por un lado, conceder préstamos basados exclusivamente en la capacidad de reembolso de la persona, independientemente de la edad del solicitante, así como la supresión, por parte de los bancos, de las prácticas discriminatorias por motivos de edad en la concesión de tarjetas de crédito, préstamos, hipotecas y, por otro lado, impulsar programas de desarrollo de microempresas para apoyar planes básicos empresariales creados por personas mayores, que abarquen desde la agricultura, la artesanía o la producción textil.
- c) Acceso a la asistencia sanitaria. Para atender problemas derivados de las enfermedades y afecciones crónicas que aumentan con la edad (visuales y auditivas), depresión, soledad, ansiedad y otros trastornos que empeoran la calidad de vida y su capacidad de participación (problemas cardíacos, cardiovasculares, diabetes, cáncer, etcétera). Además, los servicios deben ser prestados por personal médico calificado.

### 3) Entornos vitales y residenciales a las personas de edad:

- a) Vivienda adecuada. Que permita acoger a las personas con movilidad y fortaleza limitada, en un entorno limpio y seguro dentro y fuera del hogar, a fin de permitir vivir confortablemente y permanecer activas e implicadas en la sociedad en general.
- b) Transporte asequible y accesible. Para favorecer la participación e independencia de las personas mayores, así como contar con tarifas reducidas, vías peatonales, señales de tránsito que permitan suficiente tiempo para cruzar las calles con seguridad, lugares para descansar en el exterior.
- c) Ayuda a domicilio y atención a largo plazo. Cuidados en entornos institucionales como en residencias privadas con el fin de mantener la salud, calidad de vida e independencia de las personas mayores.

### 3. Principales desafíos a la integración social en la vejez

- a) La soledad y el asilamiento social. Son fenómenos comunes entre las personas mayores, tanto en los países desarrollados como en el mundo en desarrollo, aunque se debe a otros factores y no propiamente

- a la edad (mala salud, ingresos bajos, barrios en dificultades, falta de acceso al transporte y telecomunicaciones).
- b) Discriminación por motivos de edad. Este hecho sigue socavando la participación de las personas mayores.

## V. HACIA UNA CONVENCIÓN

El largo camino recorrido hasta ahora a favor de la protección de las personas adultas mayores ha permitido identificar los problemas actualmente no atendidos, las áreas de intervención; contar con un listado de conceptos y delinear las esferas prioritarias. Con base en ello, se ha insistido en la necesidad de crear un instrumento específico potente para desencadenar una acción social decisiva que permita defender y apoyar los derechos humanos de este grupo social, y a tal efecto se han señalado los beneficios que se obtendrían al satisfacer problemáticas ya reconocidas:

- a) Falta de un sustento normativo específico. En la actualidad, al no existir un convenio de derechos humanos de ámbito universal que sistematice y haga operativos los derechos de las personas mayores, y al tampoco contar con un mecanismo específico para su amparo,<sup>58</sup> trae consigo una serie de consecuencias de orden práctico para la promoción y protección de tales derechos.

Por ello la convención, como instrumento necesario, dotaría de una máxima prioridad a este grupo social, al tiempo que clarificaría los principios de derechos humanos orientadores de las leyes, las políticas y los programas de desarrollo en el contexto del nuevo cambio demográfico.<sup>59</sup> De esta forma, se aseguraría que los beneficios en la protección de la población, en sus derechos y en el desarrollo en

<sup>58</sup> En la literatura sobre la materia es posible identificar dos posturas: una, minoritaria, considera innecesaria la creación de una convención bajo el argumento de que los instrumentos internacionales de derechos humanos son aplicables a todos los grupos vulnerables como niños, mujeres, personas con discapacidad, entre otros, en consecuencia, tales normas pueden aplicarse en la protección de los adultos mayores, aunque no hagan una mención específica de ellos. Otra postura, la mayoritaria, señala que en estricto sentido no existe laguna jurídica con respecto a los derechos de las personas mayores; empero sí graves vacíos de protección en el marco de los mecanismos de derechos humanos de las Naciones Unidas, porque las convenciones existentes proporcionan una protección limitada a dichos sujetos

<sup>59</sup> OEA, “Convoca a debatir la creación de una convención interamericana para los derechos”. Comunicado de prensa, 28 de octubre de 2010; CEPAL, Propuesta de estrategia para avanzar, desde la perspectiva de América Latina y el Caribe hacia una convención internacional sobre los derechos humanos de las personas de edad, LC/L.3220 (CEP.2010/5),

edades menores no se pierdan en la vejez, con lo cual se crearía una sociedad para todas las edades y se combatiría la discriminación por edad existente.

- b) Dispersión y fragmentación normativa. La carencia de un convenio específico ha propiciado la interpretación progresiva de los instrumentos por parte de los órganos y mecanismos internacionales de derechos humanos, así como la creación de normas nacionales y regionales de distinta categoría jurídica, alcance y variedad en el contenido mínimo de los derechos, con las cuales se ha provocado gran dispersión.<sup>60</sup>

Esta diversidad dificulta una aplicación acotada y genera, en cierto modo, desprotección, lo cual conlleva a dificultades prácticas para los titulares de derechos, los gobiernos, los responsables de medidas legislativas y normativas para proporcionar la protección especial que ese grupo de la población necesita para disfrutar de sus derechos fundamentales en pie de igualdad con los demás sectores de la sociedad.

Ante esta situación, la existencia de un convenio específico ayudaría a sistematizar en un único instrumento legalmente vinculante<sup>61</sup> y de alcance universal el contenido del consenso normativo, tanto existente como emergente, de tal suerte que unificaría conceptos, criterios, abordajes, estándares relativos a los derechos de las personas mayores y obligaciones de los Estados.

Asimismo, incentivaría la creación de instancias para la observación de los avances, rendición de cuentas económicas, sociales y morales para los gobiernos y para la sociedad civil. Por otro lado, facilitaría la labor de los Estados en la adopción de las medidas legislativas y de políticas a nivel interno con miras a fortalecer la protección y promover un enfoque basado en derechos humanos en las políticas de envejecimiento, con lo cual se lograría dar más visibilidad a los problemas enfrentados por este grupo social en el disfrute de sus derechos fundamentales.

10 de mayo de 2010, disponible en: [www.eclac.org/publicaciones/xml/2/39482/LCL3220\\_CEP2010.pdf](http://www.eclac.org/publicaciones/xml/2/39482/LCL3220_CEP2010.pdf), p. 17.

<sup>60</sup> Las iniciativas internacionales y regionales impactaron en los países, de tal suerte que motivaron procesos para normar los derechos de las personas mayores en el derecho interno. En la actualidad existen más de 90 fuentes tanto en el ámbito de las Naciones Unidas como en el interamericano (entre Constituciones y leyes nacionales) en donde es posible ubicar referencias respecto a los derechos de estas personas.

<sup>61</sup> Vinculante significa la obligación de cumplir el convenio por parte de los Estados que lo suscriben y ratifican.

- c) Discriminación. Las personas mayores sufren discriminación en distintos ámbitos, derivada de los estereotipos que imperan sobre la vejez y otras circunstancias estructurales.

Ante ello, la convención representaría un sólido instrumento pedagógico, en particular en el ámbito nacional, para combatir los estereotipos predominantes y generar imágenes positivas, realistas y la conciencia de la humanidad sobre el proceso de envejecimiento, a través de la sensibilización y la educación que promuevan paulatinamente los cambios culturales sobre la vejez al reconocer las muchas contribuciones realizadas por las personas mayores a la sociedad en su conjunto.<sup>62</sup>

- d) Aspectos desprotegidos. Diversas condiciones sobre la vida de las personas mayores se encuentran no abordadas suficientemente en las normas actuales, incluidas las que figuran en las convenciones de derechos humanos de las Naciones Unidas y las desarrolladas por la práctica de los órganos de derechos humanos, como, por ejemplo, los aspectos de cuidados de la salud, los sociales a largo plazo o la provisión de bienes y servicios.<sup>63</sup>

La aprobación de la convención ayudaría a tratar dichas esferas y promovería la inclusión e intervención de las personas mayores, con igualdad de oportunidades, en los ámbitos civil, político, económico, social y cultural, así como el ejercicio de la participación libre, activa y significativa en su desarrollo personal, esto es, hacia el envejecimiento activo y exitoso.

## VI. CONTENIDO DE LA CONVENCIÓN

La evolución de la agenda internacional; las diversas asambleas; los principios de las Naciones Unidas; las proclamaciones, planes, declaraciones internacionales y regionales; las normas consagradas en los instrumentos de derechos humanos existentes, de alcance universal o regional;<sup>64</sup> el trabajo de los comités, así como las resoluciones<sup>65</sup> de la Asamblea General,

<sup>62</sup> CEPAL, *Propuesta de estrategia...*, cit., p. 16.

<sup>63</sup> *Ibidem*, p. 17.

<sup>64</sup> Las normas internacionales existentes enumeran cuestiones que suscitan especial preocupación en torno a las personas mayores e identifican el tipo de medidas para salvar esos derechos

<sup>65</sup> Estas disposiciones, aceptadas comúnmente como derecho blando, tienen un valor jurídico distinto al de los tratados, sin embargo, no significa que carezcan de relevancia jurídica, pues al ser aprobadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su carácter

han contribuido a construir un enfoque normativo común respecto del contenido mínimo de una futura convención sobre los derechos de las personas mayores. En este marco, en el seno de la CEPAL y en el grupo de trabajo de la OEA se han delineado conceptos globales y las esferas de intervención, los cuales se sintetizan en catorce clases de derechos:<sup>66</sup>

- 1) *Derecho a la igualdad y no discriminación por motivos de edad*. Este principio supone la adopción de medidas respecto de determinados aspectos:<sup>67</sup>
  - a) Medidas especiales o afirmativas. Para prevenir, reducir o compensar las desventajas o la discriminación,<sup>68</sup> prever la igualdad sustantiva al tener en cuenta la situación específica del grupo en desventaja y romper este ciclo.
  - b) Ajustes razonables. Toda modificación o acomodo de una práctica laboral o entorno de trabajo debe permitir a una persona perteneciente a un grupo socialmente discriminado realizar las funciones esenciales y disfrutar de los beneficios correspondientes a un puesto específico.
- 2) *Derecho a la vida y a una muerte digna*. El principio determina una serie de garantías a favor del grupo social:
  - a) Limitación de las condiciones de imposición de la pena de muerte o la cadena perpetua a las personas adultas mayores.
  - b) El derecho de acceder a tratamientos paliativos para asegurar a los pacientes terminales una muerte digna y sin dolor.

de órgano más representativo de la organización, expresan las preocupaciones, los compromisos y las aspiraciones de la comunidad internacional.

<sup>66</sup> *Cfr.* Proyecto de Convención Interamericana sobre los Derechos Humanos de las Personas Mayores, Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos, CAJP/GT/DHPM-37/12, 30 de abril de 2012; CEPAL, *Propuesta de estrategia para avanzar, desde la perspectiva de América Latina y el Caribe hacia una convención internacional sobre los derechos humanos de las personas de edad*, LC/L.3220 (CEP.2010/5), 10 de mayo de 2010, disponible en: [www.eclac.org/publicaciones/xml/2/39482/LCL3220\\_CEP2010.pdf](http://www.eclac.org/publicaciones/xml/2/39482/LCL3220_CEP2010.pdf); Huenchuan, Sandra y Rodríguez-Piñero, Luis, *Envejecimiento y derechos humanos: situación y perspectivas de protección*, Santiago, CEPAL, UNFPA, ASDI, 2010.

<sup>67</sup> Hasta el momento, sólo dos instrumentos internacionales consideran el principio de igualdad y la no discriminación de las personas mayores: a) la Convención sobre los Derechos de los Trabajadores Migratorios y sus familias, y b) la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

<sup>68</sup> Se define a la discriminación como cualquier distinción, exclusión o restricción que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo.

c) La prohibición de abandonar el tratamiento o practicar la eutanasia activa por motivos económicos.

3) *Derecho a la integridad física, psíquica y emocional, y a un trato digno:*

a) No padecer ningún tipo de malos tratos<sup>69</sup> físicos, psíquicos, emocionales o económicos, ni la explotación o el abandono.<sup>70</sup>

b) No ser objeto de tortura u otros tratos o castigos crueles, inhumanos y degradantes o de experimentos médicos o científicos sin su consentimiento libre, previo e informado.

c) Violencia en la familia contra estas personas.<sup>71</sup>

4) *Las personas de edad en situación de detención o prisión:*

a) Se reconoce el derecho a un trato preferencial en los establecimientos penitenciarios.

b) Separación de las personas de edad en distintas dependencias de los establecimientos penitenciarios.

c) Provisión de los elementos y servicios necesarios para satisfacer las necesidades especiales, en relación con su salud física y psíquica.

d) Acceso a medidas penales distintas de la privación de la libertad y a otros beneficios penitenciarios.<sup>72</sup>

5) *Personalidad y capacidad jurídica:*

a) Reconocer los plenos derechos y el derecho legal, en pie de igualdad con cualquier otra persona.

b) Reconocer su capacidad para ejercer sus derechos o para otorgar a otras personas las autorizaciones necesarias para actuar en su nombre.

<sup>69</sup> El maltrato se define como el abuso físico, emocional o sexual por una persona que se halla en una posición de confianza. Sus formas numéricas incluyen la tutela forzada y la violencia física y sexual en los centros de atención, hospitales o en el seno de la familia. Los malos tratos fueron abordados en la Declaración de Toronto para la Prevención Global del Maltrato a las Personas Mayores, en la Organización Mundial de la Salud y en el Plan de Acción sobre la Salud de las Personas Mayores de la Organización Panamericana de la Salud.

<sup>70</sup> Conlleva la adopción de medidas para prevenir, eliminar y castigar a los responsables de este tipo de actos.

<sup>71</sup> Implica el establecimiento de mecanismos de prevención y supervisión, y el fortalecimiento de los mecanismos judiciales.

<sup>72</sup> Las normas internacionales, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para las Sanciones No Privativas de la Libertad, y los Principios y Buenas Prácticas de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos reconocen el derecho de las personas mayores privadas de su libertad a un trato preferencial.

c) Prohibir la limitación de la capacidad jurídica, excepto por medio de una decisión judicial.

6) *Derecho a participar en la vida social, cultural y política de la comunidad:*

- a) Participar activamente en la formulación y aplicación de las medidas legislativas y políticas públicas que afectan directamente sus derechos, y en particular con las políticas sobre el envejecimiento, el desarrollo social y las estrategias de reducción de la pobreza.
- b) Establecer sus propios movimientos o asociaciones y a recibir apoyo del Estado mediante medidas jurídicas o económicas.
- c) Participación en actividades de voluntariado e intergeneracionales.
- d) Desarrollo de programas y actividades sociales, culturales o de esparcimiento.<sup>73</sup>

7) *Derecho a un nivel de vida adecuado y a los servicios sociales:*

- a) Servicios sociales que promuevan el mantenimiento de las funciones básicas.
- b) Facilidad de acceso físico y el transporte a los servicios sociales.
- c) Protección especial frente a la pobreza.
- d) Promoción de actividades de voluntariado a favor de estas personas, en especial en asilos.

8) *Derecho a la salud física y psíquica:*

- a) Disfrute del más alto nivel de salud<sup>74</sup> física y mental sin discriminación y con pleno respeto a la dignidad y la autonomía.
- b) Disfrute de la atención a la salud preventiva y reconstituyente, en particular atención primaria y servicios de rehabilitación.
- c) Acceso preferencial a medicamentos relacionadas con la edad.
- d) Apoyo económico y técnico a la asistencia en el hogar, así como formas de cuidado en las familias, con la inclusión de la capacidad y visitas periódicas.

<sup>73</sup> Diseñadas especialmente para las personas de edad y, en especial, para las que se encuentran en asilos.

<sup>74</sup> El Plan de Acción Internacional de Viena sobre el Envejecimiento, el Plan de Acción Internacional de Madrid, el Marco Político de la OMS sobre el Envejecimiento Activo y el Plan de Acción sobre la Salud, Envejecimiento Activo y Saludable de la OPS, incorporan medidas especiales tendentes a asegurar el derecho y disfrute a la salud.

- e) Prestar un consentimiento informado, previo a cualquier tratamiento o prueba médicos o internamiento en asilos.

9) *Derecho a la educación y a la cultura:*

- a) El derecho está enfocado al aprendizaje permanente, tanto en instituciones oficiales como extraoficiales.
- b) Políticas activas contra el analfabetismo, en especial de las mujeres de edad.
- c) Acceso y participación en las instituciones y actividades culturales, incluidas las del voluntariado.
- d) Programas de educación en las que puedan transmitir sus conocimientos, cultura y valores espirituales.

10) *Derecho a la vivienda y a un enfoque saludable:*

- a) Disfrutar de una vivienda adecuada, en particular en situaciones de crisis, emergencia, desplazamiento o desalojo derivado del desarrollo, y a tener alta prioridad en la asignación de viviendas o tierras en esas situaciones.<sup>75</sup>
- b) Vivir en un ambiente seguro y saludable, incluido el acceso al agua y al aire limpios y estar libres de la exposición a la contaminación.
- c) Permanecer en su propio hogar durante el máximo tiempo posible, de acuerdo a sus deseos y necesidades.

11) *Derecho al trabajo:*

- a) Derecho a trabajar y tener acceso a actividades que generen ingresos.
- b) Derecho a igualdad de trato y de oportunidades; en particular, acceso a la igualdad en materia de remuneración, condiciones de trabajo, orientación y capacitación profesional y colocación laboral.
- c) Participación en políticas activas de empleo o reincorporación al mercado de trabajo.
- d) Libertad de asociación sin discriminación por motivos de edad.
- e) Empleos a tiempo parcial y horarios flexibles.
- f) A conocer la información sobre la jubilación, y posibilidad de otras actividades profesionales o de voluntariado.

<sup>75</sup> La vivienda representa un factor importante en relación con la independencia y la salud de las personas mayores.

12) *Derecho a la seguridad social:*

- a) Igualdad de las condiciones de jubilación entre hombres y mujeres.<sup>76</sup>
- b) Prohibir reducción de los beneficios de la jubilación.
- c) Otorgamiento de los beneficios por edad o viudez.

13) *Derechos de las mujeres mayores:*

- a) Eliminar todo tipo de discriminación por motivos de edad y el pleno reconocimiento y respeto a sus derechos.
- b) Prevenir todas las formas de violencia, incluida la sexual.
- c) Abolir los ritos relacionados con la viudez y otras prácticas tradicionales que afecten la integridad.
- d) Reconocer el papel que juegan en el desarrollo político, económico, social y cultural de sus comunidades y asegurar su participación equitativa en el diseño y la aplicación de los planes en todos los niveles, principalmente en las zonas rurales.
- e) Acceder a la seguridad social y otras medidas de protección, en especial cuando no gocen de jubilación a causa de sus labores en el seno familiar y otras formas de ocupación no estructurada.
- f) Garantizar los derechos de propiedad y posesión de las viudas.

14) *Derechos de los ancianos indígenas:*

- a) Protección especial, en particular contra todo tipo de violencia ejercida contra ellos.
- b) Protección de los sistemas familiares, en particular la familia extensa, sobre la base de igualdad de género y generacional.

## VII. CONCLUSIONES

Al identificar el posicionamiento y consolidación de los derechos humanos de las personas mayores a tres décadas de iniciativas mundiales, pueden observarse ciertos avances, pero a la vez desafíos fundamentales.

Las iniciativas y actividades internacionales y regionales hasta ahora emprendidas, en cierta medida, han supuesto una línea de progreso en el

<sup>76</sup> Se pretende que las personas mayores tengan acceso a beneficios de pensión por retiro, cuando al alcanzar la edad establecida en la legislación nacional no tengan derecho a dicha pensión ni a la seguridad social.

reconocimiento de los derechos de este sector en el marco normativo internacional.

A partir de la emergente notoriedad de los problemas y necesidades de las personas mayores, durante las últimas décadas proliferaron procesos de reformas constitucionales y legislativas en las que se reconoció a la vejez como una fuente de transgresión de derechos y se establecieron medidas específicas para prevenir o sancionar la discriminación fundada en ese motivo.

En la actualidad existen más de noventa fuentes,<sup>77</sup> en las cuales es posible observar un cambio de paradigma al reemplazar la concepción históricamente predominante respecto de las personas mayores como “objetos” de asistencia, por una en la que son vistas como sujetos de derechos. También se vislumbran algunos avances en la perspectiva de género. Estas leyes tienen el mérito de ser el primer intento por estandarizar los derechos y contenidos en favor de la protección en la vejez.

Sin embargo, el hecho de estar tutelados estos derechos en las Constituciones y en un marco legislativo específico, a la fecha, no ha sido suficiente para que los mismos sean efectivos, entre otras causas, porque falta coherencia entre las actividades que enfatizan esos derechos y el cumplimiento de los mismos. En algunos casos no se han creado las instituciones o mecanismos (de seguimiento y supervisión) y tampoco se ha dado prioridad y presupuestos estables y sostenidos. Asimismo, el cuidado y la atención a este grupo social no han sido adecuadamente asumidos en el marco de las políticas públicas, etcétera, situaciones que pueden resumirse en dos grandes retos en la protección de las personas mayores: *a)* su inclusión en las esferas políticas, sociales y culturales, y *b)* su capacitación para la exigibilidad de sus derechos.

Ante este panorama, es urgente concluir el proceso para la creación de las convenciones internacionales y regionales, a fin de convertirlas en herramientas eficaces en el logro de la igualdad sustantiva, en el establecimiento de garantías institucionales y ciudadanas, por ser el marco conceptual aceptado y capaz de ofrecer un sistema coherente de principios y reglas en el ámbito de las políticas públicas.

## VIII. BIBLIOGRAFÍA

CARPISO, Jorge, “El estado de los derechos de la justicia social”, *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, México, núm. 14, 2012.

<sup>77</sup> En América Latina, 13 países constitucionalizaron los derechos de las personas mayores, aunque no existe un concepto compartido respecto a los ámbitos de protección ni sobre la amplitud de los grupos a los cuales debe extenderse (a todos o sólo a los vulnerables).

- , “Los derechos humanos: naturaleza, denominación y características”, *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, núm. 25, 2011.
- , “Los derechos humanos”, disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/3/1376/27.pdf>.
- , “Los derechos humanos de solidaridad”, disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/refjud/cont/19/cle/cle4.pdf>.
- COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE (CEPAL), *Envejecimiento, solidaridad y protección social: la hora de avanzar hacia la igualdad*, San José, Costa Rica, mayo de 2012.
- , “Envejecimiento y desarrollo, en América Latina y el Caribe”, *Boletín* 9, 2011.
- , *Foro Internacional sobre los Derechos de las Personas Mayores*, México, 2012.
- , *Los derechos de las personas mayores*, 2011.
- y CELADE, *El envejecimiento y las personas de edad. Indicadores sociodemográficos para América Latina y el Caribe*, Santiago, Chile, 2009.
- CONSEJO INTERNACIONAL DEL BIENESTAR SOCIAL, “Naciones Unidas continúa trabajando para consolidar la protección de los derechos humanos de las personas mayores”, *Boletín de Cooperación Mundial*, agosto de 2012.
- HELPAGE INTERNATIONAL, *¿Por qué es tiempo para una convención sobre los derechos de las personas mayores?*, Londres, 2009.
- HUENCHUAN, Sandra y RODRÍGUEZ-PIÑERO, Luis, *Envejecimiento y derechos humanos: situación y perspectivas de protección*, Santiago, CEPAL, UNFPA, ASDI, 2010.
- ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS (OEA), “Convoca a debatir la creación de una convención interamericana para los derechos de las personas mayores”, *Comunicado de Prensa*, 28 de octubre de 2010, disponible en: [www.oas.or/es/centro\\_noticias/comunicado:prensa.asp?sCodigo=C-409/10](http://www.oas.or/es/centro_noticias/comunicado:prensa.asp?sCodigo=C-409/10).
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, “ONU llama a incluir envejecimiento de la población en agenda de desarrollo”, *Servicio de Noticias de las Naciones Unidas*, 10 de octubre de 2012, disponible en: [www.un.org/spanish/News/printnews.asp?newsID=24622](http://www.un.org/spanish/News/printnews.asp?newsID=24622).
- , *Open-Ended Working Group on Ageing for the Purpose of Strengthening the Protection of the Human Rights of Older Persons*, Nueva York, 21-24 de agosto de 2012, disponible en: <http://social.un.org/ageing-working-gruop/documents/Charissummary3>.
- , *Proteger los derechos de las personas de edad*, 23 de agosto de 2012 disponible en: [www.un.org/es/development/desa/news/social/protecting-rights](http://www.un.org/es/development/desa/news/social/protecting-rights).

RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, Luis, *Los desafíos de la protección internacional de los derechos humanos de las personas de edad*, Santiago, CEPAL, UNFPA, 2010.

RUIZ MORENO, Ángel Guillermo, “Derechos sociales exigibles”, *Agenda para el Desarrollo. Derechos y Políticas Sociales, Cámara de Diputados*, México, vol. 12, 2007.

## LA HUELGA EN MÉXICO Y SU ENTORNO JURÍDICO INTERNACIONAL

Carlos Alberto PUIG HERNÁNDEZ\*

SUMARIO: *In memoriam*. I. *Introducción*. II. *Fuentes internacionales del derecho laboral*. III. *Convenio sobre la Libertad Sindical y la Protección del Derecho de Sindicación, 1948 (núm. 87)*. IV. *Convenio sobre el Derecho de Sindicación y de Negociación Colectiva, 1949 (núm. 98)*. V. *Protección de los dirigentes obreros*. VI. *Votación secreta en el recuento*. VII. *Convenio sobre la Abolición del Trabajo Forzoso, 1957 (núm. 105)*. VIII. *La Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores*. IX. *Limitaciones al derecho de huelga*. X. *Restricciones políticas y económicas*. XI. *La huelga en el ejercicio de la libertad sindical y la negociación colectiva*. XII. *Bibliografía*.

### IN MEMORIAM

Tuve la suerte de conocer las valiosas reflexiones del gran constitucionalista mexicano Jorge Carpizo McGregor cuando inicié mis estudios de posgrado en la especialidad en derecho social de nuestra querida Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, en 1975, al través de su interesante artículo denominado “La naturaleza jurídica de las Juntas de Conciliación y Arbitraje en México”, que fue publicado —en ese año— por la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje, junto a otro ensayo del mismo título del doctor Héctor Fix-Zamudio, con quien tuve el honor de cursar la materia de teoría del derecho procesal del trabajo.

Si bien no conté con la oportunidad de escucharle en alguna de sus clases o conferencias, sí pude conocerle personalmente y saludarle en varias ocasiones, pues fue quien me colocó, siendo rector de nuestra *Alma Mater*, el birrete y la muceta —en 1987— durante la ceremonia en la cual un grupo de doctores y maestros en derecho recibimos nuestra vestimenta correspon-

\* Magistrado del Tribunal Electoral del Estado de Morelos.

diente a la toga universitaria; posteriormente tuve conocimiento de los importantes cargos que desempeñó tanto en el Poder Judicial de la Federación como en el gobierno federal.

Por aquellas raras coincidencias de la vida, antes de su lamentable fallecimiento leí con mucho interés el magnífico artículo que tituló “El estado de los derechos sociales”, publicado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas, donde fue director e investigador emérito, en el más reciente número de la *Revista Latinoamericana de Derecho Social* (núm. 14, 2012); sin duda, extrañaremos su presencia física, pero estará con nosotros de manera permanente por medio de su amplísima obra editorial, que consta en innumerables libros y artículos, los cuales contienen sus brillantes investigaciones en el campo del derecho.

## I. INTRODUCCIÓN

José Barroso Figueroa, después de exponer los conceptos de derecho internacional tanto público como privado, define al derecho internacional del trabajo como “la rama del derecho internacional público que tiene por objeto estudiar, consolidar, promover y hacer progresar, con la participación de todos los sujetos de la comunidad internacional, las normas reivindicadoras de los derechos de los trabajadores, sin consideración del sexo, nacionalidad, raza, ideología política, credo religioso o cualquiera otra característica distintiva de éstos”.<sup>1</sup>

Esta disciplina laboral incluye, por lo tanto, las disposiciones que regulan las relaciones de todas las comunidades jurídicas soberanas entre sí, como lo propone Alf Ross,<sup>2</sup> y en tal sentido toma en cuenta la participación de entidades como la Organización de las Naciones Unidas (en adelante, ONU) y la Organización Internacional del Trabajo (en adelante, OIT), a las que se considera indiscutiblemente como sujetos del derecho internacional público.

No abordaremos el controvertido tema relativo a la naturaleza del derecho internacional, en cualquiera de sus especialidades, respecto de su carácter coercitivo o de la falta de una instancia supranacional que pueda hacer cumplir una resolución mediante el uso de la fuerza, como ocurre normalmente con cualquiera de las normas legislativas de un país determinado, y por ello no adelantaremos nuestra opinión al respecto, ya que, de manera

<sup>1</sup> Barroso Figueroa, José, *Derecho internacional del trabajo*, México, Porrúa, 1987, p. 4.

<sup>2</sup> Citado por Barroso Figueroa, José, *ibidem*, p. 3.

previa, expondremos los temas que hemos localizado en el desarrollo de nuestra investigación sobre la huelga, a fin de contar con elementos que nos permitan plantear y fundamentar una conclusión, puesto que si bien es cierto que el funcionamiento de la OIT ha logrado notables avances en materia laboral,<sup>3</sup> ya que se trata de un organismo internacional, con una estructura importante de carácter permanente y que desarrolla actividades periódicas cuyos acuerdos, ya sea en el nivel de convenios o de recomendaciones, se encuentran debidamente sistematizados, también lo es que —en el ámbito regional— existen otros sistemas con menores y diferentes grados de adelanto como la Unión Europea, en el viejo continente, y el Tratado de Libre Comercio, en América del Norte, sin olvidar la problemática que genera el funcionamiento laboral de las empresas transnacionales en los territorios de diferentes países, en virtud de lo cual, la diversidad de alcances jurídicos de estos distintos sistemas internacionales de aplicación laboral no admiten, en nuestra opinión, una generalización, por lo cual es necesario identificar sus características para determinar su correspondiente naturaleza jurídica.

Gilda Maciel Corrêa Meyer Russomano plantea una interesante propuesta al analizar de manera especial una de las dos disciplinas jurídicas que integran al derecho internacional en su contenido laboral, ya que titula a su obra con el nombre de *derecho internacional privado del trabajo*, aunque señala que la mayoría de las normas del derecho del trabajo son de orden público y, por ello, la aplicación de sus reglas se efectúa dentro de criterios más o menos estrechos de territorialidad, lo que revela la formación de un ámbito especial de investigación y de reglamentación normativa, pero que, en la medida en que los conflictos entre normas laborales trasciendan la esfera del derecho internacional privado, se ampliará el objeto de una nueva ciencia jurídica autónoma, problemática en el presente pero posible en el futuro, que podrá llegar a ser el derecho internacional del trabajo.<sup>4</sup>

Un caso concreto ocurrido en nuestro país nos sirve de base para explicar el conflicto de normas en el espacio, característico del derecho internacional del trabajo, ya que frente a la aplicación territorial de la Ley Federal del Trabajo (en los sucesivos, LFT), en términos de su artículo (en adelante: a.) 1o., el cual dispone<sup>5</sup> su observancia general en toda la República, se tiene la obligación internacional de cumplir con la Convención de Viena, cele-

<sup>3</sup> Salvo en materia de huelga, como veremos en el presente estudio.

<sup>4</sup> Cfr. Corrêa Meyer Russomano, Gilda Maciel, *Derecho internacional privado del trabajo*, trad. de la 2a. ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1984, p. 118.

<sup>5</sup> Tanto el artículo 1o. de la Ley Federal del Trabajo de 1931 como el mismo numeral de la ley laboral vigente contienen idéntica disposición respecto de su aplicación territorial: “La presente ley es de observancia general en toda la República...”.

brada el 18 de abril de 1961, de la cual nuestro país es signatario, y en tales condiciones jurídicas el Primer Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo del Primer Circuito resolvió, con fecha 25 de junio de 1992, el amparo directo 6551/92, promovido por José Augusto Contreras Hernández, en el que consideró:

EMBAJADAS. ACCIONES LABORALES EJERCITADAS CONTRA LAS. Las misiones diplomáticas denominadas embajadas, son una ficción jurídica, constitutivas de una prolongación artificial del territorio del Estado acreditante, enclavada dentro del ámbito geográfico del Estado receptor, razón por la cual aquéllas gozan de inviolabilidad, principio de derecho internacional público que México acogió y se comprometió a respetar en los artículos 20 al 28 de la Convención de Viena, celebrada el 18 de abril de 1961, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 3 de agosto de 1965. Por consiguiente resultan improcedentes las acciones que con base en la legislación nacional ejerce un trabajador al servicio de dichas misiones, porque de no estimarlo así sería tanto como invadir la soberanía del Estado acreditante.<sup>6</sup>

*Contrario sensu*, podrían ser procedentes las acciones que —con fundamento en la legislación del país acreditante y ante las autoridades competentes del mismo— pueda intentar el trabajador al servicio de una embajada, pues de esa manera se reconoce la soberanía correspondiente, sin desconocer las dificultades prácticas que su materialización acarrearía, puesto que el actor tendría que comparecer ante los tribunales de dicho Estado o tramitar las actuaciones respectivas por conducto del Servicio Exterior Mexicano, ya que a éste compete proteger, de conformidad con los principios y normas del derecho internacional, la dignidad y los derechos de los mexicanos en el extranjero y ejercer las acciones encaminadas a satisfacer sus legítimas reclamaciones, de conformidad con lo dispuesto en el a. 2o., fracción II (en adelante, fr.),<sup>7</sup> de la Ley del Servicio Exterior Mexicano.

Sin embargo, es importante destacar que si bien es cierto que las reclamaciones laborales planteadas por el trabajador de una misión diplomática son improcedentes ante las autoridades del Estado receptor, también lo es que no puede negarse el acceso del particular involucrado en el caso

<sup>6</sup> Octava Época, Tribunales Colegiados de Circuito, *Semanario Judicial de la Federación*, enero de 1993, t. XI, p. 251. Consultada en Poder Judicial de la Federación, *Compila tratados V Instrumentos internacionales y su correlación con las tesis emitidas por el Poder Judicial de la Federación*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2005, disco compacto.

<sup>7</sup> “Artículo 2o. Corresponde al Servicio Exterior: ...II. Proteger, de conformidad con los principios y normas del derecho internacional, la dignidad y los derechos de los mexicanos en el extranjero y ejercer las acciones encaminadas a satisfacer sus legítimas reclamaciones...”.

a la impartición de justicia a que tiene derecho, en cuyo asunto devienen competentes los tribunales laborales del fuero federal, cuando la acción se intente en contra de quienes formen parte de tales órganos y no en contra del gobierno que representan, como lo interpretó la Cuarta Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (en adelante, SCJN) en la tesis de jurisprudencia 44/94, aprobada el 17 de octubre de 1994, cuyo rubro, a la letra, dice: “COMPETENCIA. DIPLOMÁTICOS. LAS JUNTAS FEDERALES DE CONCILIACIÓN Y ARBITRAJE LA TIENEN PARA CONOCER DE LOS JUICIOS LABORALES SEGUIDOS EN CONTRA DE LOS”.<sup>8</sup>

Otro caso de excepción al principio de aplicación territorial de nuestra ley laboral que ocurrió en la práctica fue la resolución del amparo directo 163/2006, promovido por Ignacio Basauri de Alba, en que el Tercer Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo del Cuarto Circuito resolvió —con fecha 18 de octubre de 2006, por mayoría de votos—, tomando en cuenta la circunstancia geográfica del asunto planteado, que cuando el trabajador preste sus servicios y resida fuera de nuestro país, el empleador no está obligado a entregar directa y personalmente el aviso de rescisión, sin que este hecho lo releve de cumplir con la entrega de dicha comunicación por conducto de nuestros órganos de representación internacional.<sup>9</sup>

Al lado de los asuntos anteriores ocurridos en nuestro país, resultan por demás interesantes los tipos de conflicto que nos expone Gilda Maciel Corrêa Meyer, como el de carácter espacial relativo al acuerdo colectivo “...que se produce entre dos convenios en vigor en distintos Estados, que convergen para regular, al mismo tiempo, el mismo hecho concreto”. Cita a Leopoldo de Vos para ejemplificar la hipótesis de un conflicto de tal naturaleza, en los siguientes términos: “Los empleados admitidos por un empleador establecido en el Estado A van a trabajar al país B, donde la empresa posee una sucursal o agencia. ¿Se aplica a los contratos individuales de esos empleados la convención colectiva en vigor en el Estado A o la adoptada en el Estado B?”.<sup>10</sup>

En el caso de nuestro país, es decir, cuando aplicamos el supuesto planteado a un trabajador mexicano que se traslade, por ejemplo, a los Estados

<sup>8</sup> “AVISO DE RESCISIÓN DE LA RELACIÓN LABORAL. CUANDO EL TRABAJADOR LABORE Y RADIQUE EN EL EXTRANJERO, EL PATRÓN NO ESTÁ OBLIGADO A ENTREGÁRSELO DIRECTA Y PERSONALMENTE”. Tesis 4a./J. 44/94, Octava Época, Cuarta Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, noviembre de 1994, t. 83, p. 27. Para evitar transcripciones, en las citas de tesis de jurisprudencia y aisladas se anotará el número de registro para su consulta en IUS 2012, cuando se quieran conocer el texto completo y los datos de los precedentes respectivos.

<sup>9</sup> Registro IUS: 173825. Tesis IV.3o.T.239 L, Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, diciembre de 2006, t. XXIV, p. 1269.

<sup>10</sup> Corrêa Meyer Russomano, Gilda Maciel, *op. cit.*, p. 99.

Unidos de América a prestar sus servicios en la sucursal de una empresa nacional, debemos tomar en cuenta que existe disposición expresa aplicable en la legislación laboral de México, como lo es el a. 28 de la LFT en vigor, el cual contiene varias normas para la prestación de servicios de los trabajadores mexicanos fuera del territorio de la República, entre las que destacan: *a)* la celebración por escrito del contrato de trabajo que debe incluir las condiciones laborales previstas en el numeral 25 de la Ley citada; *b)* gastos de transporte y otros conceptos similares a cargo del empleador; *c)* pago de prestaciones de seguridad y previsión social, y *d)* derecho a disfrutar de una vivienda decorosa e higiénica, mediante arrendamiento o alguna otra forma.

Sin embargo, la fr. III del mismo a. 28 de la LFT dispone que el escrito que contenga las condiciones de prestación de los servicios debe ser sometido a la aprobación de la Junta de Conciliación y Arbitraje dentro de cuya jurisdicción se celebró, la cual, después de comprobar los requisitos de validez a que se refiere la fr. I del mismo precepto, esto es, que las condiciones de trabajo se hagan constar por escrito, determinará el monto de la fianza o del depósito que estime suficiente para garantizar el cumplimiento de las obligaciones contraídas; dicho depósito deberá constituirse en el Banco de México o en la institución bancaria que éste designe, y el patrón tiene que comprobar ante la misma Junta el otorgamiento de la fianza o la constitución del depósito, cuya cancelación o devolución sólo se puede ordenar una vez que el patrón compruebe ante la Junta que ha cumplido las obligaciones contraídas; asimismo, el escrito deberá ser visado por el cónsul de la nación donde deban prestarse los servicios, en términos de la fr. IV del numeral en comento.

Nos queda la duda sobre la aplicación extraterritorial del precepto respecto del cumplimiento de obligaciones en el espacio del país extranjero, pero la fianza o depósito que debe otorgarse en el nuestro garantizaría el cumplimiento de los compromisos contraídos; sin embargo, para que ello proceda es necesario que se cumplan las formalidades y requisitos previstos en el mencionado a. 28 de la LFT, como lo consideró el Tribunal Colegiado del Décimo Noveno Circuito, el cual —en el periodo comprendido del 23 de septiembre al 28 de octubre de 1987— resolvió por unanimidad de votos, cinco amparos en revisión, interpuestos por igual número de quejosos, con los que integró la jurisprudencia por reiteración cuyo rubro, a la letra dice: “**JUNTAS FEDERALES DE CONCILIACIÓN Y ARBITRAJE, COMPETENCIA DE LAS**”.<sup>11</sup>

<sup>11</sup> Registro IUS: 247486. Séptima Época, Tribunales Colegiados de Circuito, *Semanario Judicial de la Federación*, vol. 217-228, Sexta Parte, p. 732, tesis de jurisprudencia. Genealogía:

Aunque sin citar la jurisprudencia que se menciona en el párrafo anterior,<sup>12</sup> el mismo criterio sostuvo el Sexto Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo del Primer Circuito al resolver el 19 de agosto de 1993 el juicio de amparo directo 5606/93, promovido por José Antonio Alanís Cárdenas, en el que consideró el rubro siguiente: “COMPETENCIA DE LAS JUNTAS DE CONCILIACIÓN Y ARBITRAJE, TRATÁNDOSE DE LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE TRABAJADORES MEXICANOS EN EL EXTRANJERO”.<sup>13</sup>

Por su parte, el Tercer Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo del mismo Primer Circuito, el 26 de septiembre de 1995, al resolver el amparo directo 7693/95, promovido por Rosa Angélica Ramírez Serna y otros, aplicó *contrario sensu* la misma interpretación legal, en la tesis cuyo rubro indica: “TRABAJADORES MEXICANOS EN EL EXTRANJERO. CASOS EN QUE LA JUNTA ES INCOMPETENTE PARA CONOCER DEL JUICIO SEGUIDO POR”.<sup>14</sup>

Es importante señalar que conforme a lo dispuesto en el a. 539, fr. II, inciso *d*, de la LFT, a la Secretaría del Trabajo y Previsión Social del gobierno federal, por conducto del Servicio Nacional del Empleo, Capacitación y Adiestramiento, compete —en materia de colocación de trabajadores— intervenir, en coordinación con las respectivas unidades administrativas de las secretarías de Gobernación, de Patrimonio y Fomento Industrial, de Comercio<sup>15</sup> y de Relaciones Exteriores, en la contratación de los nacionales que vayan a prestar sus servicios en el extranjero.

No menos atractiva teóricamente es la segunda figura conflictual a que se refiere la laboralista brasileña mencionada, que se presenta cuando ocurre una fricción entre el convenio colectivo de un país y la ley de otro Es-

Informe 1987, Tercera Parte, Tribunales Colegiados de Circuito, tesis 6, p. 797. Consultada en Poder Judicial de la Federación, *Legislación laboral y de seguridad social y su interpretación por el Poder Judicial de la Federación*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2006, disco compacto.

<sup>12</sup> Que el quejoso debió invocar de conformidad con lo dispuesto en el a. 196 de la Ley de Amparo, Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (en adelante, LA).

<sup>13</sup> Registro IUS: 214012. Octava Época, Tribunales Colegiados de Circuito, *Semanario Judicial de la Federación*, diciembre de 1993, t. XII, p. 843, tesis aislada.

<sup>14</sup> Registro IUS: 203327. Tesis I.3o.T.18 L, Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, febrero de 1996, t. III, p. 496. Precedentes: Amparo directo 7693/95. Rosa Angélica Ramírez Serna y otros. 26 de septiembre de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: J. Refugio Gallegos Baeza. Secretaria: Felisa Díaz Ordaz Vera.

<sup>15</sup> El despacho de los asuntos relativos a la industria y al comercio compete actualmente a la Secretaría de Economía, de conformidad con lo dispuesto en el a. 34 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, al desaparecer las secretarías de Patrimonio y Fomento Industrial, y de Comercio.

tado, el cual ilustra con el caso concreto expuesto por el jurista turco Ferit Saymen en el II Congreso Internacional de Derecho del Trabajo, realizado en Ginebra en 1957:

Los salarios de los trabajadores, en Italia, están sometidos a una escala móvil fijada a través de un convenio colectivo intersindical. En Francia, por el contrario, la escala móvil de los salarios está fijada por ley. Si el obrero italiano fuera a trabajar en territorio francés, para una empresa italiana, podríamos interrogarnos si el salario estará regulado por el convenio colectivo adoptado en Italia o por la ley vigente en Francia.<sup>16</sup>

Tratando de resolver el problema planteado: ¿debe prevalecer la aplicación de la ley francesa, dado que proviene de la autoridad competente del lugar donde se prestan los servicios?, o ¿tiene que observarse el convenio italiano, en caso de que resulte más favorable al trabajador? No resulta fácil inclinarse por alguna de las interrogantes, ya que podríamos encontrar argumentos favorables a cualquiera de las dos posiciones, y en tales condiciones, debe ser el valor intrínseco del razonamiento respectivo el que incline la balanza a favor de alguna de las respuestas.

Finalmente, mencionaremos otro de los casos específicos que comenta la autora brasileña que hemos citado, en el que —después de señalar que existen divergencias entre las normas de derecho sustantivo que regulan la celebración de los convenios colectivos de trabajo en Francia y en Brasil— se pregunta: “¿Será posible que cierto sindicato brasileño celebre un convenio colectivo directamente con una empresa radicada en Francia y que desempeña una actividad económica en Brasil?”.<sup>17</sup> Si admitimos una respuesta positiva estaríamos frente a la aplicación de la ley gala en territorio brasileño, esto es, la aplicación extraterritorial de una norma con la consecuente afectación de la soberanía carioca; en condiciones similares —aunque no con un contenido laboral— al asunto generado por el personal del Hotel María Isabel Sheraton de la ciudad de México, que expulsó de sus instalaciones y negó el servicio de hospedaje a ciudadanos cubanos en acatamiento de la Ley Helms-Burton de los Estados Unidos, en febrero de 2006, cuya noticia se dio a conocer en varios medios de comunicación, como el que se cita a continuación:

Una reunión entre funcionarios cubanos y empresarios estadounidenses para conocer el mercado petrolero de la isla y su potencial, fue forzada a cambiar

<sup>16</sup> Corrêa Meyer Russomano, Gilda Maciel, *op. cit.*, p. 100.

<sup>17</sup> *Ibidem*, p. 103.

de sede luego de que la delegación de La Habana fue expulsada por presiones de Washington al hotel donde se hospedaban y se realizaba el encuentro.

La delegación de 16 funcionarios cubanos —encabezada por el viceministro de Industria Básica, Raúl Pérez de Prado— salió el viernes del hotel Sheraton María Isabel, propiedad de Starwood Hotels & Resorts Worldwide Inc., luego de que el gobierno de Estados Unidos presionó a la cadena y pidió que los expulsaran bajo el argumento de que violaban las leyes estadounidenses, informaron a la AP los organizadores del encuentro.<sup>18</sup>

## II. FUENTES INTERNACIONALES DEL DERECHO LABORAL

Los ejemplos referidos en el apartado anterior dan cuenta de la problemática tan abundante que pueden generar los conflictos de normas del trabajo (leyes y convenios colectivos) en su aplicación territorial y fuera del país en algunos casos, y nos han permitido introducirnos en el tema laboral del derecho internacional, por lo que, para iniciar el análisis del tópico relacionado específicamente con la materia de huelga, abordaremos el estudio de los convenios que, de manera indirecta, se relacionan con dicho objeto de estudio, toda vez que no existe convenio o recomendación alguna de la OIT que trate específicamente dicho tema, como nos lo hace notar José Barroso Figueroa:

...se acepta como axiomática la tesis de que la legislación emanada de la OIT es paradigma para todos los países del orbe, dada su índole progresista y el gran avance que significa en la ruta de proteger a los trabajadores. Lo cierto es que presenta graves carencias, la más sensible de las cuales es la ausencia de un texto que consagre expresamente el derecho de huelga, arma de lucha, la más eficaz, de que debe disponer la clase trabajadora.<sup>19</sup>

Es evidente que la suspensión de labores por parte de los trabajadores para presionar al empleador con el objeto de que acepte las peticiones de carácter laboral que le sean planteadas, a fin de defender y mejorar las condiciones en que se prestan los servicios, es una conducta que ha persistido a lo largo de la historia y cuyos ejemplos sería prolijo mencionar; sin referirnos a la época esclavista o al periodo feudal, en los que se considera que no existió relación de trabajo, es inconcuso que a partir de la Revolución Industrial las huelgas fueron un fenómeno laboral constante y pensamos

<sup>18</sup> Véase [olganza.com/2006/02/06/caso-hotel-sheraton-discriminacion-¿la-ley-helms-burton-vale-aqui/](http://olganza.com/2006/02/06/caso-hotel-sheraton-discriminacion-¿la-ley-helms-burton-vale-aqui/).

<sup>19</sup> Barroso Figueroa, José, *op. cit.*, p. XXII.

que la falta de su reconocimiento formal por parte de la OIT no debe ser motivo de preocupación.

Debemos recordar, por ejemplo, que durante la segunda mitad del siglo XIX, las huelgas en diversos países de Europa ocurrían, no obstante que ni en la Conferencia de Londres, que tuvo lugar entre el 25 y el 29 de septiembre de 1865, ni en el Congreso de Ginebra, que sesionó del 3 al 8 de septiembre de 1866, figuró como un punto del orden del día de la Asociación Internacional de Trabajadores el tema de la huelga, sino que destacaban el trabajo cooperativo, la reducción de la jornada de trabajo, el trabajo de la mujer y del niño, así como las organizaciones sindicales y su porvenir, aun cuando en el Congreso de Bruselas, que se desarrolló del 6 al 13 de septiembre de 1868, se reconoció que "...la huelga es un arma necesaria y legítima de la clase obrera, aunque por sí misma no podrá lograr la liberación del trabajador".<sup>20</sup>

Por lo anterior, consideramos que a las organizaciones de trabajadores no les inquieta que se reconozca formalmente a la huelga como un derecho si en la vía de los hechos la suspensión de las actividades laborales en los centros de trabajo ocurre constantemente, es decir, se autorice o no como un recurso legal, se presenta en la práctica, como ocurrió en la década de los años setenta del siglo pasado, en que los trabajadores de la Universidad Nacional Autónoma de México, después de haberles sido negado el registro sindical por parte de la Secretaría del Trabajo y Previsión Social del gobierno federal, estallaron su movimiento de huelga y lograron que las autoridades universitarias firmaran un documento que regulaba las condiciones de prestación de los servicios.

Por su parte, José Dávalos, con base en una cita de Nicolás Valticos, concuerda con la falta de reconocimiento manifiesto de la suspensión de labores como un derecho de los trabajadores, pero señala que debe considerarse implícito en el contenido de los dos convenios relativos al derecho de sindicación: "El otro elemento integrante del derecho colectivo, la huelga, si bien es cierto que no se menciona de manera expresa en el texto de los convenios 87 y 98, debe entenderse tácitamente incluido, por ser un legítimo medio de defensa de los intereses de los trabajadores y porque su prohibición constituye una limitación grave a la capacidad de acción de los organismos sindicales".<sup>21</sup>

<sup>20</sup> Cfr. Pla, Alberto J. *et al.*, *Historia del movimiento obrero*, Buenos Aires, Centro Editor de América Latina, 1973, t. 2, pp. 41, 42 y 47.

<sup>21</sup> Dávalos, José, "La concertación social en el derecho del trabajo", *Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas*, México, año 2, núm. 6, septiembre-diciembre de 1987, p. 654.

Es muy difícil analizar de manera desvinculada las instituciones del derecho colectivo del trabajo, ya que la acción organizada de los trabajadores se manifiesta por conducto de sus sindicatos, cuyos resultados se concretan a través de pactos normativos de las condiciones laborales y, en la mayoría de los casos, con ayuda de la presión que representa tanto el emplazamiento de la huelga como la suspensión de actividades que le es característica, en virtud de lo cual, las funciones de la OIT no han sido ajenas a este influjo integral, como nos lo hace notar Héctor Gros Espiell, quien fuera presidente del Consejo de Administración de dicho organismo internacional, ya que a pesar de que no se ha reconocido expresamente al derecho de huelga a favor de los trabajadores en algún convenio o recomendación, el Comité de Libertad Sindical ha señalado:

...que los alegatos referentes al derecho de huelga no escapan a su competencia en la medida en que afectan el ejercicio de los derechos sindicales. Es decir, que no se ha pronunciado sobre la huelga en sí, pero ha señalado que en la mayor parte de los países se reconoce que el derecho de huelga constituye un derecho legítimo al que pueden recurrir los trabajadores y sus organizaciones en defensa de sus intereses profesionales...<sup>22</sup>

En el caso de nuestro país, es importante recordar que desde antes que iniciara su vigencia la LFT de 1970, esto es, el 27 de febrero de 1967, el Ejecutivo Federal firmó el Protocolo de Buenos Aires, el cual —en nuestra opinión—, y dado que dicho convenio se califica como fundamental, debe ser firmado por el titular del Poder Ejecutivo Federal para su posterior aprobación por el Senado y formar parte de la legislación mexicana del trabajo, tanto porque —con anterioridad al 11 de junio de 2011— no existía impedimento alguno, como porque a partir de la vigencia del nuevo texto del a. 1o. constitucional, el Protocolo al que se alude obliga a ello. Respecto al cual, el maestro Mario de la Cueva, al explicar el que califica como “derecho internacional americano del trabajo”, mencionó:

...Saltamos a la novena Conferencia Internacional Americana que se celebró en Bogotá, Colombia, en el año de 1948... en ella se aprobó la *Carta de la Organización de los Estados Americanos*... En el año de 1967 se reformó la Carta en el *Protocolo de Buenos Aires*: las normas de 1948 permanecieron intocadas, pero se agregó un párrafo tercero, tan valioso como los anteriores; he aquí la introducción y los tres primeros párrafos del artículo 43 de la Carta, que son los que contienen las normas de trabajo:

<sup>22</sup> Gros Espiell, Héctor, *La Organización Internacional del Trabajo y los derechos humanos en América Latina*, México, UNAM, 1978, p. 33.

Los Estados miembros, convencidos de que el hombre sólo puede alcanzar la plena realización de sus aspiraciones dentro de un orden social justo, acompañado de desarrollo económico y verdadera paz, convienen en dedicar sus máximos esfuerzos a la aplicación de los siguientes principios:

...c) Los empleadores y los trabajadores, tanto rurales como urbanos, tienen el derecho de asociarse libremente para la defensa y promoción de sus intereses, incluyendo el derecho de negociación colectiva y el de huelga por parte de los trabajadores, el reconocimiento de la personería jurídica de las asociaciones y la protección de su libertad e independencia, todo de conformidad con la legislación respectiva.<sup>23</sup>

Por lo tanto, conforme al contenido del a. 1o. de nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (en adelante, CPEUM), en vigor a partir del 11 de junio de 2011,<sup>24</sup> la Carta de la Organización de los Estados Americanos, incluido el Protocolo de Buenos Aires al que hace referencia Mario de la Cueva, resulta de aplicación obligatoria en nuestro país, puesto que se trata de un tratado internacional en el que el Estado mexicano es parte y, en consecuencia, debe considerarse como fuente vigente del derecho mexicano del trabajo, en su capítulo colectivo, tanto el derecho de sindicación y el de huelga, reconocidos expresamente por nuestra carta magna desde 1917, como el de negociación colectiva, al que también se refiere el Protocolo en mención, con lo cual se completan las instituciones del derecho colectivo laboral.

El comentario contenido en el párrafo anterior nos sirve de base para preguntarnos si el compromiso internacional de nuestro país, contenido en el Protocolo de Buenos Aires, consistente en dedicar su máximo esfuerzo en la aplicación del derecho de negociación colectiva de los trabajadores, no genera su obligación de suscribir el Convenio 98 de la OIT, relativo a la aplicación de los principios del derecho de sindicación y de negociación colectiva, que —hasta la fecha— México no ha suscrito; en nuestra opinión, dicho convenio, que se califica como fundamental, debe ser firmado por el titular del Poder Ejecutivo Federal para su posterior aprobación por el Senado y formar parte de la legislación mexicana del trabajo, tanto porque — con anterioridad al 11 de junio de 2011— no existía impedimento alguno, como porque a partir de la vigencia del nuevo texto del a. 1o. constitucional, el Protocolo al que se alude obliga a ello.

<sup>23</sup> Cueva, Mario de la, *Derecho mexicano del trabajo*, 10a. ed., México, Porrúa, 1970, t. II, pp. 33 y 34.

<sup>24</sup> *Cfr.* Artículo transitorio primero del Decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 10 de junio de 2011.

En la Resolución Interna sobre las Estadísticas de las Huelgas y de los Cierres Patronales, adoptada por la Décimo Cuarta Conferencia Internacional de Estadísticos del Trabajo, que tuvo lugar en octubre-noviembre de 1987, se aprobó como terminología para efectos de dicha resolución que:

...se entiende por huelga una interrupción temporal del trabajo efectuada intencionalmente por un grupo de trabajadores con objeto de imponer una reivindicación o rechazar una exigencia o expresar una queja. Las huelgas declaradas en diferentes momentos y/o en diferentes establecimientos, pero que se deben al mismo motivo de conflicto, se consideran como una sola huelga si no se han interrumpido más allá de un periodo de tiempo definido.<sup>25</sup>

El concepto de huelga acogido en la resolución citada en el párrafo anterior coincide en el fondo con la definición prevista en el a. 440 de la LFT-1980, pues este precepto dispone que: “Huelga es la suspensión temporal del trabajo llevada a cabo por una coalición de trabajadores”, el cual se complementa con el contenido del numeral 355 de la misma Ley, que a la letra dice: “Coalición es el acuerdo temporal de un grupo de trabajadores o de patrones para la defensa de sus intereses comunes”. La consideración relativa a las huelgas declaradas en diferentes momentos no concuerda con la legislación mexicana para efectos de que se considere una sola huelga, puesto que el día y hora en que se suspenderán las labores es un requisito exigido por el a. 920, fr. I, de la LFT-1980 para cada emplazamiento, por lo cual si éste se encuentra dirigido a una empresa y a sus establecimientos, la suspensión debe ocurrir en el momento mencionado en el pliego de peticiones, pues en caso contrario las juntas de Conciliación y Arbitraje (en adelante JCA) pueden declarar inexistente a la huelga, previa la solicitud correspondiente del patrón, trabajadores no huelguistas o terceros interesados.

Las fuentes principales de carácter internacional en materia de derechos sindicales son los instrumentos de la OIT, como su Constitución y la Declaración de Filadelfia de 1944, así como los convenios y recomendaciones que resultan de su labor, pero también podemos encontrar otras fuentes internacionales en diversos documentos de las Naciones Unidas, organismo que si bien no se ocupa de cuestiones laborales en el desarrollo de sus funciones institucionales, sí ha adoptado normas y principios que tienen ese contenido, y que particularmente se relacionan con los derechos sindicales, esencialmente en el marco de los instrumentos relativos a los derechos humanos; y ha reconocido a la Organización Internacional del Trabajo como

<sup>25</sup> Organización Internacional del Trabajo, *Recomendaciones internacionales de actualidad en estadísticas de trabajo*, Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 1988, p. 117.

el organismo mundial competente para atender los asuntos laborales que le son planteados.

Como es natural en el rubro del derecho colectivo del trabajo, el reconocimiento del derecho de huelga a favor de los trabajadores aparece sin dificultad en las fuentes internacionales en materia de derechos sindicales, ya que en la introducción general del Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, relativo al estudio general de las memorias sobre los convenios 87 y 98, se reconoce que:

...la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 1948... el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 1966, y el Pacto y Protocolo Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 1966, han consagrado derechos y libertades que son indispensables para el libre ejercicio de los derechos sindicales. La Declaración Universal de Derechos Humanos, cuya influencia moral está fuera de duda, establece, entre otras cosas, que toda persona tiene derecho a la libertad de reunión y de asociación pacíficas (artículo 20.1), así como derecho a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses (artículo 23.4). Los pactos mencionados, que entraron en vigor en 1976, contienen disposiciones sobre el derecho de asociación, en particular el de fundar sindicatos y sobre el derecho de huelga.<sup>26</sup>

Debemos subrayar que la principal actividad institucional de la OIT se manifiesta a través de la preparación y aprobación de convenios y recomendaciones en materia laboral; los primeros tienen —de acuerdo con las ideas de José Cabrera Bazán— las características siguientes:

a) *El convenio* adopta la forma de tratado internacional que se elabora mediante un procedimiento similar al de las leyes de los parlamentos nacionales. Desde el inicio de su elaboración (la proposición formulada de una cuestión por un delegado para que sea tomada en cuenta) y sus subsiguientes pasos hasta su aprobación, discurre a través de un proceso que culmina en el trámite final y definitivo de su ratificación por los países miembros. Puede ser que la ratificación no llegue a producirse por causas internas de cada país, pero en este caso los gobiernos nacionales han de informar al director general periódicamente sobre “las dificultades que retrasan o impiden la ratificación”, porque el convenio tiene de por sí vocación para ser ratificado más tarde o más temprano.<sup>27</sup>

<sup>26</sup> Organización Internacional del Trabajo, *Libertad sindical y negociación colectiva*, Conferencia Internacional del Trabajo, 81a. Reunión, 1994; Informe III (Parte 4B), Estudio General de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, Ginebra, párrafo 14, p. 5.

<sup>27</sup> Cabrera Bazán, José, “Fuentes del derecho del trabajo”, en Buen Lozano, Néstor de

Las recomendaciones son documentos que contienen un conjunto de consejos desprovistos de coercitividad, como nos lo hace notar el mismo José Cabrera Bazán:

b) *La recomendación* es igualmente fruto de una actividad regular de la OIT que, en este caso, difícilmente puede llamarse normativa. A diferencia del convenio, carece de toda fuerza vinculante mientras permanezca en su estado de simple recomendación, que está a medio camino entre la nada y el todo respecto de aquél. En principio, el convenio en su estado embrionario de manera propuesta a la Conferencia es una recomendación y puede ser que no vaya más allá si la cuestión planteada no se considera conveniente o existen razones de oportunidad política o económica que lo aconsejen. En cualquier caso, lo más importante a resaltar es que, aceptada como pura y simple recomendación, adquiere el carácter que conviene a su nominación y se reduce a una declaración programática, unas veces como complemento interpretativo de un convenio o quedándose como abstracta manifestación dirigida a los Estados miembros.<sup>28</sup>

Héctor Gros Espiell sintetiza la diferente naturaleza jurídica de ambos instrumentos en los siguientes términos:

Mientras los convenios crean deberes concretos a cargo de los Estados que los han ratificado y en este sentido pueden, al desarrollar el texto constitucional, ir más allá de las obligaciones que impone la Constitución, las recomendaciones contienen sólo criterios para guiar, orientar y aconsejar a los Estados, ya sea para cumplir mejor con los preceptos constitucionales o para aplicar las obligaciones aceptadas en los convenios que han ratificado.<sup>29</sup>

### III. CONVENIO SOBRE LA LIBERTAD SINDICAL Y LA PROTECCIÓN DEL DERECHO DE SINDICACIÓN, 1948 (NÚM. 87)

El Convenio núm. 87 fue adoptado el 9 de julio de 1948 por la XXXI Conferencia Internacional del Trabajo,<sup>30</sup> que se llevó a cabo en la ciudad estadounidense de San Francisco, California, y una vez firmado por el presidente Miguel Alemán y aprobado por el Senado de la República, fue pu-

y Morgado Valenzuela, Emilio (coords.), *Instituciones de derecho del trabajo y de la seguridad social*, México, Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, UNAM, 1997, p. 58.

<sup>28</sup> *Ibidem*, pp. 58 y 59.

<sup>29</sup> Gros Espiell, Héctor, *op. cit.*, p. 33.

<sup>30</sup> México es miembro de la OIT desde 1931. *Cfr. ibidem*, p. 147, nota 146.

blicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 16 de octubre de 1950, pero del contenido de sus principales preceptos no se desprende referencia expresa alguna sobre el derecho de huelga.<sup>31</sup> Toda vez que dicho pacto internacional cumple con los requisitos previstos en el a. 133 de nuestra Constitución Política, ya que fue celebrado por el titular del Poder Ejecutivo Federal y autorizado por la cámara alta del Congreso, es ley suprema de toda la Unión, al mismo nivel de los derechos humanos previstos en preceptos constitucionales.

Fueron muy interesantes los criterios que sostuvieron las autoridades judiciales federales al resolver casos de amparo en que analizaron el nivel constitucional de los tratados internacionales frente a las leyes federales de nuestro país, pues en un principio se consideró que tenían la misma categoría jurídica, esto es, que poseían el mismo rango y, en consecuencia, ninguno prevalecía por encima del otro, como se sostuvo en la sentencia dictada el 9 de julio de 1981 por el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, en el amparo en revisión 256/81, promovido por C. H. Boehring Sohn, cuyo rubro, a la letra, dice: “TRATADOS INTERNACIONALES Y LEYES DEL CONGRESO DE LA UNIÓN EMANADAS DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. SU RANGO CONSTITUCIONAL ES DE IGUAL JERARQUÍA”.<sup>32</sup>

La interpretación anterior fue ratificada por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al resolver —con fecha 30 de junio de 1992— el amparo en revisión 2069/91, promovido por Manuel García Martínez, en la tesis cuyo rubro refiere: “LEYES FEDERALES Y TRATADOS INTERNACIONALES. TIENEN LA MISMA JERARQUÍA NORMATIVA”.<sup>33</sup>

Sin embargo, la tesis anterior fue abandonada con base en el criterio sustentado por el propio tribunal pleno al resolver, el 11 de mayo de 1999, el amparo en revisión 1475/98, promovido por el Sindicato Nacional de Controladores de Tránsito Aéreo, al sostener en dicho asunto que los tratados internacionales están en una jerarquía superior, sobre el derecho federal y el local, salvo que la Constitución general de la República señale

<sup>31</sup> El texto completo de los considerandos y veintinueve artículos del Convenio constan en el disco compacto ya citado del Poder Judicial de la Federación: *Compila tratados V*.

<sup>32</sup> Séptima Época, Tribunales Colegiados de Circuito, *Semanario Judicial de la Federación*, t. 151-156 Sexta Parte, p. 196. Genealogía: Informe 1981, Tercera Parte, Tribunales Colegiados de Circuito, tesis 35, p. 138. Consultada en Poder Judicial de la Federación, *Compila tratados V. Instrumentos internacionales y su correlación con las tesis emitidas por el Poder Judicial de la Federación*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2005, disco compacto.

<sup>33</sup> Tesis P. C/92, Octava Época, Pleno, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, diciembre de 1992, t. 60, p. 27. Consultada en *idem*.

algún caso especial, como indica la tesis cuyo rubro es: “TRATADOS INTERNACIONALES. SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES FEDERALES Y EN UN SEGUNDO PLANO RESPECTO DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL”.<sup>34</sup>

El criterio de interpretación anterior fue reiterado por el mismo Pleno de la SCJN al resolver, con fecha 13 de febrero de 2007, el amparo en revisión 120/2002, promovido por McCain México, S. A. de C. V., por mayoría de seis votos, con el rubro siguiente: “TRATADOS INTERNACIONALES. SON PARTE INTEGRANTE DE LA LEY SUPREMA DE LA UNIÓN Y SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES GENERALES, FEDERALES Y LOCALES. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL”.<sup>35</sup>

El propio tribunal pleno, el 20 de marzo de 2007, aprobó con el número IX/2007 la tesis aislada que antecede y conviene hacer notar que en la sesión pública de 13 de febrero del mismo año, además del amparo en revisión 120/2002, promovido por McCain México, S. A. de C. V., se resolvieron los amparos en revisión 1976/2003, 787/2004, 1084/2004, 1651/2004, 1277/2004, 1576/2005, 1738/2005, 2075/2005, 74/2006, 815/2006, 948/2006, 1380/2006, y el amparo directo en revisión 1850/2004, respecto de los cuales el tema medular correspondió a la interpretación del a. 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, a que se refiere la tesis aislada de referencia; sin embargo, como las resoluciones respectivas fueron aprobadas por mayoría de seis votos, esa votación no reúne el mínimo aprobatorio de ocho ministros a que se refiere el a. 192, pfo. 2, de la Ley de Amparo para que pudiesen constituir jurisprudencia.

A pesar de que el Convenio sobre la Libertad Sindical y la Protección del Derecho de Sindicación, 1948 (núm. 87) de la OIT resulta, de acuerdo con el nuevo criterio de la Suprema Corte, con una ubicación jerárquica por encima de las leyes federales, entre ellas la del Trabajo, y el a. 1o., pfo. 1, constitucional, dispone que, en nuestro país, 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, de poco sirve en materia de huelga si dicho tratado internacional no consigna expresamente disposición alguna relacionada con ese recurso

<sup>34</sup> Registro 192867, tesis P. LXXVII/99, Novena Época, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, noviembre de 1999, t. X, p. 46. Consultada en *idem*.

<sup>35</sup> Registro 172650, Novena Época, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta* XXV, abril de 2007. Consultada en la página web de IUS 2012.

de los trabajadores, en virtud de lo cual es necesario continuar nuestra investigación para dar cuenta de las referencias que, como la de Nicolás Valticos, consideran que debe entenderse tácitamente incluida en el convenio referido, a fin de contar con elementos que nos permitan sustentar y validar dicha aseveración.

El especialista en la materia internacional laboral, José Barroso Figueroa, al analizar a los órganos de control regular de la observancia por los miembros de la OIT de las obligaciones inherentes a los convenios y recomendaciones, menciona en primera instancia a la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, y destaca como una de sus funciones (indebida pero efectiva en la práctica) la creación de derecho internacional del trabajo por la vía de la jurisprudencia, en muchos casos para colmar lagunas:

Es en este campo donde más penosamente avanza la labor de interpretación de la Comisión de Expertos y en el que, quizá, ha proyectado su importancia mayor. Es sorprendente advertir que ningún instrumento de la OIT consagra expresamente el derecho de huelga (arma sin parangón de las organizaciones sindicales de trabajadores para el reclamo de sus aspiraciones). Apenas puede suponerse alguna efectividad a la acción sindical, si se le despoja del derecho de huelga; por eso la Comisión de Expertos entendió prontamente la necesidad de reconocer a aquellas organizaciones tal derecho, mas como no había base convencional para ello, tuvo verdaderamente que crearla jurisprudencialmente, colmando así una laguna (grande como el mar) de la legislación internacional del trabajo; para ello, entendió comprendido el derecho de huelga en los medios de que disponen los sindicatos "...para promover y defender los intereses sociales y económicos de los trabajadores", es decir en el contexto del Convenio número 87 (sobre Libertad Sindical y Derecho de Sindicación), cuyo articulado, aun examinado con potente lupa, por ningún lado incluye el derecho de huelga.<sup>36</sup>

El mismo autor concluye su análisis con los siguientes comentarios:

Como el artículo 10 del Convenio señala que debe entenderse por "organización" a la que "...tenga por objeto fomentar y defender los intereses de los trabajadores y de los empleadores", razona la Comisión que a su juicio "...el derecho de huelga constituye uno de los medios esenciales de que disponen los trabajadores y sus organizaciones para promover y defender sus intereses económicos y sociales", y de esta base, supuesta con singular ingenio, obtiene

<sup>36</sup> Barroso Figueroa, José, *op. cit.*, p. 201, nota 40.

el fundamento legal con que sacude a los países que de alguna manera conculcan o limitan el ejercicio del derecho de huelga.<sup>37</sup>

Es importante destacar que el objeto asignado a las organizaciones obreras por el a. 10 del citado Convenio núm. 87 coincide esencialmente con la finalidad fijada por el a. 232 de la LFT-1931, que define al sindicato como "...la asociación de trabajadores o patrones de una misma profesión, oficio o especialidad, o de profesiones, oficios o especialidades similares o conexos, constituida para el estudio, mejoramiento o defensa de sus intereses comunes", la cual es muy similar a la vigente del numeral 356, que a la letra dice: "...es la asociación de trabajadores o patrones, constituida para el estudio, mejoramiento o defensa de sus intereses comunes".

El mismo internacionalista de la disciplina laboral, José Barroso Figueroa, clasifica con base en una sistematización propia los convenios y recomendaciones adoptados por la OIT, y dentro del rubro que denomina "derechos humanos fundamentales" ubica —entre diez de ellos— a los que corresponden a los números "87, sobre la Libertad Sindical y la Protección del Derecho de Sindicación" y "98, sobre el Derecho de Sindicación y de Negociación Colectiva", respecto de los cuales comenta:

Obviamente no todos los convenios mencionados poseen la misma jerarquía e, incluso, algunos resultan anticuados. Pero dos de ellos, los ligados de manera directa con la libertad sindical, que son el número 87, adoptado en 1948 por la Conferencia en su Trigésima Primera Reunión, y el 98, adoptado en 1949 por la Trigésima Segunda Reunión, conforman la cumbre de la labor normativa de la OIT. Es curioso advertir que ninguno de ambos pactos cuenta con una recomendación complementaria.<sup>38</sup>

No obstante que tanto la clasificación de la OIT como la elaborada por Barroso Figueroa incluyen a los convenios 87 y 98 citados, dentro del rubro de los derechos humanos fundamentales, el a. 102, apartado B, pfo. 3, de nuestra carta magna —en forma totalmente antitética— excluía completamente de la competencia de los organismos de protección de los derechos humanos que ampara el orden jurídico mexicano a los asuntos laborales, además de los electorales y jurisdiccionales; por lo tanto, no sólo los temas relativos a la libertad sindical se encontraban exceptuados del conocimiento

<sup>37</sup> *Idem.*

<sup>38</sup> *Ibidem*, p. 373. La "Guía clasificada de las normas internacionales del trabajo" incluida como anexo en el manual *Las normas internacionales del trabajo*, citado por el autor, también clasifica a los convenios y recomendaciones relacionados con la libertad sindical dentro del apartado titulado "Derechos humanos fundamentales". *Cfr. ibidem*, p. 262, nota 2.

de la Comisión Nacional de Derechos Humanos y de las correspondientes comisiones estatales del mismo ramo, sino cualquier asunto de carácter laboral, ya sea individual o colectivo.

Afortunadamente, a partir del 11 de junio del 2011 se encuentra en vigor la reforma del pfo. 3 mencionado, la cual suprimió la exclusión de los asuntos laborales, por lo que tan pronto se cuente con las adecuaciones de la legislación reglamentaria correspondiente —previstas para el 12 de junio de 2012— los organismos protectores de los derechos humanos en nuestro país podrán conocer de las quejas en contra de actos u omisiones de naturaleza administrativa provenientes de cualquier autoridad o servidor público, incluidos los laborales, con excepción de los del Poder Judicial de la Federación, que violen los derechos humanos en materia laboral.<sup>39</sup>

#### IV. CONVENIO SOBRE EL DERECHO DE SINDICACIÓN Y DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA, 1949 (NÚM. 98)

No obstante que no se encuentra ratificado por México, es conveniente referirnos al otro convenio relacionado con el derecho sindical y valorar su situación legal en nuestro país para saber si podemos invocarlo o no como ley suprema de toda la Unión.<sup>40</sup>

Al igual que ocurre con el contenido del Convenio 87, ninguno de los preceptos del Convenio 98 hace referencia expresa a la huelga como un derecho de los trabajadores, aunque el a. 4o. de este último Convenio menciona a otra de las instituciones del derecho colectivo del trabajo, como es el contrato colectivo, y le asigna como objeto reglamentar las condiciones de empleo por la vía de la negociación, pero lo más grave del asunto es que este último Convenio no ha sido ratificado por México, y por ende puede pensarse que carece de validez legal en nuestro país, aunque en nuestra opinión y como lo expusimos con anterioridad, el Estado Mexicano está obligado a suscribirlo, en cumplimiento del Protocolo de Buenos Aires que reformó la Carta de la Organización de los Estados Americanos y que se encuentra vigente desde el 27 de febrero de 1970.<sup>41</sup>

<sup>39</sup> Para conocer los antecedentes legislativos de la reforma y un análisis de los asuntos laborales véase el artículo de nuestra autoría titulado “La nueva competencia laboral de los organismos protectores de los derechos humanos en México”, *Iurisdictio. Revista del Tribunal Estatal de Conciliación y Arbitraje del Estado de México*, México, núm. 1, octubre-diciembre de 2011, pp. 119- 156.

<sup>40</sup> El texto completo de los considerandos y dieciséis artículos del convenio constan en el disco compacto ya citado del Poder Judicial de la Federación: *Compila tratados V*

<sup>41</sup> Véase: <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Publicaciones/CDs2011/CDTratados/pdf/M260.html> (fecha de consulta: 8 de abril de 2012).

Como bien sabemos, la celebración de los tratados corresponde al presidente de la República y su aprobación es competencia del Senado; sin embargo, hasta 1985 funcionó en la STPS, la Dirección de Asuntos Internacionales que se encargaba de formular los dictámenes que se acompañaban a los convenios de la OIT cuando eran sometidos, para su aprobación en su caso, a la cámara alta del Congreso de la Unión, pero dichos dictámenes eran sólo de carácter ilustrativo o informativo y de ninguna manera restringían la competencia exclusiva del Senado para pronunciar la decisión que considerara adecuada, como nos comenta José Barroso Figueroa en relación con el Convenio núm. 98, el cual:

...fue dictaminado favorablemente a su ratificación por el entonces Departamento de Relaciones y Publicaciones de la Secretaría del Trabajo y Previsión Social; sin embargo, el H. Senado de la República desoyó ese dictamen y rechazó el citado convenio, probablemente por considerarlo incompatible con las cláusulas de exclusión que admitía nuestra Ley Federal del Trabajo y sigue admitiendo la ahora en vigor.<sup>42</sup>

Héctor Gros Espiell, ex presidente del Consejo de Administración de la OIT, subraya que el derecho a la libertad sindical involucra ineludiblemente reconocer a las organizaciones de trabajadores un conjunto de derechos concretos y específicos, entre ellos el derecho a la libre negociación colectiva: “La libertad sindical implica el derecho de las organizaciones profesionales a establecer, mediante convenios colectivos libremente negociados, las condiciones del trabajo, como lo reconoce la Declaración de Filadelfia (III, e) y el artículo 4 del Convenio número 98”.<sup>43</sup> Por lo tanto, aun cuando México no ha ratificado el convenio citado, sí está obligado a cumplir el principio<sup>44</sup> enunciado en la Declaración a que se refiere el autor citado, que se relaciona con los fines y objetivos de dicho organismo internacional; en consecuencia, consideramos que el reconocimiento del derecho de negociación colectiva sí puede hacerse valer con fundamento en la Declaración a la que se alude.

Desafortunadamente, no podemos decir lo mismo respecto de la huelga, toda vez que, como nos lo hace notar el mismo ex presidente del Consejo de Administración de la OIT: “El derecho de huelga no ha sido reco-

<sup>42</sup> Gros Espiell, Héctor, *op. cit.*, p. 123, nota 5.

<sup>43</sup> *Ibidem*, pp. 28 y 29.

<sup>44</sup> El apartado III de la Declaración de Filadelfia, adoptada el 10 de mayo de 1944, dispone que “la Conferencia reconoce la obligación solemne de la Organización Internacional del Trabajo de fomentar, entre todas las naciones del mundo, programas que permitan: ...e) Lograr el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva...”. *Ibidem*, p. 156.

nocido en el Convenio núm. 87 y aunque el Comité de Libertad Sindical se ha referido a él en múltiples ocasiones, no puede conceptuarse, en el sistema de la OIT, como un derecho de reconocimiento general y necesario como consecuencia de la afirmación constitucional de la libertad sindical”.<sup>45</sup> Sin embargo, en el caso de nuestro país, sí podemos hacerlo valer como un derecho constitucionalmente reconocido tanto por la vía del texto del a. 123, apartado A, fr. XVII, como por el compromiso asumido por el Estado mexicano en el referido Protocolo de Buenos Aires que modificó la Carta de la Organización de los Estados Americanos.

En el Estudio General de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, titulado *Libertad sindical y negociación colectiva*, que fuera presentado a la Conferencia Internacional del Trabajo en su 58a. Reunión celebrada en 1973, al examinar la protección contra actos de discriminación antisindical, como una de las cuestiones previstas en el Convenio núm. 98, se menciona que:

En cuanto a los sistemas de seguridad sindical, cabe señalar que la Comisión de Relaciones de Trabajo, en la 32a. Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, acordó finalmente reconocer que el Convenio núm. 98 “no debería interpretarse en el sentido de que autoriza o prohíbe las cláusulas de seguridad sindical, y que estas cuestiones deben resolverse de acuerdo con la reglamentación y la práctica nacionales”. Por consiguiente, el Convenio no obliga en modo alguno a los países a que autoricen los sistemas de seguridad sindical establecidos por contrato colectivo o por los usos y costumbres; pero tampoco coloca en la imposibilidad de ratificarlo a los países que permiten tales arreglos.<sup>46</sup>

No obstante lo anterior, el gobierno de México, en la memoria que presentó sobre dicho Convenio, expresó como una dificultad que le impedía la ratificación del mismo que su legislación nacional permite la inclusión en los convenios colectivos de cláusulas de seguridad sindical,<sup>47</sup> pero como se desprende del texto transcrito en el párrafo anterior, ello no representa un impedimento para que nuestro país pueda ratificarlo.

Llama mucho la atención de los investigadores, los paradójicos antecedentes que existen respecto del Convenio núm. 98 y su falta de ratificación

<sup>45</sup> Gros Espiell, Héctor, *op. cit.*, p. 30.

<sup>46</sup> Organización Internacional del Trabajo, *Libertad sindical y negociación colectiva*, Informe III (Parte 4B), Estudio General de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, Conferencia Internacional del Trabajo, 58a. Reunión, Ginebra, 1973, p. 63, párrafo 141.

<sup>47</sup> *Ibidem*, p. 82, párrafo 190.

por nuestro país, ya que —como lo ha hecho notar Wilfred Jenks— “fue en la ciudad de México en donde se inició el programa de la Organización Internacional del Trabajo para la promoción y protección de la libertad sindical”.<sup>48</sup> Por su parte, Gros Espiell refuerza esta consideración, pues señala: “Fue en efecto, en 1948, en la sesión de San Francisco de la Conferencia Internacional del Trabajo que se adoptó el Convenio núm. 87 y en 1949 que la Conferencia Internacional del Trabajo aprobó el Convenio núm. 98 sobre el Derecho de Sindicación y de Negociación Colectiva, que tienen su fuente directa, y muchas veces textual, en las resoluciones referidas de la citada Conferencia de México”.<sup>49</sup>

Es oportuno comentar la situación similar que guardan los convenios 87 y 98 de la OIT, por una parte, con el a. 123, apartado A, de nuestra Constitución Política, por la otra, puesto que en dichos instrumentos legales se reconoce explícitamente el derecho de los trabajadores para constituir sus organizaciones, pero se omite referirse a una de las tres instituciones del derecho colectivo del trabajo, es decir, en los pactos internacionales no se menciona a la huelga pero sí al contrato colectivo de trabajo (en lo sucesivo: CCT), en tanto que en el precepto constitucional no se alude a este último<sup>50</sup> pero sí se reconoce aquélla.

Después de 1948 y 1949, en que se adoptaron, respectivamente, los convenios 87 y 98 de la OIT, esta organización internacional continuó su labor normativa y propositiva, de tal manera que, a la fecha, tiene aprobados 189 convenios<sup>51</sup> y 201 recomendaciones.<sup>52</sup> Entre los primeros, el Convenio sobre la Negociación Colectiva (núm. 154), 1981, que obviamente se relaciona con el derecho colectivo del trabajo, tampoco menciona expresamente a la huelga ni ha sido ratificado por nuestro país; en tanto que, por lo que

<sup>48</sup> Citado por Gros Espiell, Héctor, *op. cit.*, p. 72, nota 151.

<sup>49</sup> *Ibidem*, p. 73. La Conferencia de México a la que se alude fue la Tercera Conferencia de los Estados de América miembros de la OIT que se llevó al cabo en dicha ciudad en 1946.

<sup>50</sup> Aun cuando ninguna de las fracciones del original artículo 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se refiere al contrato colectivo de trabajo, el concepto no fue ajeno a los diputados miembros del Congreso Constituyente de Querétaro, ya que en la sesión que tuvo lugar el 28 de diciembre de 1916, José N. Macías lo mencionó en dos ocasiones al comentar el contenido de los proyectos de ley que, por instrucciones de Venustiano Carranza, había preparado con Luis Manuel Rojas, los cuales habían sido estudiados por Luis Cabrera. *Cfr.* Remolina Roqueñí, Felipe, *El artículo 123*, V Congreso Iberoamericano del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, México, Secretaría del Trabajo y Previsión Social, 1974, pp. 171 y 173.

<sup>51</sup> Véase [http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:12000:1946579330346512:::P12000\\_INSTRUMENT\\_SORT:4](http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:12000:1946579330346512:::P12000_INSTRUMENT_SORT:4) (fecha de consulta: 8 de abril de 2012).

<sup>52</sup> Véase <http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:12010:1946579330346512::NO::> (fecha de consulta: 8 de abril de 2012).

se refiere a las recomendaciones, tres de ellas se vinculan temáticamente con la parte colectiva del derecho laboral, a saber, recomendación sobre: *a)* los contratos colectivos (núm. 91), 1951; *b)* la conciliación y el arbitraje voluntarios (núm. 92), 1951, y *c)* la negociación colectiva (núm. 163), 1981, pero sólo la citada en el inciso *b* menciona a la huelga, no para reconocerla como un derecho de los prestadores de servicio y para prohibir actos que restrinjan su ejercicio, sino para proponer que, en los conflictos de trabajo entre empleadores y trabajadores, se abstengan estos últimos de recurrir a ella, si el problema ha sido sometido a un procedimiento de conciliación o al arbitraje, aunque al final indica que ninguna de las disposiciones de dicha recomendación podrá interpretarse en modo alguno en menoscabo del derecho de huelga (numerales 4, 6 y 7).

En el que José Barroso Figueroa, al igual que Mario de la Cueva, conceptúa como “derecho internacional americano del trabajo” —al lado del “derecho internacional europeo del trabajo”— hace referencia al reconocimiento explícito de la huelga como un derecho irrefutable de los trabajadores contenido en dos documentos internacionales de gran importancia, que ha adoptado nuestro país y que, en consecuencia, resultan de aplicación legal obligatoria, por encima de la LFT, de acuerdo con el nuevo criterio jurisprudencial de la SCJN y el texto actual del a. 1o. de nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos:

a) La Novena Conferencia Internacional Americana, que se llevó a cabo en Bogotá, Colombia, del 30 de abril al 2 de mayo de 1948, adoptó la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales,<sup>53</sup> que incluye lo que el propio instrumento denomina “los derechos sociales del trabajador”, entre los cuales se menciona expresamente al “derecho de huelga”.

b) La Comisión de la OEA para la reforma del sistema americano aprobó el 28 de noviembre de 1973, en Lima (Perú), un memorial para la Asamblea General de dicha organización continental, convocada para el mes de abril siguiente en Atlanta, Estados Unidos, en cuyo a. 5o. se asentó: “El trabajo es un derecho y una obligación social que puede ser ejercido únicamente en condiciones que aseguren la protección de la salud, el adecuado estándar de vida y una justa remuneración. Todos los signatarios de la OEA reconocen el derecho de los trabajadores a actuar dentro de los sindicatos y el derecho de huelga”.<sup>54</sup>

<sup>53</sup> La Carta entró en vigor el 13 de diciembre de 1951.

<sup>54</sup> Barroso Figueroa, José, *op. cit.*, p. 38.

Del mismo modo, es importante señalar que en la resolución sobre los derechos sindicales y su relación con las libertades civiles, la Conferencia Internacional del Trabajo, correspondiente a 1959, ordenó la preparación de otros estudios e informes sobre cuestiones de la competencia de la OIT, que guardan relación con la libertad de asociación y los derechos sindicales y las libertades civiles vinculadas con los mismos, con miras a considerar nuevas medidas destinadas a lograr el respeto pleno y universal de los derechos sindicales en su sentido más amplio, y entre otras cuestiones a las que se debería consagrar atención particular, mencionó al “derecho de huelga”.<sup>55</sup>

Incluso la II Conferencia Regional Europea, celebrada en Ginebra en 1974, aprobó su Resolución sobre la Libertad Sindical y las Relaciones Profesionales en Europa, en la que se considera que: “...el derecho a la huelga figura entre las cuestiones sobre las que la resolución antes citada de 1970<sup>56</sup> requería llevar a cabo nuevos estudios «con miras a considerar nuevas medidas destinadas a lograr el respeto pleno y universal de los derechos sindicales en su sentido más amplio»”, por lo cual recomendó al Consejo de Administración que pidiera “...al director general que, según se le solicitó por la Conferencia Internacional del Trabajo en 1970, emprenda estudios sobre la práctica y la legislación en materia de huelgas, tanto en el sector público como en el privado, con miras a examinar las medidas que puedan adoptarse por la Organización en este campo...”.<sup>57</sup>

No obstante que ha transcurrido ya más de medio siglo desde que se tomó en 1959 la primera resolución mencionada, desafortunadamente el tema relativo al “derecho de huelga” no ha cristalizado expresamente, ya no digamos en algún convenio, sino ni siquiera en una recomendación determinada, que, como sabemos, carece de fuerza legal obligatoria.

En forma parecida se han manifestado los países de nuestro continente, puesto que en la X Conferencia de los Estados de América miembros de la OIT, celebrada en México en 1974, se adoptó la Resolución IV, que encarga al Consejo de Administración que realice estudios con miras a considerar nuevas medidas destinadas a lograr el respeto pleno y universal de los derechos sindicales en su sentido más amplio, para lo cual deberá consagrar atención particular, entre otras cuestiones, al derecho de huelga,<sup>58</sup> pero el resultado ha sido el mismo; esto es, la resolución adoptada no ha impulsado

<sup>55</sup> Organización Internacional del Trabajo, *Libertad sindical y...*, cit., 1973, p. 8, pfo. 20.

<sup>56</sup> Se refiere a la Resolución sobre los Derechos Sindicales y su Relación con las Libertades Civiles, adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo en su 54a. Reunión (1970).

<sup>57</sup> *Cfr.* Gros Espiell, Héctor, *op. cit.*, pp. 248 y 249.

<sup>58</sup> *Ibidem*, p. 76.

la aprobación de un convenio o recomendación sobre este derecho colectivo de los trabajadores.

Debe destacarse que, a pesar de haberse celebrado en nuestro país la Conferencia citada en el párrafo anterior y que la misma Resolución IV: “Exhortó nuevamente a los gobiernos de los Estados de América miembros de la OIT que aún no lo hubieran hecho a que ratifiquen y apliquen sin demora el... Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949 (número 98)... y, en tanto se procede a esta ratificación, adopten medidas en el plano nacional que garanticen la estricta observancia de los principios enunciados en dichos convenios...”,<sup>59</sup> nuestro país se ha abstenido —hasta la fecha— de aprobar, por la vía inicial del Ejecutivo Federal y la final del Senado de la República, el convenio de referencia.

Es muy lamentable, para quienes pretendemos cultivar el estudio del derecho laboral en nuestro país, leer los comentarios —totalmente ciertos e incuestionables— de Guillermo López Guízar, cuando después de señalar el alto número de ratificaciones del Convenio núm. 98, destaca que:

... todos los países que integran la Unión Europea han ratificado este instrumento fundamental para promover entre empleadores y trabajadores una negociación colectiva voluntaria y determinar, a través de este medio, las condiciones de empleo. En relación con la región de América, casi todos los países del continente forman parte del Convenio núm. 98, a excepción de México, Estados Unidos, Canadá y El Salvador. Es de observarse que justamente los tres países que integran el Tratado de Libre Comercio de América del Norte no han ratificado este importante instrumento de promoción de mecanismos de negociación colectiva.<sup>60</sup>

## V. PROTECCIÓN DE LOS DIRIGENTES OBREROS

En la III Conferencia de los Estados de América miembros de la OIT, que tuvo lugar en la ciudad de México en 1946, se adoptó —entre otras— la Resolución sobre la Protección del Derecho Sindical y de las Negociaciones Colectivas, en la cual se propuso aplicar como principio, además de algunos

<sup>59</sup> *Ibidem*, pp. 75 y 76.

<sup>60</sup> López Guízar, Guillermo, “La negociación colectiva en el nuevo contexto, tendencias”, en Kurczyn Villalobos, Patricia (coord.), *Derecho social. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, p. 87. Nota: El Salvador ratificó el Convenio 98 después de la fecha de publicación de este ensayo, el 6 de septiembre de 2006, por lo cual sólo no lo han suscrito los tres países signatarios del TLC.

otros que se juzgaron adecuados para constituir la base del sistema de reglamentación de las negociaciones colectivas, que: “3. La legislación respectiva debería garantizar, en cada país, el ejercicio de los derechos sindicales y la función de los dirigentes obreros, particularmente durante la preparación y la ejecución de huelgas, no pudiendo ser despedidos, perseguidos o privados de su libertad por sus actividades sindicales”.<sup>61</sup>

En la LFT-1931 no existió algún precepto que garantizara la función de los miembros de las directivas sindicales, ni de manera general ni especialmente durante las actividades preliminares y el desarrollo de huelgas, por lo cual la propuesta a que se alude en el párrafo anterior no se concretó en nuestro país, no obstante haberse generado en el mismo, y fue a partir del 1o. de mayo de 1970, con motivo del inicio de la vigencia de nuestra segunda ley federal laboral, que se empezó a aplicar el a. 376, pfo. 2, el cual dispone que: “Los miembros de la directiva que sean separados por el patrón o que se separen por causa imputable a éste, continuarán ejerciendo sus funciones salvo lo que dispongan los estatutos”.

Como podemos advertir, el párrafo del precepto citado no protege del despido a los dirigentes obreros, pero sí disminuye los efectos negativos de su separación por parte del empleador, ya que les permite continuar el desempeño de sus funciones representativas, a menos que los estatutos sindicales dispongan lo contrario. Sin embargo, debemos tomar en cuenta que nuestro país ratificó, en 1974,<sup>62</sup> el Convenio núm. 135 sobre la Protección y Facilidades que deben Otorgarse a los Representantes de los Trabajadores en las Empresas, respecto del cual, el laboralista Alfredo Sánchez-Castañeda nos comenta el alcance de este tratado internacional, en los siguientes términos:

Por su parte, el Convenio número 135 relativo a la protección y facilidades que deben otorgarse a los representantes de los trabajadores en la empresa (ratificado por México en 1974), adoptado el 23 de junio de 1971 por la Conferencia General de la OIT, establece que los representantes de los trabajadores en la empresa deberán gozar de protección eficaz contra todo acto que pueda perjudicarlos, incluido el despido por razón de su condición de representantes de los trabajadores, de sus actividades como tales, de su afiliación al sindicato, o de su participación en la actividad sindical, siempre que dichos representantes actúen conforme a las leyes, contratos colectivos u otros acuerdos comunes en vigor.<sup>63</sup>

<sup>61</sup> Gros Espiell, Héctor, *op. cit.*, p. 254.

<sup>62</sup> *Diario Oficial de la Federación* del 21 de enero de 1975.

<sup>63</sup> Sánchez-Castañeda, Alfredo, “Derechos humanos y derecho del trabajo: una agenda de principios”, en Bouzas Ortiz, José Alfonso (coord.), *La reforma laboral que necesitamos*, México, UNAM, 2004, p. 115.

En tales circunstancias, el Convenio referido deviene ley suprema de toda la Unión, de conformidad con lo dispuesto en el a. 1o. en relación con el 133 de la CPEUM, y resulta aplicable a las relaciones de trabajo en todo lo que beneficie al trabajador, a partir de la fecha de su vigencia, en términos del a. 6o. de la LFT-1980. En consecuencia, y toda vez que la protección que otorga dicho pacto internacional es mayor que la que dispensa el precepto de la ley laboral, debe aplicarse aquél, no sólo porque favorece más al trabajador sino porque, como vimos con anterioridad, la SCJN ha determinado que los tratados internacionales se ubican jerárquicamente por encima de las leyes federales y en un segundo plano respecto de nuestra carta magna, y porque el nuevo texto del citado a. 1o. constitucional así lo ordena.

Por lo tanto, y en acatamiento del referido Convenio núm. 135, un empleador no puede despedir a los representantes de los trabajadores de su empresa debido a su participación en la actividad sindical, en la cual se incluye la preparación y ejecución de huelgas como parte de su programa de acción, siempre que en las mismas no se ejecuten actos violentos en contra de las personas o las propiedades o se realicen en caso de guerra, cuando los trabajadores pertenezcan a establecimientos o servicios que dependan del gobierno, con lo cual se actuaría conforme al a. 445 de la LFT-1980.

## VI. VOTACIÓN SECRETA EN EL RECUENTO

Aunque no se trata de un tema referido expresamente a la huelga, sino a la contratación colectiva, es significativo mencionar que en la misma III Conferencia de los Estados de América miembros de la OIT, celebrada en la ciudad de México en 1946, se adoptó —entre otras— la Resolución sobre la Protección del Derecho Sindical y de las Negociaciones Colectivas, y en el apartado II, relativo a la “Administración de las negociaciones colectivas”, se propuso que los organismos que los Estados deberían poner a disposición de las partes, encargados de asegurar el respeto a los derechos sindicales y establecer procedimientos expeditos para ese efecto, deberían estar investidos de la facultad de determinar qué sindicato representa a una mayoría de los trabajadores para las finalidades de las negociaciones colectivas, y que: “En caso de desacuerdo, los mismos organismos deberían determinar, *mediante votación secreta*, cuál de los sindicatos representa a la mayoría de los trabajadores que voten dentro de la correspondiente unidad de negociación

colectiva como representante exclusivo de todos los trabajadores de dicha unidad para las negociaciones colectivas”.<sup>64</sup>

Por lo tanto, como podemos observar, *desde hace sesenta y seis años* se había recomendado en nuestro país, nada menos que por el conjunto de los Estados de nuestro continente integrantes del organismo internacional especializado en la cuestión laboral, que la votación en materia del recuento, para determinar el sindicato representativo de la mayoría, se recogiera en forma secreta, es decir, de manera reservada, sin que se pudiera conocer el sentido del voto de cada uno de los trabajadores que asistieran a la diligencia correspondiente.

Importa para efectos de la huelga, al igual que para definir al sindicato titular del CCT o administrador del contrato ley, que la votación en estos casos sea secreta, dado que para determinar si —en un asunto concreto— se reúne o no el requisito previsto en el a. 451, fr. II, de la LFT-1980, esto es, que la suspensión se hubiere realizado por la mayoría de los trabajadores de la empresa o establecimiento, es necesario desahogar una prueba de la misma naturaleza, es decir, practicar el recuento correspondiente, en términos de lo dispuesto en el a. 931 de la ley citada, toda vez que de ser una minoría la que hubiese apoyado el movimiento, estaríamos en presencia de la causal de inexistencia de la huelga a que se refiere el numeral 459, fr. I, del mismo ordenamiento laboral.

Es muy triste para los laboristas mexicanos que a pesar de que hace más de seis décadas, y en nuestro país, se hubiera propuesto en una reunión de carácter internacional, especializada en la materia laboral, que la votación referida se manifieste de manera secreta, nuestros poderes públicos de la Federación, en especial el Ejecutivo y el Legislativo, no hayan podido concretar, hasta la fecha, la adición respectiva, dado que las normas relativas al desahogo de la prueba de recuento se incorporaron en el a. 462 de la LFT-1970, que corresponde al 931 de la ley en vigor, pero no se precisa en ellos si la votación correspondiente debe ser abierta o secreta y la práctica de las JCA ha sido realizarlo en forma directa, es decir de viva voz, registrando el actuario o personal encargado de la diligencia la respuesta de cada uno de los trabajadores, con lo cual se impide que su decisión personal sea libre y queden expuestos a las represalias o prácticas discriminatorias que puede llevar a cabo el empleador, al amparo de esta circunstancia.

Afortunadamente, la Segunda Sala de la SCJN aprobó —el 1o. de octubre de 2008— la tesis de jurisprudencia 150/2008 que interpretó que las

<sup>64</sup> *Cfr.* Gros Espiell, Héctor, *op. cit.*, p. 254. Las cursivas son nuestras para destacar la parte relativa de la cita que se relaciona con el tema analizado.

JCA están obligadas a ordenar y garantizar que, en el desahogo de la prueba de recuento para resolver la titularidad del CCT, los trabajadores expresen su voto de manera personal, libre, directa y secreta; dicha tesis lleva por rubro: “RECUENTO PARA DETERMINAR LA TITULARIDAD DEL CONTRATO COLECTIVO DE TRABAJO PREVISTO EN EL ARTÍCULO 931 DE LA LEY FEDERAL DEL TRABAJO. LAS JUNTAS DE CONCILIACIÓN Y ARBITRAJE DEBEN ORDENAR Y GARANTIZAR QUE EN SU DESAHOGO LOS TRABAJADORES EMITAN VOTO PERSONAL, LIBRE, DIRECTO Y SECRETO”.<sup>65</sup>

## VII. CONVENIO SOBRE LA ABOLICIÓN DEL TRABAJO FORZOSO, 1957 (NÚM. 105)

El Convenio núm. 105 sobre la Abolición del Trabajo Forzoso, de 1957, ratificado por nuestro país el 1o. de junio de 1959,<sup>66</sup> si bien es cierto que no se relaciona directamente con el derecho colectivo laboral, también lo es que menciona a la institución que analizamos, puesto que en su a. 1o., inciso *d*, dispone que: “Todo miembro de la Organización Internacional del Trabajo que ratifique el presente convenio se obliga a suprimir y a no hacer uso de ninguna forma de trabajo forzoso u obligatorio: ...d) como castigo por haber participado en huelgas”. Néstor de Buen comenta al respecto que el a. 5o. constitucional prohíbe, en términos generales, esta especie de trabajo, salvo en el caso en que sea impuesto como pena por la autoridad judicial.<sup>67</sup>

Afortunadamente, nuestra ley laboral vigente no contiene algún precepto que sancione penalmente conductas relacionadas con la huelga, como ocurrió con los derogados aa. 262 y 269 bis de la LFT-1931,<sup>68</sup> aunque estos preceptos no castigaban la sola participación en un movimiento de este tipo sino los actos de coacción o de violencia física o moral sobre las personas o de fuerza sobre las cosas o los que tuvieran como finalidad impedir la reanudación de los trabajos cuando se declarase la inexistencia de la huelga o a

<sup>65</sup> Registro IUS 168569, tesis 2a./J. 150/2008, Novena Época, Segunda Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, octubre de 2008, t. XXVIII, p. 451. Precedentes: Contradicción de tesis 74/2008-SS. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Tercero, Cuarto, Noveno, Décimo Segundo, Décimo Tercero y Décimo Cuarto, todos en Materia de Trabajo del Primer Circuito. 10 de septiembre de 2008. Cinco votos.

<sup>66</sup> *Diario Oficial de la Federación* del 21 de agosto de 1959.

<sup>67</sup> Buen L., Néstor de, *Compilación de normas laborales (comentadas)*, México, Porrúa, 2002, t. I, p. 186.

<sup>68</sup> La LFT-1970 no reprodujo el texto de los citados aa. 262 y 269 bis, por lo cual resultaron derogados a partir del 1o. de mayo de 1970.

quienes sin ser trabajadores del centro, negociación o empresa respectivos, tomaran parte en una huelga inexistente o ilícita, salvo por solidaridad, en términos de la fr. IV del a. 260 de la misma ley.

### VIII. LA CARTA COMUNITARIA DE LOS DERECHOS SOCIALES FUNDAMENTALES DE LOS TRABAJADORES

Por lo que se refiere al continente europeo, a diferencia de lo ocurrido en la OIT que no reconoce expresamente el derecho de huelga a favor de los trabajadores, los jefes de Estado o de gobierno de los Estados miembros de la Comunidad Europea, reunidos en Estrasburgo el 9 de diciembre de 1989, adoptaron la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores,<sup>69</sup> en cuyos artículos 11, 12 y 13 se reconoce, respectivamente, a: *a)* los empresarios y trabajadores el derecho a asociarse libremente a fin de constituir organizaciones profesionales o sindicales de su elección para defender sus intereses económicos y sociales; *b)* los empresarios o las organizaciones de empresarios, por una parte, y las organizaciones de trabajadores, por otra, en las condiciones establecidas por las legislaciones y prácticas nacionales, a negociar y celebrar convenios colectivos, y *c)* recurrir, en caso de conflicto de intereses, a acciones colectivas, incluido el derecho a la huelga, sin perjuicio de las obligaciones resultantes de las reglamentaciones nacionales y de los convenios colectivos.

Como podemos observar, en los países miembros de la Comunidad Europea se reconocen explícitamente las tres instituciones que conforman el Derecho colectivo del trabajo, a saber: la sindicación, la contratación colectiva y la huelga. Al respecto, Guillermo López Guízar hace notar que la adopción de la Carta Comunitaria mencionada en el párrafo anterior “surgió de la necesidad de que la dimensión social estuviera presente en el ámbito de las actividades laborales encaminadas a instaurar en la Comunidad de la Unión Europea un mercado único...”, y que dicha Carta “establece los grandes principios sobre los que se basa el modelo europeo de derecho laboral y, de forma más general, el lugar que ocupa el trabajo en la sociedad”.<sup>70</sup> Sin embargo, José Luis Guinea advierte que, hasta ahora, las finalidades económicas y técnicas de la producción han tenido un lugar predominante y no se ha prestado mucha atención a los problemas sociales.<sup>71</sup>

<sup>69</sup> Comisión de las Comunidades Europeas, *Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores*, Documentos Europeos, 1990, p. 6.

<sup>70</sup> López Guízar, Guillermo, *op. cit.*, p. 93.

<sup>71</sup> Citado por Climent Beltrán, Juan B., *Derecho sindical*, México, Esfinge, 1994, p. 155.

La globalización mundial de la economía ha generado el crecimiento de las grandes empresas, aunque muchas veces no de manera directa, es decir mediante la ampliación de sus plantas industriales o comerciales y el incremento de su personal, sino a través del aprovechamiento de las actividades de pequeñas empresas subsidiarias, cuyos contratos colectivos de trabajo o son de “protección” o contienen los niveles mínimos del pago de prestaciones; la integración de los mercados que resulta no ha tenido por parte de los trabajadores una respuesta en tal sentido, esto es, procurar enfrentar la alianza de los capitales con la unión obrera, aunque en el viejo continente sí ha habido intentos exitosos, como nos lo hace saber el laboralista Juan B. Climent Beltrán:

...el movimiento económico europeo imbricado en el mercado común, plantea el reto a los sindicatos para que haya estrategias globales, porque no puede responderse con sindicatos limitados a los fines y objetivos nacionales, a la estrategia global de la Comunidad Económica Europea. Por ello, trataron de aglutinar a los grandes sindicatos en una confederación sindical única y en Europa subsistieron dos tipos de sindicatos: la Confederación Mundial del Trabajo, de carácter social-cristiano, y la Confederación Internacional de Sindicatos Libres, socialistas.<sup>72</sup>

No obstante, en esta reducción mercantil y sindical, el uso de la huelga persiste como un medio para promover la defensa de las condiciones de trabajo, como lo destaca el mismo funcionario de la JFCA, Juan B. Climent Beltrán, al caracterizar las etapas del movimiento sindical europeo:

Esto sugiere una simplificación: de un lado, los países integrados en la Comunidad Económica Europea; y del otro los sindicatos, que a su vez tendrán que estar integrados en una sola central sindical. Podría concluirse, en cuanto a las orientaciones y corrientes del sindicalismo europeo, que han tenido vaivenes; muy radicalizados en el siglo XIX; posteriormente un sindicalismo negociador, y después se volvió a la huelga como un instrumento de la lucha de clases, tendencia que se ha atemperado actualmente a causa de la crisis económica.<sup>73</sup>

## IX. LIMITACIONES AL DERECHO DE HUELGA

En el Estudio General de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, al analizar el Convenio sobre la Libertad

<sup>72</sup> *Ibidem*, pp. 154 y 155.

<sup>73</sup> *Idem*.

Sindical y la Protección del Derecho de Sindicación (núm. 87), de 1948, se menciona que su a. 3o. reconoce cuatro derechos básicos a las organizaciones de trabajadores y de empleadores, que se consideran fundamentales para su funcionamiento normal:

- a) El derecho de redactar sus estatutos y reglamentos administrativos.
- b) El derecho de elegir libremente a sus representantes.
- c) El derecho de organizar su administración y sus actividades.
- d) El derecho de formular su programa de acción.<sup>74</sup>

En relación con el programa de acción se indica que, por lo que se refiere a las actividades de carácter profesional o que están estrechamente vinculadas con la promoción de los intereses sociales y económicos de los trabajadores y de los empleadores, hay ciertas restricciones que merecen una consideración especial, a saber, las relativas a la negociación colectiva, el derecho de huelga y las actividades políticas.

Respecto del tema objeto de nuestro estudio se señala que el derecho de huelga se encuentra sujeto a limitaciones en muchos países, pero que el alcance y rigor de las restricciones puede variar considerablemente, y por ello se puede distinguir: *a)* una prohibición general, y *b)* prohibiciones particulares de carácter temporal y para determinadas categorías de trabajadores.

## 1. *Modalidades de la prohibición general del derecho de huelga*

### A. *Disposiciones legislativas*

La proscripción general de la huelga puede concretarse a través de tres modalidades, la primera de las cuales

... puede ser el resultado de disposiciones concretas de la legislación (por ejemplo, Portugal: Decreto-ley núm. 23870 de 1934), así como, a todo efecto práctico, de la acumulación de las disposiciones relativas a los procedimientos para la solución de los conflictos, con arreglo a los cuales los conflictos de trabajo se tramitan mediante procedimientos obligatorios de conciliación y arbitraje que conducen a un laudo o decisión arbitral obligatoria para las partes en el conflicto (por ejemplo Brasil: Ley núm. 4330 de 1964, artículos 10, 23 y 25, Codificación de las Leyes del Trabajo, artículo 872; Cuba: Ley núm. 1022 de 1962, artículo 36; República Dominicana: Código de Trabajo, artículos

<sup>74</sup> Cfr. Conferencia Internacional del Trabajo, *Informe III (Parte 4B), Libertad sindical y negociación colectiva. Estudio general de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones*, 58a. Reunión, Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 1973, p. 34, párrafo 79.

374, 377, 633 y 655; España: Decreto núm. 1376 de 1970; Haití: Código de Trabajo, artículos 190, 191, 192, 197, 199 y 210; Irán: Código de Trabajo, capítulo 9; República Árabe Libia: Ley del Trabajo, artículos 143 y 146; Malí: Código del Trabajo, artículos 268, 269, 274, 278 y 280; Paraguay: Código de Trabajo, artículos 284, 296, 302 y 308; Perú: Decreto supremo del 8 de agosto de 1956, artículo 2o., decreto supremo 009 de 1963, y decreto supremo núm. 006-71-TR de 1971; Tanzania [Tanganyca]: Ley de 1967 sobre el Tribunal Laboral Permanente, y Zambia: Ley de Relaciones de Trabajo. La situación es algo diferente en la URSS, en la que el Código de Trabajo de la RSFSR establece [artículo 10] que los conflictos entre la dirección de una empresa y el comité sindical interesado en el momento de concertar un contrato colectivo se resolverán por los órganos superiores económicos y sindicales, con la participación de las partes en conflicto).<sup>75</sup>

#### B. *Cuando la resolución del caso resulte de la facultad discrecional de la autoridad*

Pero la interdicción general de la huelga no sólo se aplica por disposición expresa de la ley o con base en el arbitraje obligatorio, sino que, en su segunda especie, puede tener lugar cuando la resolución del caso resulte de la facultad discrecional de la autoridad:

Puede presentarse una situación análoga en los casos en que cuando las partes no se ponen de acuerdo los conflictos pueden resolverse por arbitraje o decisión obligatoria a discreción de las autoridades públicas (por ejemplo Etiopía: proclamación sobre relaciones de trabajo; India: Ley de 1947 sobre Conflictos de Trabajo, artículos 10 y 23; Malasia: Reglamento Fundamental de 1969 sobre Relaciones de Trabajo, 1969; Mauritania: Código de Trabajo, libro IV, artículos 40 y 48; Nigeria: Decreto de 1968 sobre Conflictos de Trabajo, disposiciones de emergencia, 1968, y Decreto sobre Conflictos de Trabajo, disposiciones de emergencia, modificación 1969; Singapur: Orden sobre Relaciones de Trabajo, 1960; y Sri Lanka: Ley sobre Conflictos de Trabajo, 1950, artículo 4o., modificado por la Ley núm. 62 de 1957).<sup>76</sup>

#### C. *Procedimiento demasiado complicado que resulte casi imposible en la práctica una huelga legal*

Finalmente, la tercera variedad de esta prohibición general ocurre en los siguientes casos: “También pueden establecerse restricciones severas cuando el procedimiento para declarar una huelga es tan complicado que

<sup>75</sup> *Ibidem*, pp. 44 y 45, pfs. 106 y 107.

<sup>76</sup> *Ibidem*, p. 45, pfo. 107.

en la práctica una huelga legal es casi imposible; el efecto de restricciones de esta naturaleza se agrava cuando los trabajadores no han conseguido todavía constituir organizaciones fuertes y experimentadas”.<sup>77</sup>

Afortunadamente, ninguna de las modalidades en que se manifiesta la prohibición general de la huelga, de acuerdo con el análisis anterior, se presenta en nuestro país, respecto de las relaciones de trabajo que regula el a. 123 constitucional, en su apartado A, pero —aun cuando el tema no es materia del presente ensayo— consideramos que la tercera de las especies referidas puede aplicarse al caso de la huelga de los trabajadores al servicio de los poderes de la unión o del gobierno del Distrito Federal, cuyas bases constitucionales prevé el apartado B del precepto citado, pues no tenemos noticia respecto de que, en alguna o varias dependencias de dichos poderes públicos, se hubiere hecho uso del derecho de huelga por la violación “general y sistemática” de sus derechos; antes bien, por el contrario, se tienen noticias de “paros” realizados por trabajadores que, evidentemente, no estaban amparados por la protección de una huelga, que previamente hubiere cumplido los requisitos determinados por la Ley de los Trabajadores al Servicio del Estado, lo que nos hace pensar que en materia burocrática el procedimiento es tan complejo que, en la práctica, una huelga legal es casi imposible.

Después de analizar las tres especies de prohibición general de la huelga, la Comisión de Expertos considera que cualquiera de las modalidades representa una limitación importante y, en consecuencia, implica una afectación a las garantías contenidas en el Convenio sobre la Libertad Sindical y la Protección del Derecho de Sindicación (núm. 87), de 1948:

Una prohibición general de la huelga constituye una restricción considerable de las oportunidades que se ofrecen a los sindicatos para fomentar y defender los intereses de sus miembros (artículo 10 del Convenio) y del derecho de los sindicatos a organizar sus actividades (artículo 3o.), debería recordarse a ese respecto que el artículo 8o. del Convenio dispone que la legislación laboral no menoscabará ni será aplicada de suerte que menoscabe las garantías previstas por el instrumento, incluido el derecho de los sindicatos a organizar sus actividades.<sup>78</sup>

## 2. *Prohibiciones particulares*

Cuando se trata de prohibiciones particulares de carácter temporal, la misma Comisión de Expertos ha estimado que el contexto es distinto y se-

<sup>77</sup> *Idem.*

<sup>78</sup> *Idem.*

ñaló que las limitaciones de esta naturaleza han sido admitidas condicionalmente por el Comité de Libertad Sindical:

La situación es diferente cuando la legislación sólo impone una prohibición temporal de la huelga, como por ejemplo cuando hay un procedimiento de conciliación y arbitraje, durante un periodo de apaciguamiento, antes que haya vencido el plazo de notificación de la huelga o durante la vigencia de un contrato colectivo. Restricciones de este tipo existen en varios países y han sido aceptadas generalmente por el Comité de Libertad Sindical a reserva de que las condiciones que deban cumplirse en virtud de la ley para que una huelga sea legal sean razonables y no entrañen una limitación considerable de los medios de acción de las organizaciones sindicales (véase, por ejemplo. Comité de Libertad Sindical, 58° informe, caso núm. 192, Argentina, párrafo 445; 92° informe, caso núm. 454, Honduras, párrafo 185).<sup>79</sup>

#### A. *Prohibiciones particulares de naturaleza temporal*

Para efectos comparativos, si desglosamos las especies de interdicciones especiales de naturaleza temporal, advertiremos que se mencionan cuatro:

- 1) Cuando hay un procedimiento de conciliación y arbitraje.
- 2) Durante un periodo de apaciguamiento.
- 3) Antes que haya vencido el plazo de notificación de la huelga.
- 4) Mientras esté vigente un contrato colectivo.

##### a. Cuando hay un procedimiento de conciliación y arbitraje

No podríamos hablar propiamente de que la huelga se prohíbe en México ante el desahogo de un procedimiento de conciliación y arbitraje, ya que si bien es cierto que —dentro del procedimiento respectivo— la JCA debe citar a las partes a una audiencia de conciliación en la que procurará avenirlas, de conformidad con lo dispuesto en el a. 926 de la LFT, también lo es que dicha audiencia debe señalarse dentro del periodo de prehuelga, y es durante éste que no pueden suspenderse las labores sino hasta su conclusión, es decir, la prohibición opera respecto del plazo de prehuelga y no como consecuencia de la conciliación.

Por otra parte, y en razón de que en nuestro país no existe el arbitraje obligatorio en materia de huelga para los trabajadores, tampoco podríamos

<sup>79</sup> *Ibidem*, p. 45, pfo. 108.

decir que la huelga se difiere por el trámite del juicio de imputabilidad,<sup>80</sup> toda vez que éste sólo se puede iniciar a petición de los huelguistas cuando —estallado el movimiento— no se hubiera solicitado la declaración de inexistencia de la huelga o, habiéndose presentado dicha petición, ésta hubiera sido declarada improcedente y, en consecuencia, el presupuesto para que pueda demandarse en juicio la imputabilidad es que la huelga se considere existente para todos los efectos legales, es decir, que haya iniciado y se mantenga la suspensión de labores, por lo cual no opera ninguna restricción temporal en este caso.

#### *b. Durante un periodo de apaciguamiento*

Formalmente no existe en el procedimiento de huelga, previsto en la LFT, la posibilidad de que la autoridad laboral ordene un periodo de apaciguamiento, en virtud de lo cual, esta especie de prohibición especial de carácter temporal a que se refiere la Comisión de Expertos no opera en nuestro país; sin embargo, debemos recordar que aunque no existe disposición expresa en el ordenamiento laboral mexicano que lo permita, en la práctica de las JCA se autoriza la prórroga del periodo de prehuelga<sup>81</sup> a solicitud de ambas partes, en cuyo caso hay un consentimiento bilateral que consideramos adecuado, pero excepcionalmente el tribunal laboral puede aceptar la ampliación del aviso dado por los trabajadores, como en el caso que cita el maestro Mario de la Cueva, relativo al expediente 168/47 del Sindicato de Trabajadores Ferrocarrileros de la República Mexicana, tramitado por la Junta Federal, con base en el cual considera que: “La tesis es correcta y nada hay que agregar, pero quizá no deba ser absoluta: en los servicios públicos están interesados no solamente los trabajadores y la empresa, sino la sociedad, y cuando se propone una prórroga y la estima conveniente la autoridad para intentar una conciliación de los intereses, nos parece admisible”.<sup>82</sup> Es en este caso especial que opinamos que la autoridad laboral ordena una especie de periodo de apaciguamiento dirigido al empleador, ya que se aplica en contra de su voluntad, y aunque la Comisión de Expertos juzga que no viola el Convenio 87, debemos destacar que —a pesar de los beneficios que

<sup>80</sup> Procedimiento ordinario o procedimiento para conflictos colectivos de naturaleza económica, según el caso, en términos de lo dispuesto en el artículo 937, párrafo primero, de la Ley Federal del Trabajo.

<sup>81</sup> Con todas las posibilidades de simulación que conocemos y que forman el capítulo negro de nuestra práctica laboral.

<sup>82</sup> Cueva, Mario de la, *Derecho mexicano del trabajo*, 10a. ed., México, Porrúa, 1970, t. II, pp. 831 y 832.

señala el maestro De la Cueva— dicho proceder de la Junta carece de fundamento legal expreso en nuestra nación y puede representar un riesgo para los trabajadores en caso de que el empleador impugne el acuerdo de la JCA por la vía del juicio de amparo.

c. Antes que haya vencido el plazo de notificación de la huelga

La tercera modalidad de prohibición especial de carácter temporal comentada por la Comisión de Expertos sí tiene vigencia en México, puesto que uno de los requisitos del pliego de peticiones, que es el documento con cuya presentación se inicia el procedimiento de huelga, consiste —de acuerdo con el a. 920, frs. II y III, de la LFT— en el señalamiento “...del día y hora en que se suspenderán las labores, o el término de prehuelga...”, y dicho aviso “...deberá darse, por lo menos, con seis días de anticipación a la fecha señalada para suspender el trabajo y con diez días de anticipación cuando se trate de servicios públicos...”. A su vez, el a. 459, fr. III, de la misma Ley dispone que la huelga es legalmente inexistente si “no se cumplieron los requisitos señalados en el artículo 452”.<sup>83</sup> Si la huelga se declara inexistente, los trabajadores disponen de un término de veinticuatro horas para regresar al trabajo, de todo lo cual podemos colegir que se encuentra prohibido ejercer el derecho de huelga en nuestro país antes de que haya vencido el plazo de notificación de la huelga.

d. Mientras esté vigente un contrato colectivo

También tiene aplicación en la legislación laboral mexicana la cuarta modalidad de prohibición especial de naturaleza temporal que la Comisión de Expertos identifica con la frase “durante la vigencia de un contrato colectivo”, puesto que sólo se puede exigir la revisión, por la vía de la huelga, del CCT o C-L al terminar el periodo de su vigencia, de conformidad con lo dispuesto en el a. 450, frs. II y III, de la LFT-1980, y en tales condiciones, *contrario sensu*, si se suspenden las labores mientras esté vigente el correspondiente pacto normativo de las condiciones de trabajo, la huelga promovida será legalmente inexistente en virtud de no haber tenido por objeto alguno de los establecidos en el a. 450, en términos del diverso numeral 459, fr. II, de la misma ley, lo que significa que la paralización de las actividades laborales debe ocurrir a la conclusión del periodo de vigencia del CCT o

<sup>83</sup> Por una omisión del legislador de 1980 no se modificó la referencia a este numeral 452, el cual corresponde actualmente al precepto 920.

C-L, pero no antes ni después, aunque la solicitud de revisión debe presentarse —en el caso del primero de los pactos normativos de las condiciones de trabajo mencionado— conforme a lo dispuesto en el a. 399 de la Ley, esto es, sesenta días antes: del vencimiento del contrato colectivo por tiempo determinado, si éste no es mayor de dos años; del transcurso de dos años, si el contrato por tiempo determinado tiene una duración mayor; y del transcurso de dos años, en los casos de contrato por tiempo indeterminado o por obra determinada, en la inteligencia de que para el cómputo de este término se atenderá a lo establecido en el contrato y, en su defecto, a la fecha del depósito; en el caso del C-L, la solicitud debe presentarse noventa días antes de su vencimiento, en términos del a. 419, fr. II, de la Ley.

Es importante señalar que la presentación de la solicitud de revisión, sesenta y noventa días antes del vencimiento del CCT o C-L, respectivamente, es distinta de la presentación del pliego de peticiones con emplazamiento de huelga a que se refiere el a. 920, fr. III, de la LFT, pues esta última debe ocurrir ante la JCA seis días antes de la fecha señalada para suspender el trabajo y con diez días de anticipación cuando se trate de servicios públicos,<sup>84</sup> término que se contará a partir del día y hora en que el patrón quede notificado.

También debe advertirse que la presentación del escrito de emplazamiento de huelga debe realizarse ante la JCA o las demás autoridades a que se refiere el a. 920, fr. II, de la LFT, en tanto que la solicitud de revisión del C-L debe efectuarse ante la Secretaría del Trabajo y Previsión Social, el gobernador del estado o territorio o el jefe del departamento del Distrito Federal, como lo dispone el a. 419, fr. II, y la del CCT puede hacerse directamente al empleador, como lo interpretó el Tribunal Colegiado del Sexto Circuito al resolver —con fecha 16 de abril de 1980 y por unanimidad de votos— el amparo en revisión 950/79, promovido por Productos Plásticos de Puebla, S. A., en los siguientes términos:

CONTRATO COLECTIVO DE TRABAJO, SOLICITUD DE REVISIÓN DEL. PUEDE PRESENTARSE EN FORMA EXTRAJUDICIAL. En la Ley Federal del Trabajo existe disposición legal alguna que exija que la solicitud de revisión de un contrato colectivo de trabajo deba presentarse directamente ante la Junta de Conciliación y Arbitraje. Basta con solicitar la revisión en los términos del artículo 399 de la ley laboral, con el solo requisito de que exista constancia

<sup>84</sup> En nuestra opinión, deben agregarse las cuarenta y ocho horas siguientes a la del recibo del escrito de emplazamiento, de que dispone el presidente de la JCA o las autoridades mencionadas en la fr. II del a. 920 de la LFT, para hacer llegar al patrón la copia de dicho escrito.

de que la empresa conoció dicha pretensión del sindicato, aun cuando sea en forma extrajudicial.<sup>85</sup>

Es evidente que la solicitud de revisión del CCT puede incluirse en el pliego de peticiones con emplazamiento de huelga que presenten los trabajadores ante la JCA o las demás autoridades facultadas para ello, lo cual así ocurre en la práctica, pero en tal caso dicho pliego debe ser presentado sesenta días antes del vencimiento de dicho pacto normativo laboral, más las cuarenta y ocho horas de que se dispone legalmente para la entrega, cuando menos, ya que el plazo previo de los seis o diez días, a la fecha señalada para la suspensión de las labores, estaría comprendido en el de sesenta, pero esto no puede ocurrir respecto de la revisión del C-L, pues —en este caso— la solicitud de revisión debe presentarse ante autoridades distintas de las facultadas para recibir el pliego.

Similar situación se presenta respecto de la revisión de los salarios contractuales del CCT o C-L durante la vigencia anual de los mismos a que se refieren los artículos 399 bis y 419 bis de la LFT, es decir, opera la prohibición temporal de referencia, o sea que no pueden suspenderse las labores con motivo de una huelga mientras esté vigente el contrato respectivo, con las particularidades que hemos expuesto en los párrafos anteriores, y con la diferencia de que los plazos previos son de treinta y sesenta días, respectivamente.

Es importante señalar que los efectos de la interdicción que analizamos en este apartado son relativos y no absolutos, ya que sólo se impide el ejercicio del derecho de huelga específicamente respecto de la revisión integral o salarial del CCT o C-L, lo que quiere decir que —mientras esté corriendo el periodo de vigencia del pacto normativo laboral respectivo— no puede promoverse una huelga que persiga dicha finalidad, pero ello no excluye que el sindicato o coalición, aun cuando no haya concluido el lapso de vigencia, pueda presentar un pliego de peticiones cuyo objeto sea distinto, esto es, que el propósito que se persiga consista en conseguir el equilibrio entre los diversos factores de la producción, armonizando los derechos del trabajo con los del capital; exigir el cumplimiento del CCT o C-L en las empresas o establecimientos en que hubiese sido violado y de las disposiciones legales sobre participación de utilidades, o apoyar una huelga que tenga como propósito alguno de los enumerados en las frs. I a V del a. 450 de la LFT-1980.

<sup>85</sup> Registro 251341, Séptima Época, Tribunales Colegiados de Circuito, *Semanario Judicial de la Federación*, vol. 133-138, Sexta Parte, p. 37. Genealogía: Informe 1980, Tercera Parte, Tribunales Colegiados de Circuito, tesis 5, p. 237.

## B. *Prohibiciones particulares para determinadas categorías de trabajadores*

Cuando la limitación específica al derecho de huelga se aplica a ciertas clases de trabajadores como los funcionarios y quienes laboran en los servicios esenciales, también se considera que la situación puede ser diferente, esto es, que las restricciones que se aplican no afectan el derecho de las organizaciones de trabajadores para formular su programa de acción.

### a. Funcionarios

Por cuanto a la primera categoría de personas, a quienes se identifica como *los funcionarios públicos que ejercen funciones de autoridad en nombre del Estado*: “...puede considerarse que el reconocimiento del principio de libertad de sindicación no entraña necesariamente el derecho de huelga. Si bien en muchos países los funcionarios no pueden declararse en huelga, en otros se les reconoce este derecho (este parece ser el caso, por ejemplo, de la Costa de Marfil, Dhomey, Francia, Italia, México, Noruega, Senegal, Suecia y Togo)”.<sup>86</sup> No nos queda claro si la mención que se hace de nuestro país se refiere a las relaciones de trabajo del apartado A o del B del a. 123 de nuestra Constitución Política, ya que no se cita la ley que les hubiera servido de base para formular el comentario y, por ende, carecemos de elementos para precisar si se trata de funcionarios de la empresa o funcionarios del gobierno, por lo cual expondremos nuestros comentarios en relación con ambos sectores.

En el primer caso, no se niega expresamente a los “trabajadores de confianza” la posibilidad de ejercer el derecho de huelga, ya que no existe en la LFT-1980 alguna disposición en tal sentido, y el a. 183 de dicho ordenamiento legal sólo dispone que “los trabajadores de confianza no podrán formar parte de los sindicatos de los demás trabajadores, ni serán tomados en consideración en los recuentos que se efectúen para determinar la mayoría en los casos de huelga, ni podrán ser representantes de los trabajadores en los organismos que se integren de conformidad con las disposiciones de esta ley”, de cuyo contenido se desprende que estos prestadores de servicios sí pueden constituir sus propios sindicatos, y si bien es cierto que no son tomados en cuenta para definir la mayoría en los casos de huelga, ello no impide que presenten su pliego de peticiones y puedan exigir la celebración de su CCT o cualquier otro de los objetivos previstos en el a. 450 de la ley

<sup>86</sup> Véase Organización Internacional del Trabajo, *Libertad sindical y...*, cit., 1973, p. 45, pfo. 109.

citada, ya que bien puede ocurrir que —por alguna circunstancia— no se haga valer como causal de inexistencia de la huelga que la suspensión del trabajo se hubiere realizado por la minoría de los trabajadores de la empresa o que, aun cuando se invoque dicho motivo de inexistencia, la mayoría de los demás trabajadores apruebe el movimiento, por lo cual estaríamos de acuerdo con la consideración contenida en el Informe que se analiza en el sentido de que en nuestro país se reconoce el derecho para declararse en huelga a los funcionarios.

No obstante, en contra de la opinión que sostenemos, el Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo del Primer Circuito resolvió con fecha 16 de febrero de 1977, por mayoría de votos, en el amparo en revisión 207/76, promovido por el Sindicato de Trabajadores de Confianza de la Empresa Constructora Nacional de Carros de Ferrocarril, que esta clase de trabajadores no tiene derecho a declarar la huelga, como lo indica el rubro de dicha tesis, que a la letra dice: “HUELGA. TRABAJADORES DE CONFIANZA. CARECEN DE DERECHO A DECLARARLA”.<sup>87</sup>

Es evidente, entonces, que —en el supuesto que analizamos— la resolución de este TCC no estaría acorde con la consideración contenida en el Informe citado consistente en que, en nuestro país, se reconoce el derecho para declararse en huelga a los funcionarios.

Si la referencia a México se relacionase con el sector burocrático, bien sabemos que el a. 123, apartado B, fr. X, reconoce el derecho de huelga a los trabajadores al servicio de los poderes de la Unión y del gobierno del Distrito Federal, “...previo el cumplimiento de los requisitos que determine la ley, respecto de una o varias dependencias de los poderes públicos, cuando se violen de manera general y sistemática los derechos que este artículo les consagra...”, pero —independientemente del error de redacción en que incurrió el constituyente permanente, al referirse a *los derechos que el artículo les consagra*, pues lo correcto es: *los derechos que este apartado les consagra*— debemos recordar que no existen registros en nuestro país, relativos a que, en alguna o varias dependencias de dichos poderes públicos, se hubiere ejercitado este derecho.

Por el contrario, se tienen referencias de “paros” efectuados por trabajadores que no cumplieron los requisitos exigidos por la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado, por lo que puede pensarse que, en materia burocrática y como lo expusimos con anterioridad, el procedimiento

<sup>87</sup> Registro 253088, Séptima Época, Tribunales Colegiados de Circuito, *Semanario Judicial de la Federación*, vol. 97-102, Sexta Parte, p. 125. Consultada en Poder Judicial de la Federación, *Legislación laboral y de seguridad social y su interpretación...*, cit.

es tan complicado que en la práctica una huelga legal es casi imposible y, en consecuencia, aun cuando formalmente se reconozca este derecho a la categoría de servidores públicos mencionados, en los hechos representa un negación de carácter general, la cual, como vimos en su oportunidad, se considera una restricción considerable que afecta uno de los derechos básicos de las organizaciones obreras, como el de formular su programa de acción.

Sin embargo, por lo que se refiere a las personas que desempeñen los cargos que la ley reglamentaria determine de confianza,<sup>88</sup> sólo disfrutaban de las medidas de protección al salario y de los beneficios de la seguridad social,<sup>89</sup> en términos de lo dispuesto en el a. 123, apartado B, fr. XIV, de la CPEUM, por lo cual, obviamente, se encuentran excluidos del ejercicio del derecho de huelga, y en estas condiciones discrepa esta situación legal de la mención contenida en el Informe sobre que el derecho aludido se reconoce a los funcionarios en México, pero es afín a la exclusión que se analiza, es decir, sí rige en nuestro país una prohibición especial relacionada con la huelga, aplicable a una determinada categoría de trabajadores como los burócratas federales<sup>90</sup> de confianza.

Héctor Gros Espiell considera que los Estados que no han ratificado el Convenio núm. 87 pueden excluir del derecho de sindicación a los funcionarios públicos, no así los que ya lo hubieran suscrito:

Los Estados que no han ratificado el Convenio número 87 podrían, sin violar el principio constitucional (de la OIT), excluir, también por razones de interés general, estrictamente consideradas a otras categorías de personas del ejercicio del derecho de asociación sindical. Tal puede ser el caso de los funcionarios públicos. Sin embargo, esta solución, admisible en principio, presenta una clara peligrosidad, no sólo en cuanto a los límites de las posibilidades prohibitivas, sino también en cuanto a que su aplicación puede llegar a hacer

<sup>88</sup> Y que por ello pudieran ser considerados “funcionarios” de acuerdo con el Informe que se comenta.

<sup>89</sup> Debemos tomar en cuenta que el 10 de abril de 2003 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* la Ley del Servicio Profesional de Carrera, cuyo a. 3o., fr. IX, considera como servidor público de carrera a la persona física integrante de dicho servicio que desempeña un cargo de confianza en alguna dependencia, por lo cual podemos estimar que estamos frente a un periodo de integración del servicio profesional que les reconoce a estos trabajadores sus derechos individuales para efectos de su permanencia en el trabajo, pero no para el ejercicio de sus derechos colectivos. Dicha ley inició su vigencia el 11 de octubre de 2003.

<sup>90</sup> Consideramos que el mismo caso se presenta respecto de los burócratas de confianza de los estados y municipios, ya que los artículos 115, fr. VIII, pfo. 2, y 116, fr. VI, de la CPEUM disponen que las relaciones de trabajo entre los municipios y los estados, por una parte, y sus trabajadores, por la otra, se regirán por las leyes que expidan las legislaturas locales con base en lo dispuesto en el a. 123 constitucional y sus disposiciones reglamentarias.

factible una política violatoria de la libertad sindical. Por ello, tal posibilidad debe ser considerada en forma restrictiva y juzgada cuidadosamente. En cambio, para los Estados que han ratificado el Convenio número 87, esta posibilidad parecería estar excluida.<sup>91</sup>

Dado que nuestro país ha firmado dicho instrumento internacional, la exclusión del ejercicio del derecho de sindicación a las personas que desempeñen los cargos que la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado determina de confianza, representa una violación al cumplimiento del citado convenio, de acuerdo con el criterio del autor citado en el párrafo anterior; por mayoría de razón, podríamos suponer que con ello, implícitamente, se estaría prohibiendo a esta clase de trabajadores el derecho de huelga y, consecuentemente, constituye otra transgresión al pacto internacional de referencia.

Es muy importante señalar que en 1978 la Conferencia Internacional del Trabajo de la OIT aprobó el Convenio núm. 151 sobre las Relaciones de Trabajo en la Administración Pública y la Recomendación 159 sobre el mismo tema, respecto de los cuales Guillermo López Guízar comenta: “Con la adopción de ambos instrumentos la OIT amplió el ámbito de aplicación de los derechos sindicales de los empleados de la administración pública, entre ellos el fomento de la negociación colectiva para determinar sus condiciones de empleo, ya que el Convenio núm. 98 no incluye en su campo de aplicación a ciertas categorías de empleados públicos”.<sup>92</sup> Desgraciadamente para los servidores públicos tanto federales como locales y municipales de nuestro país, el Convenio núm. 151 no ha sido ratificado por México, al igual que el núm. 98, en virtud de lo cual se mantiene la salvedad en el ejercicio del derecho sindical y, consecuentemente, de huelga a los burócratas funcionarios, aun cuando ello implica un incumplimiento del diverso Convenio núm. 87, como lo hicimos notar con anterioridad.

#### *b. Trabajadores de los servicios esenciales*

En caso de que la restricción particular al derecho de huelga opere respecto de los trabajadores de los servicios esenciales, también se considera en el Informe en comento que la situación no perjudica el derecho de las organizaciones de trabajadores para formular su programa de acción, es decir, se estima justificada la limitación:

<sup>91</sup> Gros Espiell, Héctor, *op. cit.*, p. 25.

<sup>92</sup> López Guízar, Guillermo, *op. cit.*, p. 86.

Las huelgas en los servicios esenciales también se prohíben en varios países, aunque en algunos casos la prohibición depende de si las autoridades deciden someter un conflicto no resuelto en este sector a un procedimiento de arbitraje obligatorio. La noción de servicios esenciales puede variar según la legislación nacional, y a veces esta expresión se utiliza en un sentido amplio que comprende actividades como la producción, el suministro y distribución de combustible, los trabajos portuarios, los transportes públicos, los mercados, la agricultura y todas las demás actividades que el gobierno considere pertinentes (véase, por ejemplo, Colombia: Código de Trabajo, artículo 430; Costa Rica: Código de Trabajo, artículo 369; Kenia: Ley de 1965 sobre Conflictos Laborales; Malawi: Orden sobre Conflictos Laborales, Arbitraje y Solución; Pakistán: Orden sobre Relaciones de Trabajo, 1969; Sierra Leona: Ley sobre Regulación de los Salarios y Relaciones de Trabajo, 1971; Trinidad y Tobago: Ley de Relaciones de Trabajo, 1972; y Uganda: Ley de 1964 sobre Solución y Arbitraje de los Conflictos de Trabajo).<sup>93</sup>

La idea de los servicios esenciales en el ámbito internacional ha variado a través del tiempo, como lo comentan Bernard Gernigon, Alberto Odero y Horacio Guido, en la recopilación que efectuaron respecto de los principios de la OIT en materia de huelga:

A lo largo de los años, el concepto de servicios esenciales en el sentido estricto del término (en los que se considera admisible prohibir el derecho de huelga) ha sido objeto de sucesivas precisiones por parte de los órganos de control de la OIT. En 1983, la Comisión de Expertos los definió como “los servicios cuya interrupción podría poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de la persona en toda o parte de la población” (OIT, 1983b, párrafo 214). Esta definición fue adoptada poco tiempo después por el Comité de Libertad Sindical.<sup>94</sup>

Uno de los pronunciamientos más importantes, contenido en el repertorio de criterios del Comité de Libertad Sindical de la OIT correspondiente a 2006, se relaciona con la evaluación que dicho órgano internacional realizó de algunos servicios que ha calificado como esenciales, en el sentido

<sup>93</sup> Organización Internacional del Trabajo, *Libertad sindical y...*, cit., 1973, pp. 45 y 46, párrafo 109.

<sup>94</sup> Gernigon, Bernard *et al.*, *Principios de la OIT sobre el Derecho de Huelga*, Ginebra, 2000, p. 20. La fuente que se cita entre paréntesis corresponde a *Libertad sindical y negociación colectiva. Estudio general acerca de la aplicación de los convenios sobre la libertad sindical y sobre el derecho de sindicación y negociación colectiva, así como convenio y la recomendación sobre las organizaciones de trabajadores rurales*. Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, Informe III (Parte 4B) a la 69a. Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo (1983), Ginebra.

exacto del término, ya que en su similar documento de una década atrás sólo había considerado como tales cinco de ellos, a saber: al sector hospitalario, los servicios de electricidad, los servicios de abastecimiento de agua, los servicios telefónicos y el control del tráfico aéreo, en los que el derecho de huelga podía limitarse significativamente y hasta prohibirse, pero en su compilación más reciente ya incluye cuatro casos más, que son la policía y las fuerzas armadas, los servicios de bomberos, los servicios penitenciarios públicos o privados, el suministro de alimentos a los alumnos en edad escolar y la limpieza de los establecimientos escolares:

Pueden ser considerados como servicios esenciales: el sector hospitalario...; los servicios de electricidad...; los servicios de abastecimiento de agua...; los servicios telefónicos...; la policía y las fuerzas armadas...; los servicios de bomberos...; los servicios penitenciarios públicos o privados...; el suministro de alimentos a los alumnos en edad escolar y la limpieza de los establecimientos escolares...; el control del tráfico aéreo...<sup>95</sup>

El a. 925 de nuestra LFT-1980 no utiliza el concepto de “servicios esenciales” sino el de “servicios públicos”, que para efectos del procedimiento de huelga se califica como tales a

...los de comunicaciones y transportes, los de luz y energía eléctrica, los de limpia, los de aprovechamiento y distribución de aguas destinadas al servicio de las poblaciones, los de gas, los sanitarios, los de hospitales, los de cementerios y los de alimentación, cuando se refieran a artículos de primera necesidad, siempre que en este último caso se afecte alguna rama completa del servicio...

La noción de “servicios públicos” a que se refiere el numeral transcrito en el párrafo anterior no se incorporó en la ley laboral mexicana con el fin de prohibir el ejercicio del derecho de huelga a quienes laboren en esas empresas o establecimientos, sino únicamente con el objeto de establecer un aviso para la suspensión de las labores en los casos de huelga, ya que el a. 123, apartado A, fr. XVIII, de la CPEUM dispone que en esta clase de servicios “...será obligatorio para los trabajadores dar aviso, con diez días de anticipación a la Junta de Conciliación y Arbitraje, de la fecha señalada para la suspensión del trabajo...”, en tanto que —en el resto de los centros de trabajo— el a. 920, fr. III, de la ley laboral vigente<sup>96</sup> ordena que dicha comunicación deberá darse, por lo menos, con seis días de antelación.

<sup>95</sup> *Ibidem*, p. 126, pfo. 585.

<sup>96</sup> El mismo numeral y fracción reproduce el plazo previo de los servicios públicos.

Debemos consignar que se ha cuestionado la constitucionalidad del aviso que deben dar los trabajadores cuando no se trata de empresas que prestan servicios públicos, dado que este requisito no se encuentra previsto en el a. 123 de nuestra carta magna, pero en cuanto a la prohibición que analizamos, formalmente no está incorporada a la LFT-1980, es decir, se supone que los trabajadores que laboran para este tipo de empresas pueden legalmente ejercer su derecho de huelga, no obstante, es importante señalar que —como lo expusimos en una obra anterior—<sup>97</sup> la “ocupación temporal” y la “requisa” son los recursos administrativos que con mayor frecuencia han sido utilizados para nulificar, en los hechos, el ejercicio de la huelga en nuestro país, respecto de los centros de trabajo que prestan servicios públicos.<sup>98</sup>

La aplicación de estas medidas administrativas, previstas en la Ley de Expropiación y en la Ley de Vías Generales de Comunicación, nulifica el ejercicio del derecho de huelga, puesto que —mediante la aplicación de los decretos correspondientes del Ejecutivo Federal— se impide la suspensión de las labores, ya que a partir de la supuesta paralización de las actividades, se designa un interventor que continúa la operación de la empresa correspondiente, en las mismas condiciones laborales que existían al momento de la cesación de actividades, y se sostiene que la huelga ha estallado y que la misma continúa virtualmente, es decir, que el procedimiento prosigue “sin afectar el derecho de huelga”.

Es evidente que no puede sostenerse que cuando se aplica la “requisa” o la “ocupación temporal” la huelga subsiste, ya que, como sabemos, la característica que distingue a este derecho del resto de los procedimientos jurisdiccionales previstos en la LFT-1980<sup>99</sup> consiste en la facultad que tienen los trabajadores para suspender las labores, y con ello presionar al empleador a fin de que acepte las peticiones que le hubiesen sido formuladas, por lo cual, si se suprime esta particularidad el procedimiento resultante podrá tener el nombre que se quiera, mas no el de huelga, ya que en ésta, su propiedad fundamental la representa la paralización de las actividades en el centro de trabajo.

<sup>97</sup> Puig Hernández, Carlos Alberto, *Teoría y práctica de la huelga en México*, México, Porrúa, 1989, pp. 299-308. Con mayor amplitud y profundidad desarrollo el tema en mi libro titulado *La huelga en los servicios públicos de México*, México, Porrúa, 2011, xvii-498 pp.

<sup>98</sup> En el curso de las investigaciones que hemos realizado no hemos tenido noticia de la aplicación de la “ocupación temporal” y la “requisa” en contra de la huelga, por parte del titular del Poder Ejecutivo de alguna entidad federativa del país.

<sup>99</sup> En nuestra opinión la huelga no representa un procedimiento jurisdiccional. Los procedimientos de esta clase, en la legislación laboral mexicana, son: 1) ante las juntas de Conciliación; 2) ordinario ante las JCA; 3) especial, y 4) de los conflictos colectivos de naturaleza económica.

Sin embargo, como vimos con anterioridad, tanto el Comité de Libertad Sindical como la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT admiten expresamente la prohibición del derecho de huelga en el caso de los servicios esenciales en el sentido estricto del término, es decir, cuando la interrupción de estos servicios pueda poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de la persona en toda o parte de la población.

Por lo tanto, si bien es cierto que en nuestro país la LFT-1980 no contiene una restricción particular al derecho de huelga respecto de los trabajadores de los servicios esenciales —el concepto parecido en México es el de “servicios públicos”—, también lo es que, en la práctica, sí se aplica una limitación específica a esta clase de prestadores de servicios, pero se reitera que en el Informe que se analiza se considera que la situación no afecta el derecho de las organizaciones obreras para formular su programa de acción, es decir, se estima justificada la prohibición. En estas condiciones, quien revise el contenido de nuestra ley laboral vigente encontrará que no existe formal y expresamente el impedimento a que se alude, pero quien conozca la práctica laboral mexicana advertirá que sí se aplica dicha restricción a los trabajadores de los servicios públicos.

Adicionalmente, debemos destacar que:

El Comité de Libertad Sindical ha señalado los abusos que pueden resultar de una definición excesivamente amplia en la legislación de la expresión “servicios esenciales” y ha sugerido que la prohibición de las huelgas se limite a los servicios que son esenciales en el estricto sentido de la palabra (véase, por ejemplo, Comité de Libertad Sindical, 74° informe, caso núm. 363, Colombia, párrafo 230).<sup>100</sup>

Afortunadamente no tenemos en nuestro país el problema que se menciona en el párrafo anterior, ya que la fórmula gramatical que emplea el legislador en la LFT-1980 no es de carácter enunciativo sino limitativo, esto es, que la definición prevista en el a. 925 no establece la posibilidad para aplicar otros contenidos a juicio del intérprete, como en las ocasiones en que después de mencionar una serie de supuestos jurídicos se termina el precepto con la clásica redacción “...y demás casos análogos...”, sino que —específicamente— describe los servicios que deben considerarse como públicos en materia de huelga.

<sup>100</sup> Véase Organización Internacional del Trabajo, *Libertad sindical y...*, cit., 1973, p. 46, pfo. 109.

### c. Medidas compensatorias

Para asegurar los derechos de los funcionarios y de los trabajadores de los servicios esenciales, en los casos en que se les apliquen prohibiciones especiales cuando ejerciten su derecho de huelga, en el Estudio General de la Comisión de Expertos se recomienda adoptar ciertas medidas resarcitorias:

En todos los casos en que las huelgas pueden prohibirse a categorías determinadas de trabajadores, en especial los funcionarios públicos y las personas que trabajan en los servicios esenciales, es importante otorgar garantías suficientes a estos trabajadores para proteger sus intereses, tales como procedimientos de conciliación y arbitraje adecuados, imparciales y rápidos en que las partes en el conflicto puedan participar en todas las fases del procedimiento y en que los laudos sean obligatorios para ellas y se apliquen plena y prontamente.<sup>101</sup>

No existen en México medidas compensatorias especiales que puedan aplicarse a los funcionarios, ya sea de la iniciativa privada o del sector público, a quienes se restringe su derecho de huelga, puesto que, como vimos con anterioridad, a los trabajadores de confianza a quienes se les aplica la LFT-1980, si bien se les reconoce la facultad de constituir sus propios sindicatos, se les niega el ejercicio del derecho de huelga, y en el caso de los burócratas de confianza, que regulan sus relaciones de trabajo con base en la LFTSE, sólo se admite constitucionalmente que disfruten de las medidas de protección al salario y que gocen de los beneficios de la seguridad social, y si ingresan al servicio de carrera, a la estabilidad en su trabajo, pero no se les permite el ejercicio de ningún derecho colectivo de carácter laboral.

Por lo expuesto en el párrafo anterior, es evidente que no se cumplen las recomendaciones del Comité de Libertad Sindical y, en consecuencia, estaríamos frente a casos en que no se admiten las limitaciones ante la falta de las condiciones sugeridas, ya que a estos trabajadores no les quedan más que los procedimientos ordinarios de sus leyes aplicables, en las mismas condiciones que el resto de los trabajadores de su correspondiente sector, los cuales si bien podemos suponer como adecuados e imparciales, con las reservas de sus correspondientes casos, no podríamos decir que son rápidos,<sup>102</sup> y los laudos, aunque son obligatorios para las partes y puedan aplicarse plenamente, es imposible afirmar que se apliquen prontamente, menos aún

<sup>101</sup> *Ibidem*, p. 46, pfo. 111.

<sup>102</sup> La frase “juicio largo” en la práctica laboral ya no es —gramaticalmente hablando— un sustantivo calificado por un adjetivo, sino dos adjetivos y, por ende, un pleonismo, es decir, “juicio” ya indica un periodo de tiempo prolongado.

en el caso burocrático, en que la ejecución de estas resoluciones laborales reviste un sinnúmero de dificultades en los hechos.

Tampoco en el caso de los trabajadores de los servicios esenciales (que la LFT-1980 denomina “servicios públicos”) se autorizan garantías suficientes para proteger sus intereses, puesto que con la aplicación de la “requisa” y la “ocupación temporal”, el procedimiento de huelga se convierte en un trámite burocrático más, desprovisto de toda presión hacia el empleador; y el procedimiento de imputabilidad (juicio ordinario o para conflictos colectivos de orden económico) que pueden promover los trabajadores si deciden someter el asunto al arbitraje de la JCA, adolece de las mismas deficiencias de lentitud y retraso en su resolución, en virtud de lo cual podemos afirmar que no se cumplen en nuestro país las sugerencias del Comité de Libertad Sindical para admitir estas restricciones al derecho de huelga.

## X. RESTRICCIONES POLÍTICAS Y ECONÓMICAS

Pueden ser impedimentos que atenten contra la libertad de organización sindical, los casos en que la finalidad perseguida, mediante una restricción al ejercicio del derecho de huelga, sea de naturaleza política y con base en preceptos cuyo contenido es impreciso, como se hace notar en el multicitado estudio:

En algunos países las huelgas pueden prohibirse si las autoridades estiman que pueden ser perjudiciales para el orden público o el interés general, o que pueden ser perjudiciales para el desarrollo económico (véanse, por ejemplo, Argentina: Ley núm. 16939 de 1966; Costa de Marfil: Código del Trabajo, artículo 183; Chile: Ley núm. 12927 de 1958; Malí: Código de Trabajo, artículo 278; Pakistán: Orden de 1969 sobre Relaciones de Trabajo, artículo 32, modificado; Senegal: Código de Trabajo, artículo 328; y Túnez: Código de Trabajo, artículo 387). Disposiciones redactadas en términos tan generales entrañan el riesgo de que se apliquen en circunstancias muy variadas y que no se limiten a los casos reales de emergencia, creando así un obstáculo a la libre organización de las actividades sindicales.<sup>103</sup>

No existen disposiciones expresas en la LFT-1980 que prohíban el derecho de huelga de los trabajadores en las condiciones mencionadas en el párrafo anterior; sin embargo, en la práctica, el uso de la “ocupación temporal” y la “requisa”, como medidas administrativas de las que —desnaturalizando su correcta finalidad legal— hace uso el titular del Poder Ejecutivo

<sup>103</sup> Organización Internacional del Trabajo, *Libertad sindical y...*, cit., 1973, p. 46, pfo. 110.

vo Federal para nulificar el ejercicio del derecho de referencia, si pudieran representar casos reales que no podrían calificarse de emergencia, y por ello constituir trabas a la libertad organizativa del actuar de los sindicatos, siempre que ello ocurra cuando no se trate de un servicio esencial, en el sentido estricto del término, de acuerdo con los términos considerados por el Comité de Libertad Sindical y el Comité de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones

Es importante señalar que —independientemente de que nuestro país no ha ratificado el Convenio núm. 98 de la OIT, no obstante lo cual, opinamos que sí se encuentra obligado a firmarlo— el a. 4o. de este instrumento trata de la relación entre los empleadores y las organizaciones de trabajadores, por lo que se refiere a uno de los aspectos más importantes de las relaciones laborales, como es la negociación colectiva. Respecto de este tema, en el Estudio que se analiza se menciona que las restricciones impuestas a la negociación colectiva

...de conformidad con determinada política nacional económica, constituyen un problema al que tanto la Comisión de Expertos como el Comité de Libertad Sindical han prestado particular atención y, en general, estos organismos han expresado la opinión de que el requisito de la aprobación previa de un convenio colectivo antes de que tenga fuerza obligatoria y las disposiciones que autorizan el rechazo de un convenio colectivo en razón de que es contrario a la política económica del gobierno no están en armonía con el artículo 4o. del Convenio núm. 98.<sup>104</sup>

Es evidente que la legislación laboral mexicana no contiene precepto alguno que establezca explícitamente la limitación referida en el párrafo anterior; sin embargo, el manejo oficial, en la práctica, del clásico “tope salarial” representa en nuestra opinión una intervención indebida que obedece a una política nacional en materia económica, la cual pretende controlar la inflación en el país pero a costa sólo de los salarios que perciben los trabajadores, sin imponer a las tarifas del servicio público y a la iniciativa privada, salvo el caso de los artículos básicos, estas restricciones, como ocurre en el caso de la energía eléctrica, gas y gasolinas, en virtud de lo cual, consideramos que esta situación viola el numeral 4 del citado convenio internacional.

En el mismo estudio sobre “Libertad sindical y negociación colectiva” de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, se hace referencia a un tema que resulta ajeno a nuestra legislación laboral:

<sup>104</sup> *Ibidem*, p. 75, pfo. 167.

Finalmente, hay una situación especial en algunos países en que los sindicatos, después de haber decidido voluntariamente inscribirse en el registro de las autoridades (lo que les autoriza a utilizar las instancias del Estado para la solución de los conflictos laborales mediante procedimientos de conciliación y arbitraje y laudos obligatorios), no son autorizados a declararse en huelga si esta acción ha sido prohibida por un laudo y cuando están obligados por un laudo (este es el caso de Australia: Ley sobre Conciliación y Arbitraje; y Nueva Zelanda: Ley sobre Conciliación y Arbitraje).<sup>105</sup>

## XI. LA HUELGA EN EL EJERCICIO DE LA LIBERTAD SINDICAL Y LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Destaca en el apartado de “Conclusiones generales” del estudio mencionado, la indicación consistente en que existen dos cuestiones que ameritan especial consideración, ya que se relacionan con aspectos fundamentales de la actividad sindical en la esfera de las relaciones de trabajo: la negociación colectiva y el derecho de huelga, con lo cual se integran los tres componentes del derecho colectivo del trabajo, y sobre el tema objeto del presente estudio se subraya: “...los órganos de control de la OIT consideran como un medio legítimo por el cual las organizaciones de trabajadores pueden defender sus intereses profesionales”.<sup>106</sup>

Respecto de las limitaciones que se aplican a la garantía laboral que analizamos, en la misma sección de conclusiones generales del estudio de referencia se destaca:

El derecho de huelga se reconoce en muchos países, pero parece estar sujeto a un número cada vez mayor de restricciones. Estas restricciones pueden considerarse como admisibles, por ejemplo, cuando son de carácter temporal, especialmente en las fases de solución de un conflicto, o cuando se aplican a ciertas categorías de trabajadores, en particular a los funcionarios públicos o a los trabajadores de los servicios esenciales. En estos casos, deberían otorgarse garantías suficientes a estos trabajadores con miras a proteger sus intereses, como un sistema imparcial y rápido de conciliación y arbitraje y en que los laudos sean obligatorios para las dos partes y se apliquen plena y prontamente.<sup>107</sup>

<sup>105</sup> *Ibidem*, p. 46, pfo. 112.

<sup>106</sup> *Ibidem*, p. 87, pfo. 210.

<sup>107</sup> *Idem*.

Para finalizar, por lo que se refiere al derecho de huelga, en las mismas conclusiones se señala que una prohibición de esta garantía laboral, aplicable a todos los trabajadores, establecida directa o indirectamente en la legislación, constituye una restricción importante de las actividades de los sindicatos y, en consecuencia, es incompatible con los principios de la libertad sindical.<sup>108</sup> Con base en el análisis de las restricciones a la huelga, contenido en el estudio que se comenta, consideramos que la negativa al trámite del escrito de emplazamiento de huelga, cuando —en términos de lo dispuesto en el a. 923 de la LFT-1980— no sea formulado conforme a los requisitos del a. 920 de la misma ley, representa un atentado a la libertad de los sindicatos, ya que a dicha omisión formal se le asigna una sanción excesiva, pues en lugar de que la JCA le señale a la parte promovente los defectos u omisiones en que hubiere incurrido y lo prevenga para que los subsane dentro de un plazo determinado, desecha dicho emplazamiento y le niega todo valor legal, con lo cual puede causar graves perjuicios a los trabajadores, al no darles oportunidad de que corrijan o completen los requisitos correspondientes.

## XII. BIBLIOGRAFÍA

- BARROSO FIGUEROA, José, *Derecho internacional del trabajo*, México, Porrúa, 1987.
- BUEN L., Néstor de, *Compilación de normas laborales (comentadas)*, México, Porrúa, 2002, t. I.
- CABRERA BAZÁN, José, “Fuentes del derecho del trabajo”, en BUEN LOZANO, Néstor de y MORGADO VALENZUELA, Emilio (coords.), *Instituciones de derecho del trabajo y de la seguridad social*, México, Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, UNAM, 1997.
- CLIMENT BELTRÁN, Juan B., *Derecho sindical*, México, Esfinge, 1994.
- CORRÊA MEYER RUSSOMANO, Gilda Maciel, *Derecho internacional privado del trabajo*, trad. de la 2a. ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1984.
- CUEVA, Mario de la, *Derecho mexicano del trabajo*, 10a. ed., México, Porrúa, 1970, t. II.
- DÁVALOS, José, “La concertación social en el derecho del trabajo”, *Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas*, México, año 2, núm. 6, septiembre-diciembre de 1987.

<sup>108</sup> *Idem.*

- GROS ESPIELL, Héctor, *La Organización Internacional del Trabajo y los derechos humanos en América Latina*, México, UNAM, 1978.
- LÓPEZ GUÍZAR, Guillermo, “La negociación colectiva en el nuevo contexto, tendencias”, en KURCZYN VILLALOBOS, Patricia (coord.), *Derecho social. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005.
- OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *Libertad sindical y negociación colectiva*, Conferencia Internacional del Trabajo, 58a. Reunión, Ginebra, 1973.
- , *Libertad sindical y negociación colectiva*, Conferencia Internacional del Trabajo, 81a. Reunión, Ginebra, 1994.
- , *Principios de la OIT sobre el derecho de huelga*, Bernard Gernigon, Alberto Otero y Horacio Guido, Ginebra, 2000.
- , *Recomendaciones internacionales de actualidad en estadísticas de trabajo*, Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 1988.
- PLA, Alberto J. et al., *Historia del movimiento obrero*, Buenos Aires, Centro Editor de América Latina, 1973, t. 2.
- PUIG HERNÁNDEZ, Carlos Alberto, *La huelga en los servicios públicos de México*, México, Porrúa, 2011.
- , *Temas sobre el procedimiento de huelga en México*, México, Porrúa, 2007.
- , *Teoría y práctica de la huelga en México*, México, Porrúa, 1989.
- REMOLINA ROQUEÑÍ, Felipe, *El artículo 123*, México, V Congreso Iberoamericano del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social-Secretaría del Trabajo y Previsión Social, 1974.
- REYNOSO CASTILLO, Carlos, *Derecho del trabajo e integración económica*, México, Universidad Autónoma Metropolitana, Unidad Azcapotzalco, 1994.
- SÁNCHEZ-CASTAÑEDA, Alfredo, “Derechos humanos y derecho del trabajo: una agenda de principios”, en BOUZAS ORTIZ, José Alfonso (coord.), *La reforma laboral que necesitamos*, México, UNAM, 2004.

## LA TRANSICIÓN LABORAL

Carlos REYNOSO CASTILLO\*

Las transiciones en diferentes ámbitos de la vida social no siempre pueden ser ubicadas en un momento específico y en un lugar determinado; se trata casi siempre de procesos constituidos por una sucesión de actos o eventos que, vistos de manera concatenada, muestran fases evolutivas de una situación; esto no impide que en ocasiones se hable de momentos precisos o emblemáticos que son eso precisamente: pequeñas escenas o momentos que muestran solamente algo que se dio de manera más extendida en el tiempo.

Esta reflexión viene al caso porque 2012 será recordado en los libros de historia y en particular en los libros de derecho del trabajo como el inicio de una de las fases más importantes en la evolución del marco jurídico laboral mexicano.

Venimos de haber iniciado la construcción, hace casi cien años en 1917, de un modelo de regulación laboral, surgido de un incipiente desarrollo económico, un movimiento revolucionario y un proyecto político más o menos definido, que permitiría sentar las bases para un desarrollo económico e industrial que acompañaría al México del siglo XX en su intento por desarrollar su industria, su mercado interno y sus instituciones públicas, además de insertarse en el concierto internacional. Ese modelo jurídico dejaba muy en claro una determinada concepción humanista en el mundo del trabajo, que intentaba, a su vez, alejarse de los planteamientos decimonónicos que pregonaban la igualdad en las relaciones jurídicas; además, esas nuevas leyes y normas laborales ofrecían una visión clara de los diferentes terrenos en que debían vivirse las relaciones de producción: por un lado un conjunto de derechos y protecciones para los trabajadores, sobre la base de su permanencia en el empleo, un ejercicio de la organización sindical que privilegiaba a las dirigencias, un espacio institucional, con tribunales propios y especializados en materia de trabajo, en su momento convenientes

\* Investigador nacional, Universidad Autónoma Metropolitana.

y adecuados para dirimir las controversias obrero-patronales; todo ello sin contar con los matices propios en el caso de grupos de trabajadores, que por diversas circunstancias, incluyendo políticas, se hacía necesario dotarlos de un marco normativo también especial (burocracias, transportes, domésticos, del campo, deportistas, artistas, etcétera).

Lejos estamos de aquel mundo laboral trazado por el artículo 123 constitucional de 1917; las primeras leyes estatales del trabajo de los años veinte y de su momento cumbre con la primera Ley Federal del Trabajo de 1931. El dinamismo del contexto en el cual trata de aplicarse el derecho del trabajo se iría transformando de manera vertiginosa hacia finales del siglo pasado, presionando a las reglas del mundo del trabajo para que también cambiaran; sin embargo, las formas con que cuenta el mismo modelo normativo para cambiar no estaban a la altura y velocidad que a su vez los cambios se venían dando. Este desfase entre los hechos y el derecho en materia laboral tiene muchas explicaciones, una de ellas es el diseño estructural del modelo jurídico. En efecto, el derecho laboral es una de las ramas del derecho que en su estructura contiene y concede, a diferencia de otras, un amplio espacio para su adaptabilidad a las situaciones tangibles del mundo y las realidades que pretende regular, para ello cuenta con mecanismos de creación normativa que, entre otras cosas, permiten un cierto grado de adaptabilidad a los casos concretos, tal es el caso de la contratación colectiva; sin embargo, este mecanismo no opera de manera automática sino que su “funcionamiento” está influido por muy diversos factores. Por otra parte, en modelos laborales como los latinoamericanos, históricamente siempre ha habido el predominio de las normas emanadas del Estado, frente a las normas bilaterales elaboradas por los actores. Todo ello aunado a una cierta cultura de producción legislativa que aspira a la grandilocuencia y una cierta proclividad hacia la creación de grandes obras y monumentos jurídicos, tal vez heredado de las obras napoleónicas civilistas del siglo XIX; esta herencia justificada durante mucho tiempo, en alguna medida impide ir mejorando el marco normativo de manera progresiva. Todo esto haría que el derecho del trabajo en países como México se fuera distanciando de los hechos, de las realidades y del funcionamiento de sus instituciones públicas del mundo del trabajo. A esta situación hay que agregar todos aquellos cambios que también se venían dando en el contexto en que viven las normas del trabajo: mercado de trabajo, actores políticos, composición demográfica de la población, etcétera.

De esta manera, hacia finales del siglo XX nos encontramos con un marco normativo laboral que mostraba ya los estragos propios de la edad, frente a una realidad que lo rebasaba y que evidenciaba sus limitaciones. Es

con estos antecedentes como se inicia el siglo XXI, en el cual, a éstas ya de por sí importantes transformaciones, se vinieron a sumar los trascendentes cambios del contexto, tanto nacional como internacional, en el cual pretende aplicarse el derecho del trabajo, que lo podrían en varias partes del mundo ante la necesidad inminente de cambiar.

Teniendo como marco de referencia esta percepción respecto del momento por el cual estamos atravesando en México, deseamos en estas líneas comentar los aspectos del marco jurídico laboral que nos parece que se encuentran en plena transición, con la finalidad de mostrar, por un lado, cuáles son, más allá de las formas normativas que asumen en los textos legales, los rasgos de los cambios, y por otro lado se intenta ofrecer algunos elementos que buscan alimentar la reflexión sobre la importancia y trascendencia de esas mutaciones, más allá de los debates de coyuntura y las polémicas de café a las que han venido dando lugar los principales cambios de los últimos años en las leyes laborales.

De igual manera, en estas palabras introductorias queremos agradecer a la Sociedad Mexicana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, presidida por la doctora Patricia Kurczyn Villalobos, su amable invitación para participar en este esfuerzo colectivo para rendir homenaje a un destacado jurista mexicano como el doctor Jorge Carpizo McGregor; estamos convencidos de que la obra de este destacado mexicano ayudará a seguir formando a los estudiantes y profesionales del derecho, además de seguir siendo uno de los referentes obligados de la ciencia jurídica nacional e internacional.

\*\*

Uno de los aspectos más interesantes y más apasionantes en estos tiempos de cambio y transición de las normas del trabajo tiene que ver con los “cimientos” de esta rama del derecho, los cuales sin duda se encuentran también en un proceso de cambio cuya constante es la incertidumbre: hay que recordar cómo desde sus orígenes, allá a mediados del siglo XIX, las primeras normas del trabajo buscaban paliar las difíciles condiciones de trabajo en las cuales vivían los obreros en los centros de trabajo; expulsados muchas veces de las actividades agrícolas, los primeros contingentes de trabajadores urbanos e industriales se verían inmersos en un medio de trabajo hostil que afectaba la salud y el desarrollo de las personas, disminuyendo incluso su expectativa de vida. Esta situación deprimente presionaría para que no sólo se fueran gestando las primeras organizaciones gremiales, sino

también se fuera dando la necesidad de contar con normas mínimas que permitieran contar además con un mínimo de protección de aquellos trabajadores. En ese ambiente, mujeres y menores serían aquellos que se verían más afectados de manera considerable en su salud. Este panorama de explotación sin límites explica por qué los primeros reglamentos de fábricas contenían disposiciones sobre higiene y seguridad en el trabajo, sobre límites a las jornadas de trabajo, sobre el trabajo de mujeres, temas todos ellos con los cuales se iniciaba el camino hacia la construcción de una normativa, que en esencia encarnaba las aspiraciones humanistas y sociales pregonadas en aquella época. Este rasgo protector de las normas laborales se iría consolidando al paso del tiempo, y así harían su aparición cuerpos normativos más amplios y diversos, en los cuales ya no sólo el tema del ambiente y seguridad del trabajo sería tratado, sino también los derechos y obligaciones durante las relaciones laborales; más tarde, ya iniciado el siglo XX, harían su aparición los códigos y leyes laborales que, impulsados por el reconocimiento constitucional de las relaciones laborales, darían lugar a verdaderos monumentos normativos consolidados durante la segunda mitad del siglo XX, por lo menos en América Latina.

Esta idea de “justicia social”, explica el doctor Carpizo, se iría construyendo con la contribución de mexicanos visionarios de principios de siglo que supieron plasmar en el texto constitucional ideas vanguardistas en materia de trabajo para dar cabida a reivindicaciones sociales, y así mejorar los niveles de vida de amplios contingentes que habían participado en el movimiento revolucionario.<sup>1</sup>

Durante todo este camino, el derecho del trabajo iría ampliando sus espacios de influencia en las relaciones obrero-patronales, pero siempre conservando su carácter clasista y en esencia protector de los trabajadores, a pesar de que en muchas leyes del trabajo, las normas que abiertamente protegen los intereses de la empresa también abundan. Este espíritu que ha acompañado los derechos laborales a lo largo de su joven historia, ha impregnado fuertemente no sólo los estudios de esta disciplina jurídica, sino también encuentra referentes y evidencias en las áreas que la integran, por ejemplo en materia de derechos individuales, colectivos e incluso procesales.

Esta concepción del derecho del trabajo protector que se encuentra en sus genes, hoy en día, en el marco de un contexto que le es adverso, pareciera estar siendo severamente cuestionado, al tratar de deslizar el foco de

<sup>1</sup> Cfr. Carpizo, Jorge, “El estado de los derechos de la justicia social”, *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, México, núm. 14, enero-junio de 2012, p. 5, disponible en: [www.juridicas.unam.mx](http://www.juridicas.unam.mx).

atención de esta disciplina hacia otros temas u objetivos, frente a los cuales no se puede fácilmente estar en desacuerdo. La conceptualización de la transición, en este caso, no deja de ser sutil e interesante, ya que si bien históricamente, por muy diversas razones y argumentaciones, el foco de atención y objetivo de las normas del trabajo era, sin duda, el ser humano, en su temporal y circunstancial situación en los espacios de trabajo, y en relación con la otra parte de la relación laboral; de esta manera, la normativa se tejía en torno a este eje articulador de las normas, tratando de avanzar en esos dos campos de una misma situación: por un lado la protección del ser humano trabajador y, por el otro, tratando de establecer reglas para regular su relación con el patrón.

Hoy, por el contrario, se plantea la necesidad de incorporar a aquel dualismo, otros conceptos que debieran, según algunos, formar parte de las preocupaciones y objetivos de las normas de trabajo; entre esos conceptos estaría el empleo. El empleo, como noción ambigua y etérea, es presentado como una aspiración y un valor de la sociedad toda, que incluso preexiste y antecede a los objetivos que históricamente había pregonado el derecho del trabajo. Desde esta perspectiva, las frases hechas para incorporar esta visión son difícilmente rebatibles: “si no hay empleo no hay trabajo”, “si no hay trabajo, no tiene sentido la protección laboral”, etcétera. De esta manera, el empleo, como premisa incluso de la existencia misma de las relaciones que trata de normar el derecho del trabajo, empieza a acaparar la escena y a tratar de sobreponerse a los objetivos históricos de las normas laborales, al grado que usurpa sin recato y arrebatando el legendario protagonismo de las relaciones obrero-patronales, para aparecer como la razón de existir de la legislación laboral. Esta asunción de la idea sobre “empleo” supone una disección conceptual no siempre explicada ni aclarada y que consiste en presentar al empleo desprovisto de relación con aquel ser humano trabajador otrora objeto de atención de las normas del trabajo. De esta manera, el empleo hace a un lado los fines de las normas para convertirse en la razón, el origen, la aspiración y, por ende, la justificación de las normas laborales. En el fondo estamos también ante una sutil transformación axiológica en donde lo importante ya no es aquella relación dual obrero-patrón ni las protecciones para aquel ser humano trabajador, sino ahora lo importante es que el empleo, y en particular su creación, justifica cualquier normativa para su existencia. Al derecho del trabajo para el hombre se le va alejando, para poner en el centro al empleo; así, la transición de una visión humanista muy influenciada por las ideas liberales y humanas de fines del siglo XVIII, todo el XIX y concretada jurídicamente en el XX, hacia una visión

más abstracta y menos tangible, pareciera estar en marcha, y por desgracia con gran éxito.

En este panorama de cambios, los derechos en general relacionados con la “justicia social”<sup>2</sup> aparecen como aspiraciones pendientes de cumplimiento, y donde el contexto en el cual se pretende hacerlos valer, lejos de fortalecerlos, pareciera debilitarlos.

En el terreno jurídico, la evolución del derecho del trabajo siempre se nos presentó como un intento de creación estatutaria que buscaba alejarse de los planteamientos de un derecho que centraba su atención en las cosas, en los bienes y en las relaciones que los seres humanos entablaban pero con motivo de aquéllos. El derecho del trabajo se revela frente a esa cosificación de las normas para tratar de humanizarlas, con motivo del trabajo, dando lugar a un cuerpo normativo cuyo centro de atención sería el trabajador y su protección en los centros de trabajo. Desde esta perspectiva, resulta entendible el que casi siempre se presente al derecho del trabajo como un intento de alejamiento exitoso del derecho privado, donde las normas del trabajo reñían y se distanciaban de los principios que atravesaban las relaciones reguladas por el derecho privado y entre iguales. El derecho del trabajo es presentado como el que se alza victorioso frente a la autonomía de la voluntad de las partes, como principio rector de las relaciones jurídicas en el derecho civil, en donde la voluntad de las partes es la ley entre las mismas y, salvo casos excepcionales y marginales, esa autonomía se ve acotada. El derecho del trabajo tendría el mérito de darle otra dimensión a esa autonomía de las partes, de tal manera que seguiría habiendo un amplio margen para que las partes acuerden los contenidos de sus contratos, pero ahora con límites cualitativos (no menos de las prestaciones de la ley laboral) y cuantitativos (no menos de los montos de la misma ley).

Este gran logro de las normas laborales, subrayado por algunos al denominarlo derecho social, por su carácter de protector de una colectividad e interés de la misma, en este periodo de transición se encuentra en una fase de revisión; en efecto, aquellos límites trazados poco a poco parecieran irse moviendo o por lo menos cuestionando en las relaciones laborales, ya sea por la vía de poner en duda cuáles son aquellos mínimos que señala la legislación laboral.

Por otra parte, hay que recordar que como parte de la integración y crecimiento el derecho del trabajo, tal vez como ninguna otra rama del derecho, creó un amplio espacio para la autonomía de las partes en las

<sup>2</sup> Cfr. Carpizo, Jorge, “Los derechos de la justicia social: su cumplimiento”, *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, México, núm. 16, enero-junio de 2013.

relaciones laborales, entendida como la posibilidad de que las partes pudieran mediante acuerdos, ya individuales o con la colectividad, establecer nuevos derechos o reglas de la relación obrero-patronal; esto permitiría que el mundo del trabajo contara con una herramienta valiosa que debía servir para acompañar el dinamismo del mundo del trabajo, y para ir nutriendo el paquete protectorio de los trabajadores; sin embargo, en muchos casos esta posibilidad y potestad “legislativa” de las partes sería acotada, simulada o francamente erradicada a favor del fortalecimiento de la creación normativa ajena a las partes, lo cual favorecería el diseño de los sistemas jurídicos latinos en los que siempre la ley emanada del Estado ha ocupado un papel de primer orden.

La evolución del derecho del trabajo puede ser contada de muy diversas maneras, una de ellas es a partir de identificar cómo la unilateralidad, expresada como el poder del patrón en fijar las reglas de funcionamiento del centro de trabajo y de las relaciones laborales, iría cediendo espacios a la bilateralidad, traducida en la posibilidad de negociar aspectos y temas que antes el patrón no tenía que consultar a nadie; así el derecho del trabajo iría consolidando a la bilateralidad como un elemento de su integración.

Hoy también asistimos a un retraimiento de la bilateralidad, en los mismos espacios que las normas laborales reconocen como sus mecanismos de nacimiento y vida de las relaciones laborales. Se trata de un rasgo que sólo a partir de un análisis transversal de las reformas laborales de los últimos años podemos identificar; pareciera que el viejo capataz de las fábricas del siglo XIX estuviera de regreso reclamando sus espacios de poder y reivindicando su derecho a dirigir y ordenar, ya no sólo los procesos productivos, sino también las reglas de funcionamiento de la relación obrero-patronal. Pareciera que aquellos avances históricos de las normas laborales sobre el acotamiento de la voluntad soberana del patrón en la fábrica se empiezan a borrar, dando lugar a un renovado derecho para decidir qué tipo de contrato elegir en el ingreso y cuándo decidir su disolución, entre otras cosas.

En este contexto, la voluntad de las partes, la bilateralidad, son principios que se han venido a cuestionar, fustigándolos en aras de poner en el centro de atención ciertos conceptos y ciertos valores con eufemismos como el empleo. La transición laboral en la que hoy estamos inmersos ha logrado colocar por desgracia en el discurso público aspiraciones como la modernidad, la competitividad, la productividad, cuyo significado es ambiguo, por decir lo menos, desplazando al ser humano como centro de atención del edificio normativo laboral.

La convivencia entre los intereses del patrón y los del trabajador fue siempre una de las aspiraciones del derecho del trabajo; uno de los grandes

méritos de estas normas fue en muchos casos haber logrado ciertos equilibrios entre aquellas dos partes o “factores” de la producción. Hoy aparecen en el centro de las políticas y legislaciones laborales los objetivos del mercado y el desarrollo económico, ideas éstas que en el nacimiento del derecho del trabajo nunca fueron vistas como incompatibles con la protección del trabajador; el reto en el nacimiento del derecho del trabajo fue alcanzar una cierta convivencia de los intereses por definición opuestos, idea ésta que hoy en día es presentada como obsoleta y anticuada.

\*\*

La transición también tiene otras caras y manifestaciones en las relaciones laborales: en las estructuras y conceptos que servirían de base para su construcción. Hay que recordar que en el nacimiento mismo del derecho del trabajo, lo que permitió el advenimiento de esta rama del derecho fue precisamente la aceptación de que en las relaciones entre un patrón y un trabajador existían ciertos rasgos y características que impedían que se aceptara la igualdad entre ellos en los términos y condiciones que se daba a las relaciones en el derecho privado; de esta manera, la ruptura de la igualdad formal, ante la evidencia de una desigualdad real, permitiría que los primeros laboristas trataran de dibujar y trazar jurídicamente los rasgos que en el mundo del trabajo presentaba esa relación en el centro de trabajo. De esta manera harían su aparición términos como dependencia, dirección, ajenidad y, más tarde, la subordinación como manifestaciones de aquel intento por caracterizar el tipo de relación que se da entre un patrón y un trabajador con motivo del trabajo. En cada país, y de diferente manera y velocidad, se iría conformando un sustento conceptual básico que permitiría ir delimitando los ámbitos de aplicación personal de las normas laborales; así, a mediados del siglo pasado el laborismo boyante ya había superado el debate en torno a saber cuáles eran los rasgos característicos de una relación laboral, y cuáles eran también los conceptos básicos que la conformaban. Estos avances en la reflexión irían tomando forma jurídica en las leyes y códigos laborales, para señalar que una relación de trabajo y un contrato de trabajo debían contar con dos partes: un trabajador y un patrón; una determinada actividad o trabajo; eventualmente una contraprestación o salario, pero sobre todo subrayando que estos elementos se conjugaban en condiciones en las que el trabajador realizaría las actividades, atendiendo las directrices que sobre el mismo dispusiera el patrón; este rasgo de ajenidad y dependencia mostraba a la actividad laboral como una actividad en donde

el trabajador no disponía ni la forma ni el lugar ni el modo de laborar, sino que esos factores serían determinados por el patrón.

Con estos presupuestos se iría construyendo el marco jurídico de un cierto tipo de trabajo, aquel que se daba y donde se identificaban aquellas condiciones. Esta manera de ver las cosas permitiría incluso a los tribunales laborales aplicar la ley ahí donde las partes identificaran aquellos elementos básicos de las relaciones de trabajo, y dejando para los tribunales encargados del derecho privado las otras relaciones.

Este diseño que serviría al mundo del trabajo durante muchos años ha venido siendo cuestionado en las últimas décadas de muy diversas maneras, pero la más importante ha sido al lograr sembrar la duda en muchas relaciones que a primera vista parecieran laborales, y en consecuencia sujetas al derecho del trabajo. Las leyes laborales habían sido diseñadas a partir de certezas que una vez constatadas producían la aplicación de la ley laboral; hoy, sin embargo, pareciera avanzarse en sentido contrario al sembrar la duda sistemática sobre si realmente es laboral una relación que probablemente sólo lo sea en apariencia. Estas dudas, que pudieran ser lógicas y entendibles en el alegato de un patrón frente a la demanda de un trabajador, se han venido sofisticando por la jurisprudencia y, por increíble que parezca, reconocidas por la misma legislación laboral. Así, la duda permanente de si un trabajador realmente es trabajador, si forma parte de una relación de subordinación, de si su contraparte es patrón o no lo es, son parte hoy de las dudas y confusiones con las que día a día los tribunales laborales nutren su actividad.

Asistimos, pues, en este periodo de transición a una explosión de los conceptos básicos y tradicionales del mundo del trabajo, y concretamente del contrato y la relación de trabajo, frente a lo cual el derecho del trabajo se muestra limitado y a veces obsoleto para cumplir su tarea protectora que le daba sentido a su existencia; hoy, ante la duda de si son o no parte de sus protegidos, esta rama del derecho pareciera vaciarse de destinatarios, acotando su campo de aplicación.

En este panorama proliferan nuevas formas de organización y relacionamiento entre las empresas; la capacidad mutante del patrón no tiene límites, entre otras razones, porque se trata de su sobrevivencia en contextos económicos más abiertos y competidos, lo que se traduce en la búsqueda de nuevos esquemas, tanto dentro como fuera de los centros de trabajo, que permitan conservar o lograr un espacio en el mercado. Esto no podía ser de otra manera, de hecho desde siempre la empresa y el capital, así como el agua, siempre han buscado los menores resquicios para avanzar en sus propósitos de reproducción y avance. Cuando ciertos equilibrios nacionales,

regionales o mundiales como aquellos que se habían logrado luego de la Segunda Guerra Mundial, se rompen o alteran, es lógico que asistamos a un reacomodo en las maneras en que la empresa se organiza.

Sin embargo, el tema no es cómo va mutando el capital y la empresa en la búsqueda de sus objetivos, el tema es cómo afecta esto a las relaciones laborales, a su marco jurídico y, finalmente, a los trabajadores. Y aquí la respuesta es catastrófica, ya que nada más grave para alguien que se desconozca su existencia, que se admita su negación, simple y llanamente. Y algo parecido le está pasando a las normas laborales, las cuales al subirse a la escena de la actividad económica y el trabajo, aparecen como ajenas a las relaciones que en esos ámbitos se vienen presentando, por una u otra razón; aquellos nexos que unían a un trabajador con el manto protector normativo se han perdido, son confusos o simplemente ya no están, aumentando los contingentes de desprotegidos.

El derecho del trabajo está llegando tarde a los nuevos escenarios de la actividad económica y el trabajo, en los cuales la dificultad por adaptar sus conceptos básicos que sustentaban su protección a las nuevas situaciones, lo muestran torpe y limitado. Muestra de ello son los fenómenos como la externalización y la subcontratación, frente a los cuales los legisladores van trastabillando, intentando trazar un marco jurídico que busca rediseñar los esquemas de responsabilidades en las relaciones laborales; esfuerzos éstos que en muchos casos o son limitados o siembran dudas sobre la ubicación de los rasgos y propósitos protectores de las normas laborales.

\*\*

La transición se manifiesta de manera cruda también en la vida misma de las relaciones laborales en diversos temas; dos de ellos, de gran importancia, tienen que ver con las prestaciones y las reglas de egreso del trabajador.

En el caso de las prestaciones, hay que recordar que junto con el salario el paquete de obligaciones por parte de la empresa fue diseñado para atender diversas necesidades del trabajador, protección social, descansos, ingresos adicionales por varias razones (utilidades, antigüedad, etcétera), de tal manera que esos derechos serían presentados con una visión patrimonialista de los mismos por parte de los trabajadores, al señalar que eran “derechos adquiridos”, lo cual significaba que una vez que eran ganados y otorgados, éstos no podrían modificarse y mucho menos disminuirse. Las prestaciones serían apuntaladas en las leyes laborales con una serie de principios generales como la equidad, la irrenunciabilidad, la no discriminación

y la igualdad, con lo cual se tendría un cuadro que reflejaba las aspiraciones protectoras del derecho del trabajo. Sin embargo, esta visión casi idílica de las prestaciones de un trabajador poco a poco se iría erosionado, al incluir matices o excepciones a aquellos principios generales, en un primer momento por medio de la jurisprudencia, más tarde en las normas autónomas (contratos colectivos), y luego por su incorporación en las leyes laborales o francamente por la vía de los hechos en los centros de trabajo. Este adelgazamiento de las prestaciones ha tenido otros componentes que han apoyado su fragilidad, y ha sido por medio de la multiplicación de prestaciones no conocidas expresamente en la legislación laboral, con lo cual se plantea la duda en los tribunales sobre su existencia legal y sus efectos en la relación laboral, y por otra parte, el alejamiento creciente entre los salarios y la inflación; en este caso, el evidente deterioro del poder adquisitivo no necesita reformas laborales para ver sus estragos en la calidad de vida de los trabajadores.

De esta manera, la transición ha venido a deformar el modelo de prestaciones laborales al incorporar y en ocasiones legalizar dudas, primero sobre la vigencia y solidez de los principios que se supone la sustentaban, y por otra parte al diversificar los conceptos bajo los cuales son presentadas.

En algunas ocasiones este panorama de incertidumbre se ha alimentado con la llegada de conceptos nuevos, como el de “productividad”, el cual de tiempo atrás ha sido estudiado, conceptualizado y aplicado en otras áreas del conocimiento (la economía, la administración, la sociología, entre otras), pero que es relativamente nuevo en el mundo jurídico laboral, y que en las escasas ocasiones que en países como México se había explorado y tratado de aplicar en la vida cotidiana de las relaciones laborales, se había deformado en la mayoría de los casos.

Por otra parte, en lo relativo a la salida de los trabajadores de la empresa, estamos sin duda frente a uno de los temas en donde los cambios al marco jurídico han sido amplios y diversos. En efecto, hay que recordar que en los años cincuenta del siglo pasado, y teniendo como marco de referencia un contexto de posguerra en donde se buscaba reconstruir las economías mundiales, y lograr un progreso sostenido en las naciones, se necesitaba también un marco jurídico laboral que permitiera tales propósitos y fuera funcional a los mismos. La prioridad sería entonces lograr la permanencia mayor de los trabajadores en la empresa, dejando de lado la posibilidad de que éstos hicieran los menos cambios en su carrera y trayectoria profesional. Fue en este ambiente en donde se desarrolló la idea de la estabilidad en el empleo, la cual planteaba que el marco jurídico laboral daría ciertas protecciones a la permanencia del trabajador en la empresa, y que se ocuparía de la sali-

da de los trabajadores de aquélla, pero de manera excepcional; esta concepción de las normas laborales, junto con la aspiración del pleno empleo, se verían reflejadas en buena parte de la legislación laboral de muchos países. Se hablaría entonces de la estabilidad absoluta, entendida como la casi imposibilidad de que un patrón disolviera la relación o contrato de trabajo, así como de la estabilidad relativa, como aquella que, reconocida en las leyes laborales, permitía una disolución de la relación laboral sólo en casos excepcionales y cuidadosamente regulados. Eran los tiempos del crecimiento económico en muchos países, algunos de los cuales habían adoptado una estrategia de crecimiento interno a partir de la sustitución de importaciones, que permitiría hablar de protección a la estabilidad en el empleo. En el fondo se trataba de una concepción que buscaba arraigar al trabajador a su empleo, rodeándolo de ciertas prestaciones y derechos directamente vinculados con aquella permanencia.

Uno de los sectores que recibieron y al paso del tiempo consolidaron con mayor fuerza y claridad las ideas de la estabilidad absoluta fue el caso de los trabajadores al servicio del Estado, en donde incluso hoy en día las protecciones frente a la ruptura de la relación de trabajo son más estrictas.

Este diseño protector es uno de los pilares del modelo laboral de la segunda mitad del siglo XX, el cual en este periodo de transición ha sido severamente cuestionado. Este cuestionamiento ha sido planteado desde varios ángulos, al señalarlo como obstáculo a la contratación de nuevos trabajadores, como encarecedor de la relación laboral, como mecanismo rígido que impide el necesario dinamismo de la fuerza de trabajo, y de manera amplia como un freno a la modernización de las relaciones laborales, y por extensión de la economía y el país todo. En prácticamente todas estas ideas y percepciones se adolece de evidencia empírica que las sustente, sin embargo han permitido y públicamente justificado buena parte de las reformas laborales en países como los latinoamericanos en los últimos años. De esta manera, el alejamiento de la estabilidad en el empleo, como constante en los cambios legislativos, se ha traducido en nuevos esquemas regulatorios en los cuales el patrón se ve restablecido en sus poderes, más o menos discrecionales, para decidir cuándo debe terminar una relación laboral. El rescate de las potestades del patrón, que durante casi cien años se nos había dicho que se habían perdido o por lo menos matizado, han sido restauradas de una u otra manera.

Estos cambios agrupados bajo el título simplista y eufemístico de “flexibilidad” serían la bandera de la evolución reciente en la transformación de este capítulo de las relaciones laborales.

\*\*

Pero los cambios también se han sentido en otro de los espacios que orgullosamente mostraba el derecho del trabajo, como una de sus grandes victorias desde el siglo XIX y que fue el haber reconocido como sujetos de derechos a las organizaciones gremiales, en las cuales los trabajadores no sólo encontrarían un espacio de identidad, sino un mecanismo de protección y lucha para conservar y mejorar sus derechos frente al patrón.

Los sindicatos formalmente reconocidos como instrumentos de lucha obrera irían perdiendo, con gran esfuerzo de su parte, el lustre que los expertos se empeñaban en asignarles en sus estudios. En ocasiones convertidos en apoyos a los poderes políticos en turno, en ocasiones forjando una distancia entre sus dirigencias y sus bases, las organizaciones de trabajadores se irían debilitando en todas las tareas para las cuales se supone que históricamente nacieron. Una de las evidencias más claras de su merma es su baja tasa de afiliación y en muchas ocasiones su escasa o nula influencia en la definición de las condiciones de trabajo. Pero tal vez en donde de manera más evidente se advierte la debilidad del sindicalismo contemporáneo en países como México es precisamente en los periodos de transición en donde la reforma laboral que planteaba diferentes afectaciones a instituciones jurídicas históricas e incluso emblemáticas del mundo del trabajo, serían modificadas, sin contar con una oposición consistente en su contra y mucho menos con una argumentación conveniente para el momento.

En la medida en que los sindicatos fueron diseñados jurídicamente como instrumentos de lucha y de mejoría de los derechos de los trabajadores, en la transición no se han tenido grandes problemas para mostrarlos públicamente como instituciones anticuadas, obsoletas, protectoras de privilegios, corruptas, etcétera. Este diseño de una imagen no desinteresada ha ayudado para que en ciertas coyunturas se revise el marco jurídico de los sindicatos, y en este cuestionamiento se ponga en duda todo su andamiaje jurídico: reglas para su nacimiento y subsistencia, funcionamiento interno de los mismos, requisitos para ejercer sus derechos (concretamente contratación colectiva y huelga), transparencia y rendición de cuentas, mecanismos de elección de las directivas, etcétera.

Los sindicatos como obstáculos al cambio y la modernización podría ser el emblema de una campaña publicitaria que busca desprestigiar a las organizaciones de trabajadores, de todos los colores. Esta “promoción” vendría acompañada de modificaciones legales que en la mayoría de las veces buscan acotar el marco de acción de los sindicatos, en una apuesta del Estado que no está exenta de riesgos, ya que se ubica al sindicato como un mal

necesario pero que, ante la imposibilidad de erradicarlo, hay que situarlo dentro de márgenes estrechos, desde los cuales su subsistencia e influencia pueda ser acotada y si es posible controlada.

\*\*

Los derechos de los trabajadores no pueden ser completos si no cuentan con mecanismos adecuados para hacerlos valer ante las instancias competentes. Y esos mecanismos se encuentran reunidos en el denominado derecho procesal del trabajo, entendido como una subrama del derecho del trabajo que se ocupa de las normas que regulan los procesos en los cuales se dirime la aplicación de una norma laboral; se trata de un derecho público de carácter social e imperativo con el cual se pretende hacer eficaces los derechos sustantivos, tanto individuales como colectivos, consagrados en las leyes y códigos de trabajo.

Históricamente, el derecho procesal del trabajo nació como parte y extensión de aquel espíritu humanista y protector con el que también nació el derecho del trabajo; se trataba de construir con él una propuesta procedimental que, aplicada por instancias judiciales también especializadas, tuviera varias virtudes y cualidades, como la prontitud en su trámite, la protección y apoyo a los trabajadores en la sustanciación y resolución de los juicios, el alejamiento de los formalismos propios del derecho común, entre otras. Estas aspiraciones animarían a los primeros procesalistas laborales al inicio del siglo pasado, a tratar de argumentar sobre los rasgos distintivos de las normas procesales del trabajo, además de tratar de nutrir su autonomía. El siglo XX permitiría consolidar una institucionalidad,<sup>3</sup> una doctrina y una jurisprudencia especial sobre el derecho procesal del trabajo que serviría para apoyar el desarrollo del mundo del trabajo. Sin embargo, en muchas ocasiones este derecho procesal iría enfrentándose a diferentes dificultades en su aplicación, derivadas entre otras cosas del crecimiento de la economía y con ello del aumento de los litigios planteados ante los tribunales, de tal manera que en la búsqueda de soluciones a los nuevos retos, muchos tribunales del trabajo acudirían a las soluciones propias del derecho

<sup>3</sup> El tema del origen, nacimiento y funcionamiento de las juntas de Conciliación y Arbitraje ocupó parte de las reflexiones del doctor Carpizo en estudios que varios años de distancia hoy en día siguen siendo documento de consulta obligada para entender la naturaleza de estas instancias especializadas en materia laboral. *Cfr.* Carpizo, Jorge, “La naturaleza jurídica de las Juntas de Conciliación y Arbitraje en México”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, núm. 15, 1975, pp. 45 y ss.

privado, siendo éstas paradójicamente de las que se supone se venía históricamente alejando.

Hay que recordar que en el diseño estructural del derecho procesal del trabajo se señalaron varios principios que se supone habrían de orientar la aplicación e interpretación de las normas procesales del trabajo, por ejemplo el carácter público y gratuito del procedimiento, la inmediatez en el procedimiento laboral, el carácter predominantemente oral del mismo, la activación de la función jurisdiccional a iniciativa de parte, la búsqueda por la mayor economía, sencillez y concentración en las actuaciones, etcétera. Por desgracia, al paso de los años el derecho procesal vivo en los tribunales del trabajo se ha venido alejando de estos principios que se supone lo distinguían, y en los procesos de transición se asiste a un intento por rescatar aquellas cualidades que lo distinguían y que en sus orígenes justificaban su especificidad. Esta renovación se ha intentado por varias vías, ya sea rescatando y dando un nuevo vigor a la conciliación y la mediación, otrora mecanismos distintivos de solución de los conflictos de trabajo, tratando de innovar en fórmulas procedimentales que agilicen los juicios, o bien apostándole a capacitación y profesionalización del personal de los tribunales, o francamente planteando nuevas estructuras judiciales para ocuparse de estos temas. En todos los casos subyace el reconocimiento del fracaso y limitaciones del derecho procesal y de las instancias encargadas de aplicarlo en su labor de solucionar pronta y adecuadamente los conflictos del trabajo.

En estos momentos de cambio el derecho procesal tiene que reinventarse y con él los tribunales del trabajo encargados de aplicarlo; en este reto no hay fórmulas mágicas, sin embargo cualquier esfuerzo que se haga es conveniente si está inspirado por el deseo de reivindicar su carácter especial y social que en sus orígenes lo distinguieron.

## CONCLUSIONES

La rapidez con que se suceden los cambios en diversos ámbitos de la vida social, y en este caso laboral, impiden muchas veces apreciar el significado y alcances de los mismos, y en estos momentos la legislación laboral en países como México se encuentra inmersa en transformaciones de gran impacto, las cuales, dicho sea de paso, son relativamente normales y eran previsibles si se observan estos cambios en la perspectiva de las reformas laborales que se han venido dando en países vecinos en los últimos años; en ese sentido, las modificaciones al marco jurídico laboral son sólo parte en lo inmediato de una serie de reformas que han de redimensionar el significado del papel del

Estado frente a amplios sectores de la sociedad, como los trabajadores; pero también en lo mediato, pareciera irse gestando un nuevo modelo de relaciones obrero-patronales en donde tanto la legislación laboral como la doctrina especializada tienen enfrente el reto de avanzar hacia la modernización del país, y de cuidar su adecuada inserción en el concierto internacional, pero sin olvidar los orígenes y sentido que desde su nacimiento tuvo la legislación del trabajo, en su afán humanista y protector. Ya lo decía el doctor Carpizo: “Las sociedades cambian y se modifican. Las exigencias sociales también. El legislador debe estar atento a las nuevas necesidades para darles cauce, para que el Estado social no vaya a deteriorarse en sus finalidades y características, para que continúe siendo un Estado protector en sus diversos sentidos, y para que cada día más resplandezca mejor la justicia social para el mayor número de personas”.<sup>4</sup>

Es necesario estar atentos a la manera como hoy en día se plantean las discusiones en torno a la evolución del marco jurídico laboral, para tratar de identificar claramente los valores y principios que deben salvaguardarse en las transiciones, en este caso normativas, del mundo del trabajo; es importante también desechar los falsos dilemas que en ocasiones plantean los debates sobre el mundo del trabajo, por ejemplo aquel que confronta a la modernidad con los derechos laborales, y que en etapas de transición como la que vivimos se presenta de manera recurrente.

En muchas de las reformas laborales de la región latinoamericana, en los últimos años, se ha avanzado en la modificación de instituciones claves de las relaciones laborales, las cuales han permitido ofrecer a las empresas mecanismos de adaptación a las nuevas condiciones económicas y de los mercados en donde participan; sin embargo, la mayoría de esas reformas no ha atendido las necesidades que los trabajadores enfrentan también en esos nuevos contextos, de tal manera que aquella aspiración de la mayoría de los códigos de trabajo de lograr un equilibrio entre los “factores de la producción” parecieran por el momento sólo haber atendido las necesidades, muchas de ellas justificadas, de las empresas, por lo cual necesitamos pugnar para que en los tiempos por venir y teniendo como base una necesaria visión de Estado, que aspire a velar por el bienestar de toda la población y no sólo de parte de ella, las sociedades encuentren mecanismos legales que permitan diseñar formas para compensar y apoyar también a los trabajadores en su dignidad, tanto de vida familiar como laboral; sólo de esta manera se podrá reivindicar al derecho social y rescatarlo del deterioro que ha sufrido en estos tiempos.

<sup>4</sup> Cfr. Carpizo, Jorge, “El Estado de los derechos...”, *op. cit.*, p. 42.

## EL TRABAJO INFORMAL EN MÉXICO: UN ASUNTO DE DERECHOS HUMANOS Y DE SEGURIDAD NACIONAL

Ángel Guillermo RUIZ MORENO\*

*Con profunda admiración y respeto a don Jorge  
Carpizo McGregor, un ejemplo a seguir para los  
juristas mexicanos. In Memoriam.*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Breve descripción y análisis del derecho laboral nacional.* III. *El marco jurídico nacional en materia de empleo decente.* IV. *Datos duros acerca del trabajo informal en México.* V. *Relación con los estándares internacionales.* VI. *Conclusiones.* VII. *Bibliografía.*

### I. INTRODUCCIÓN

Debido a una serie de factores de la más diversa índole, muy pocas veces los estudiosos e investigadores de la ciencia jurídica, y específicamente los cultores del derecho social, suelen atreverse a abordar temas polémicos de enorme impacto social como lo es, a manera de ejemplo, el relativo al trabajo informal de subsistencia en el que se hallan inmersos, según el Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI), nada menos que el 59.82% de la población ocupada de nuestro país.<sup>1</sup>

Conviene comenzar apuntando que el trabajo es un derecho humano irrenunciable e inalienable reconocido como tal en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de Naciones Unidas,<sup>2</sup> y si ya era importante tratar este tema con seriedad y objetividad en un mundo de economía glo-

\* Doctor *cum laude* en derecho del trabajo y la seguridad social por la Universidad San Pablo-CEU de Madrid, España; investigador nacional y de la Universidad de Guadalajara.

<sup>1</sup> Datos consolidados a finales de 2012, consultables en el siguiente sitio Web del INEGI: <http://www.inegi.org.mx/inegi/contenidos/espanol/prensa/comunicados/ocupbol.pdf>.

<sup>2</sup> Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada en la Asamblea General

balizada como el que vivimos en la segunda década del siglo XXI, más lo es ahora que radicalmente se ha transformado el paradigma jurídico nacional a raíz de la reforma al artículo 1o. de nuestra Constitución Política, vigente a partir del 11 de junio de 2011; una reforma fundamental para la ciencia jurídica mexicana que puso al fin en la palestra a los derechos humanos reconocidos en ella y en los propios tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte.<sup>3</sup>

Este ensayo parte de la premisa de que todo mundo trabaja, pero que no todo el mundo lo hace empleado; por lo tanto, los conceptos jurídicos *empleo* y *trabajo* no son sinónimos aunque lo parezcan y, en consecuencia, cada uno debería tener un marco jurídico regulatorio propio, esto es, contar con un código del empleo para el trabajo formal regulado, y paralelamente haber una legislación laboral para quien ejerza una actividad física o intelectual por cuenta propia, en la denominada “auto ocupación” informal, aún no regulada en el país; normativas ambas de corte tuitivo y protector que atendieran, respectivamente, a cada uno de dichos fenómenos sociales prerreferidos: *empleo* y *trabajo*.

Porque cuando nuestras necesidades básicas están cubiertas al contar con un *empleo digno* o *decente*, con las características de ser éste formal, de duración indefinida, con expectativas de ascensos y mejoras prestacionales, de capacitación y adiestramiento obligado, disfrutando además el subordinado de prestaciones completas y contando siempre con el servicio de seguridad social, el mundo parece más amable y esperanzador. Es por ello que el artículo 2o. de la Ley Federal del Trabajo reformada y vigente, lo define muy claramente:

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.

de la Organización de las Naciones Unidas, el 10 de diciembre de 1948. Texto consultable en: <http://www.YouthHumanRights.org>.

<sup>3</sup> En el libro intitulado: *El caso Radilla, estudios y documentos*, el ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, José Ramón Cossío Díaz, al efectuar la presentación de la obra, reconoce dicho cambio trascendente del paradigma jurídico mexicano al abrirse, por el denominado “Caso Radilla” en el que la Corte Interamericana de Derechos Humanos con sede en Costa Rica condenara al Estado mexicano al pleno respeto de los derechos humanos y a su indemnización, un parteaguas entre el modelo de control constitucional concentrado por parte del Poder Judicial de la Federación, a un sistema mixto de control difuso y expansivo efectuado por todo órgano constitucional. Además, reconoce el propio ministro Cossío que el Caso Radilla ha transformado sustancialmente la materia específica de derechos humanos en el país. Cossío Díaz, José Ramón *et al.*, *El caso Radilla, estudio y documentos*, México, Porrúa, 2012, p. X.

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.

Se tutela la igualdad sustantiva o de hecho de trabajadores y trabajadoras frente al patrón.

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.<sup>4</sup>

Empero, no todos tienen la fortuna de contar con un empleo digno en el país. Porque si atendemos a los informes que proporciona el Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS), el total de afiliados existente al régimen obligatorio es de poco más de 15.2 millones de trabajadores formales —entre los que se incluye a los subempleados, que por obvias razones tienen un alto índice de precariedad laboral—.<sup>5</sup> Lo que nos hace suponer, frente a la estadística nacional de diversas instituciones oficiales y tomando como punto de partida a las personas en edad económicamente activa, que si sumamos a los más de 14 millones de individuos que laboran sin seguridad social, junto a los 2.4 millones de desempleados que, nos guste o no, el trabajo informal es la única alternativa de vida, para más de 30 millones de mexicanos.

Porque cuando se está desempleado o se cuenta apenas con un empleo precario, sin garantías ni prestaciones, o peor aún, cuando por desgracia las necesidades nos obligan a padecer el submundo del trabajo informal todavía no regulado por el Estado mexicano, la percepción de la vida es totalmente distinta.

<sup>4</sup> Decreto del Congreso de la Unión de reformas, adiciones y modificaciones a la Ley Federal del Trabajo, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 30 de noviembre de 2012, en vigor en lo general al día siguiente de su publicación de conformidad con el artículo primero transitorio del mismo.

<sup>5</sup> Véase <http://www.imss.gob.mx/estadisticas/Pages/default.aspx>.

Los trabajadores informales, padeciendo una vulnerabilidad absoluta y sufriendo el frío o el calor, la lluvia o la nieve, replegados por la policía y los inspectores municipales, abusados por quienes han hecho de la calle su territorio sin ley, sufren en carne propia la ausencia del otrora mítico Estado de bienestar en que antaño depositaban sus esperanzas de un mundo mejor, mientras que el futuro se les deshace entre las manos.

Sólo quienes han debido padecer la riesgosa calle como lugar cotidiano de trabajo pueden dar cabal testimonio de lo duro que es verse orillado a ganarse la vida allí, jugándose su futuro junto con quienes piden limosna, y siendo víctimas constantes del desprecio social y del prejuicio de la gente que no capta que no es por gusto sino por necesidad ganarse así el pan cuando el hambre aprieta.

Los trabajadores migrantes y los informales son pues un par de grupos sociales injustamente discriminados. El quehacer de subsistencia es para millones de mexicanos la única alternativa de vida posible —sea ésta digna o no, que primero es comer—; por eso lo hacen, porque ejercen la coloquial y eufemísticamente llamada “economía de sobrevivencia”, con el agravante de que no reciben nada del Estado y en cambio sí coadyuvan a mejorar la economía local, regional o nacional, así no paguen impuestos.

De este peculiar trabajo —que no empleo— informal, que algunos prefieren denominarle “ocupación”, subsisten más de 30 millones de mexicanos (lo que representan la cuarta parte del total de habitantes), lo cual implica en números gruesos que seis de cada diez trabajadores se encuentran en la informalidad, según lo reconoció a inicios de 2013 el propio secretario del Trabajo y Previsión Social de México, maestro Jesús Alfonso Navarrete Prida, acto en el cual el propio presidente de la República, Enrique Peña Nieto, reconociera públicamente que era necesario instrumentar una política que, dijo: “...permitiera combatir con mayor eficacia los rezagos acumulados, especialmente el de la pobreza, el de la desigualdad, la falta de empleo formal y el de una debida protección a través de la seguridad social para todos los mexicanos”.<sup>6</sup>

Por otra parte, la cifra de informales en el mundo se estima en más de dos mil millones de personas. El dato es preocupante porque cuando el Estado abandona alguna región, algún sector o a algún grupo de individuos, como ocurre en la naturaleza con el agua o la tierra, dicho vacío lo vendrá a

<sup>6</sup> *Diario Mileno-Jalisco*, sección México, del 3 de enero de 2013, pp. 18 y 19. Ambos señalamientos fueron vertidos durante el acto formal de toma de protesta de los representantes patronales y obreros integrantes de las juntas especiales de la Federal de Conciliación y Arbitraje para el periodo 2013-2018.

ocupar alguien... y ese alguien, para desgracia de todos, suele ser el crimen organizado.

De manera que en vez de combatir los efectos, deberíamos, por simples razones de seguridad nacional, comenzar por combatir las causas. Es por ello que del tema —imposible resumirlo en un ensayo debido a su magnitud y las múltiples aristas en que dicho fenómeno de la informalidad laboral debe estudiarse multidisciplinariamente— nos ocuparemos enseguida, intentando despertar las adormiladas conciencias de muchos juristas que no terminan todavía de darse cuenta de su importancia; porque detrás del sector informal de la economía, la que crece exponencialmente sin regulación alguna por parte del Estado mexicano, se esconde nada menos que el *crimen organizado*, que es el más grande flagelo de los últimos tiempos... y éste es un tema crucial para el futuro de México que suponemos debería importarnos a todos.

## II. BREVE DESCRIPCIÓN Y ANÁLISIS DEL DERECHO LABORAL NACIONAL

La política del llamado *pleno empleo* tuvo su auge y lo que podría considerarse su “época dorada” a partir de la segunda mitad del siglo XX, una era que vistas las actuales circunstancias mundiales difícilmente volverá porque a medio siglo de distancia el mundo es ya muy distinto y el futuro resulta enormemente inquietante.

La dura realidad muestra y demuestra cotidianamente en todas las latitudes del planeta que la concentración del poder económico en pocas manos y la hipertecnología permitieron crear una nueva economía global basada en buena medida en la informática; paradójicamente, el progreso facilita nuestra cotidiana existencia, pero lo hace destruyendo enormes cantidades de puestos de trabajo sin posibilidad alguna de eventual reposición.

En efecto, las inéditas formas tecnológicas adoptadas hoy día en este mundo casi “virtual” en que habitamos han provocado una nueva manera de producir bienes y servicios, han obligado a efectuar una especie de *re-conceptualización* del trabajo formal o regulado, que de suyo rompe con las rebasadas teorías de nuestros míticos juslaboralistas como don Mario de la Cueva, Alberto Trueba Urbina, Jesús Castorena y tantos más que nos formaran y dieran luces sobre el tema, porque jamás pudieron imaginarse que en tan solo un cuarto de siglo se transformaría el mundo del trabajo formal o regulado, y menos todavía tuvieron en mente que el futuro de la subsistencia económica en el siglo XXI estaría en la auto ocupación.

Porque el uso indiscriminado de la tercerización laboral, los constantes fraudes a la normativa del trabajo cometidos mediante ingeniosas formas que escapan de todo control legal, la flexibilización extrema de las condiciones laborales, tratando de obtener rápidamente mayores márgenes de ganancia y mejor posicionamiento global, todo ello junto a la reducción sistemática de prestaciones y salarios tan bajos, que acercan peligrosamente al empleo actual a formas contemporáneas similares a la esclavitud, han puesto ya contra la pared el empleo formal o regulado (el cual por cierto la Organización Internacional del Trabajo [OIT] prefiere llamar *trabajo decente*, habiendo ya copia de dicha fórmula el derecho laboral mexicano).

Acorralado como lo está sin remedio ahora el fenómeno del empleo formal o regulado, en una encrucijada existencial, por no decir que en un laberinto sin salida en donde escapar más parece un contrasentido y una idea fallida, la fórmula a aplicar para abatir el imparable fenómeno del desempleo parece ser la siguiente: “*a salario cero, empleo infinito*”.<sup>7</sup>

La provocadora idea y frase precitada debería movernos a reflexionar muy seriamente acerca del tema del tipo de empleo formal en el siglo XXI, así como su eventual futuro; porque si reducir prestaciones salariales y legales a los trabajadores, aumentar las jornadas laborales, abaratar el despido injustificado e incrementar la precariedad, en verdad generasen mayor cantidad de empleos —de la calidad mejor ni hablar—, entonces ésa sería la fórmula ideal para que todos en el mundo tuvieran un empleo formal: *cero retribución salarial y todos trabajando*. La idea en sí misma es sin duda una falacia lógica.

Porque la clara supresión de intermediarios entre los productores de bienes o servicios, lograda mediante el uso del Internet, que les conecta a aquellos de manera directa con los consumidores, ha establecido como una inercia mundial el que las empresas del futuro necesiten cada vez menos de mano de obra calificada; las estadísticas del empleo a nivel mundial demuestran paralelamente que a mayor preparación académica es más difícil conseguir un empleo de calidad.

La paradoja que todo esto encierra en sí mismo es que si bien el trabajador asalariado se ha vuelto prescindible para el capital, lo cierto es que éste necesitará a los operarios más que nunca, pero como *consumidor de los bienes o servicios que aquél produce*.

No obstante, todo nos mueve a pensar que al mercado le será imposible conseguir consumidores precisamente por los bajos salarios y prestaciones

<sup>7</sup> Aparicio Tovar, Joaquín, conferencia moderada por Antonio Baylos Grau en el XXI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Barcelona, 2010.

que los empleadores pagan a sus operarios, porque sencillamente a éstos les resulta imposible conseguir crédito y consumir más, al no ganar lo suficiente ni contar con empleo e ingresos fijos. Y es precisamente por eso que la economía mundial se encuentra colapsada y en abierta recesión de unos años a la fecha; de allí que debido a su colosal tamaño, para diferenciarla de la mítica *Gran Depresión* de 1929, se le llame a esta crisis financiera y económica mundial —que para no variar comenzó también en los Estados Unidos de América a mediados de 2008, hoy día al borde de un precipicio fiscal— como la *Gran Recesión*.

Es en este escalofriante escenario donde el sector informal —que tiene efectos positivos pero también efectos perversos para la economía nacional e incluso regional— ha cobrado de repente una nueva dimensión y una singular relevancia hoy en día, siendo en la mayor parte del mundo mucho mayor su tamaño y volumen de operaciones realizadas, que las del sector formal registrado y legalmente regulado.

Muestra palpable de lo poderosos que pueden volverse los países, así su sector económico informal sea con mucho mayor al formal —lo que de paso nos obliga a cambiar el *chip* en aras de entender mejor estos fenómenos contemporáneos—, lo es el caso del grupo de países conocido como los “BRICS”: Brasil, Rusia, India, China y Sudáfrica, todos economías singulares cuya constante eje lo es el enorme tamaño de su economía informal. Porque como atinadamente lo señala el destacado jurista e investigador Arturo Oropeza García en la contraportada del libro que coordinara, intitulado: *BRICS. El difícil camino entre el escepticismo y el asombro*:

Hablar de los BRICS es hablar del futuro: de ahí la complejidad de abordar un tema en el marco de los inicios de un siglo que comienza, que al igual que los dos siglos anteriores, nos reta, ya no a vislumbrar lo que sigue, sino a entender lo que está pasando. Vivimos el síndrome de una globalización sin reposo que nos ha dejado sin respuestas para muchas de las preguntas que hoy son necesarias para una convivencia armoniosa del ser humano. Acudimos al fin de las certezas políticas y económicas de un mundo global que, a través de múltiples expresiones, da fe de una transformación no resuelta que se traduce en una sociedad mundial insatisfecha que se pregunta todos los días por sus respectivas soluciones.<sup>8</sup>

Tiene razón Arturo Oropeza cuando afirma que más allá de la posición que cada cual asuma respecto de los BRICS, la profunda integración a la

<sup>8</sup> Oropeza García, Arturo (coord.), *BRICS. El difícil camino entre el escepticismo y el asombro*, México, Cámara de Diputados LXI Legislatura, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011.

que asisten todos los países que forman parte de la comunidad global no permite que acudamos a estos inéditos escenarios mundiales como espectadores al recambio transformacional, de cuyos resultados dependerá en buena medida el éxito de una sociedad mundial comprometida; a lo que añadimos nosotros que sobre todo ahora cuando al fin el tema de los derechos humanos es, para decirlo pronto y fácil, “lo políticamente correcto”.

Así las cosas, inerme frente a una realidad que el Estado parece ser incapaz de controlar y regular con eficiencia, tanto el empleo como el sector formal se debaten en un dilema existencial profundo.

Porque no basta modificar el marco legal para que el problema de la injusticia laboral y el desempleo desaparezcan, pues la realidad suele ser siempre más sabia que el derecho, y menos cabría esperar que el simple cambio legal adoptado a partir del 1o. de diciembre de 2012 genere más empleo *per se*, y menos todavía lo hará si en lo general la reforma a la Ley Federal del Trabajo no fue de suyo una reforma de fondo, sino que se limitó a regular lo que ya existía en México, aunque lo hizo desarticulando todavía más el otrora coherente sistema jurídico laboral preexistente, introduciendo reformas que pretenden pero no alcanzan a hacer que la competitividad y la innovación se vuelvan realidad en materia del empleo formal en nuestro país.

Estamos convencidos de que fue loable el intento de actualizar el marco normativo laboral que tenía más de cuarenta años de estar intocado, pero en realidad la aludida reforma se quedó corta, pues para generar más empleo —sobre todo para nuestros jóvenes, peligrosamente desatendidos por el Estado— se requieren medidas profundas y audaces, inteligentes y efectivas; lo que México necesitaba era una reforma estructural que estableciera políticas públicas de largo alcance en materia administrativa, fiscal y en cuanto a certidumbre jurídica se refiere, propiciando así que se invierta en nuestro país en la creación de fuentes de empleo permanentes y de calidad. Sin eso, las aspirinas administradas en dicha reforma laboral podrán acaso calmar algunos síntomas de la enfermedad, pero no la combatirán y entonces el punto de mira, es decir el enfoque del problema aquí abordado acerca de la informalidad laboral, se vuelve de repente una poderosa tentación.<sup>9</sup>

<sup>9</sup> El que esto escribe funge desde abril de 2012 como presidente nacional de la Academia Mexicana de Derecho del Trabajo y la Previsión Social (AMDTPS), formando parte o presidiendo algunas otras organizaciones académicas. Más todavía, en plena discusión de la iniciativa presidencial preferente de reformas a la Ley Federal del Trabajo, en la ciudad de Chihuahua, del 9 al 12 de octubre de 2012, la Asociación Iberoamericana de Juristas de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social ‘Dr. Guillermo Cabanellas’ (AIJDTSSGC) celebró el Primer Congreso Mundial de Derecho del Trabajo, participando en él activamente cincuenta expositores provenientes de los cinco continentes, una decena de expositores nacionales

En este contexto, la gran interrogante a responder ahora sería la siguiente: ¿es el trabajo informal un problema estructural o coyuntural? O más simple el planteamiento: ¿es el trabajo informal un problema?

En cualquier caso, de un acertado diagnóstico situacional acerca del tema-problema abordado, así como de la pertinencia de sus respuestas, dependerán en buena medida las formas de combatir a fondo tanto el empleo informal como la economía subterránea, tratando de terminar de raíz con un problema que en todo el planeta amenaza hoy día salirse de control y que ha obligado a la propia OIT a virar su objetivo básico, observando cada día más y más al empleo informal y las alternativas de la protección social futuras, en vez de atender al *trabajo decente*.<sup>10</sup> Por algo será, salvo la mejor opinión del lector.

### III. EL MARCO JURÍDICO NACIONAL EN MATERIA DE EMPLEO DECENTE

Para comenzar diremos que en México tanto el trabajo informal (véase el primer párrafo del artículo 5o. de nuestra carta magna) como el derecho al *empleo digno o decente* es una garantía individual y social normada tanto en la Constitución Política mexicana como en la Ley Federal del Trabajo, ade-

de primerísimo nivel, y contándose con la participación de 4,000 congresistas. Véase el sitio web: <http://www.ajdlssgc.org>.

El punto es que jamás nadie nos pidió opinión a los académicos organizados cultores del juslaboralismo acerca de las reformas legales adoptadas, ni funcionarios ni legisladores federales, ni empresarios ni sindicatos. ¿Por qué? Seguramente porque de haberla solicitado se hubiera empantanado el proceso legislativo y ellos ya había acordado y decidido de antemano qué iban a aprobar. Lástima, se desaprovechó una oportunidad única para avanzar en serio en esta materia.

<sup>10</sup> Muestra de ello es el denominado “Piso Básico de Protección Social”, lanzado en 2009 por la ONU, la OIT y la Organización Mundial de la Salud (OMS), creado para ampliar la cobertura protectora al sector informal de la economía, que no pocos juristas confunden con seguridad social, sin serlo. Muchos de los Programas Oficiales de asistencia social existentes en México se basan en esta idea, que de alguna manera socava de raíz los cimientos en que descansa la seguridad social como un derecho social exigible al Estado, sustituyéndole por algunas prestaciones médicas o en metálico que en realidad no son exigibles. Ejemplos paradigmáticos de esto lo son el *Seguro Popular* o el programa *Oportunidades*; son lo que eufemísticamente se ha dado en llamar “seguridad social contributiva”... o caridad costeadá vía impuestos generales, para decirlo todavía más claro. En pocas palabras, ante nuestra ignorancia o nuestra indiferencia, a los ciudadanos se nos da gato por liebre.

Para mayor información véase el PDF denominado: “Iniciativa de Piso Básico de Protección Social” de Naciones Unidas [General Extension Social Security, o GESS por su siglas en inglés], en el sitio Web: <http://www.socialsecurityextension.org/gimi/gess/ResFileDownload.do?>

más de ser en todos los casos un derecho humano, como ya se dijo desde un inicio.

Cabe añadir que en buena medida el tipo de trabajo desempeñado por cada cual le da sentido pleno a nuestra cotidiana existencia, aunque en este mundo inseguro que habitamos todos, muchas de las veces la gente terminará haciendo lo que puede y no lo que quiere para subsistir. Ya que el empleo subordinado no alcanza para todos; los excluidos del mismo son orillados ineluctablemente a ocuparse en la informalidad laboral para subsistir.

Además de que el trabajo es un derecho humano conforme a lo establece el artículo 23 de la propia Declaración Universal de los Derechos Humanos de Naciones Unidas, el artículo 5o. de la Constitución Política mexicana establece la *libertad de oficio* de todo individuo que se encuentre en el país, garantizándole el Estado a toda persona la plena libertad de elegir la profesión o la ocupación que mejor le acomode, siempre que la actividad desarrollada sea lícita.

Nos parece que es absolutamente necesario analizar aquí el artículo 23 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos para comprenderlo mejor, precepto que textualmente señala:

(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.

(4) Toda persona tiene derecho a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses.<sup>11</sup>

Entonces, si todos los individuos tenemos derecho irrenunciable e inalienable a elegir la ocupación que más nos acomode, y si el trabajo existente no nos satisface, en tanto que la actividad sea *lícita* —la piratería, la trata de personas y el narcomenudeo no lo son, y por ende, al ser delitos, escapan de este análisis jurídico por obvias razones—, nada ni nadie nos puede impedir que nos dediquemos a lo que podemos o nos gusta hacer.

La idea de fondo de dicho precepto es ésta, y si bien se advierte de su texto que el mismo apunta a regular el empleo formal, acerca de la interpre-

<sup>11</sup> Artículo 23 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, disponible en: <http://www.YouthHumanRights.org>.

tación extensiva que hacemos del mismo con respecto del trabajo informal, un par de datos consultables en la propia página Web de la OIT nos resultarán bastante ilustrativos, a saber:

- a) A lo largo del siglo XXI, la OIT ha informado anualmente que de cada 10 nuevas ocupaciones que se crean en el mundo, 8 de ellas son creadas en el sector informal de la economía.
- b) Asimismo, el Departamento de Seguridad Social de la OIT ha reconocido siempre que 8 de cada 10 individuos en el mundo carecen hoy día del servicio público de seguridad social.<sup>12</sup>

Suponemos que ante tan abrumadoras evidencias estadísticas —corroboradas por las propias cuentas nacionales—, no será necesario abundar más acerca del crecimiento exponencial del trabajo informal y la imperiosa necesidad de que el Estado se enfoque a regular dicho sector informal de la economía a fin de mantenerla adecuadamente vigilada y contralada.

Por otra parte, en cuanto al empleo ordinario y su marco jurídico, habrá que señalar que en el propio texto de la Constitución Política mexicana se establece, en su título sexto “Del trabajo y de la previsión social”, en el artículo 123, elevado por cierto a *garantía social*, el que todo individuo tiene derecho al trabajo digno y socialmente útil, correspondiéndole al Estado la tarea de promover la creación de empleos y la organización social para el trabajo conforme a la legislación reglamentaria de dicho precepto —esto es, en la Ley Federal del Trabajo—, facultándose al Poder Legislativo federal para que, sin contravenir las bases que establece dicho precepto constitucional, expida leyes laborales que regirán en el trabajo ordinario en lo que corresponde al apartado A del precitado artículo.

En lo que corresponde al trabajo burocrático federal, al apartado B del citado artículo 123 constitucional, el cual regula las relaciones laborales entre el Estado como empleador y sus trabajadores (el Estado mexicano es el mayor empleador del país, con alrededor de dos millones de servidores públicos subordinados), establece para los empleados públicos no sólo reglas laborales distintas por completo a las del resto de operarios ordinarios en el país, sino también previene que ellos deberán disfrutar de prestaciones laborales diferenciadas, así como de un sistema propio de seguridad social diferente al de los trabajadores ordinarios.

Siendo distinto el trabajo ordinario o el burocrático antes descrito al de los militares —elementos del ejército, fuerza área y naval—, quienes tienen

<sup>12</sup> Datos consultables en el sitio Web: <http://www.oit.org>.

su propia regulación laboral y de seguridad social por simples razones de seguridad nacional.

Por otra parte, cabe añadir que desde un inicio la primaria Ley Federal del Trabajo mexicana contenía en un mismo cuerpo legal disposiciones tanto normativas de la relación laboral individual o colectiva (reglas sustantivas), como las procedimentales (reglas adjetivas); dicha legislación comenzó a regir a partir del 1o. de mayo de 1931 en todo el país, siendo pues reglamentaria del prerreferido artículo 123 constitucional. Sin embargo, dicha legislación laboral tardó en expedirse casi tres lustros, por un sinnúmero de razones políticas y económicas, una vez que culminara el triste periodo de la Revolución Mexicana que costó la vida a un millón de mexicanos en esa guerra fratricida que comenzó desde 1910 y que históricamente se considera concluida al expedirse la actual Constitución Política mexicana de 1917.<sup>13</sup>

El punto crucial de todo esto es que tras la expedición de la aludida Ley Federal del Trabajo original mexicana, se alzaron las voces de diversos sectores para exigir que tal y como se hacía ya en otros países europeos, se creara un instrumento jurídico diferente y complementario a la previsión social laboral, que protegiera aún más a los operarios subordinados y sus familiares directos; se referían obviamente a un esquema protector que se alzaba imponente por sobre cualquier otro: *el servicio público de la seguridad social*, a cargo del Estado, que sería no sólo su gestor sino su garante, cuyo eje clave sería la solidaridad social. El seguro social, ya se sabe, tenía como cuna a Alemania, al haber sido creado por el canciller Otto von Bismarck en la penúltima década del siglo XIX.

Fue así como comenzó a germinar la idea del pueblo mexicano de contar por fin con un eficaz servicio de protección social que combinara inteligentemente la asistencia social clásica y la previsión social laboral, con la seguridad social.

Así, poco más de una década después surgió la primera Ley del Seguro Social, el 13 de febrero de 1943, creándose el primer organismo público descentralizado que hubo en el país: el Instituto Mexicano del Seguro Social (*IMSS*), cuyo basamento lo es todavía la previamente reformada fracción XXIX del artículo 123 de la Constitución Política mexicana.

Paralelamente, ya se pensaba en darle un tratamiento jurídico diferenciado a los empleados públicos al servicio del Estado para considerarles como *operarios de servicio*, ya que no efectuaban labores productivas como lo

<sup>13</sup> Ruiz Moreno, Ángel Guillermo, *Nuevo derecho de la seguridad social*, 14a. ed., México, Porrúa, 2011, pp. 81 y ss.

hacían los operarios ordinarios; había comenzado a darse desde 1938 una lenta pero incontenible tendencia a la formal separación entre el *derecho laboral* y el *derecho burocrático* que combinaba el tema propiamente laboral con el rubro de la administración pública, campo del derecho administrativo.

El derecho burocrático se materializó en México en 1960, dándosele un drástico giro a las relaciones laborales tradicionales preexistentes en el país, al decidirse por el constituyente permanente que el texto original del artículo 123 constitucional quedara como apartado A para los trabajadores ordinarios, creándose un apartado B con una redacción más acorde a la época y a los avances del derecho positivo mexicano, remarcando así las claras diferencias entre un empleado común y un empleado público.

Fue a partir de entonces que comenzó a analizarse la conveniencia de que hubiera nuevas legislaciones, tanto en materia laboral como de seguridad social.

El 1o. de mayo de 1970 entró a regir la segunda y actual Ley Federal del Trabajo, la que con diversas reformas, sobre todo procedimentales, en 1980 aún sigue vigente, no obstante que desde hace una década se discuten en el Congreso federal las reformas estructurales que en materia laboral requiere México para el siglo XXI.

En tanto que a partir del 1o. de abril de 1973 entró en vigor la segunda Ley del Seguro Social —que fue de avanzada en la región y modelo a seguir para algunos países de América Latina—, la que luego de revertirse la pirámide intergeneracional en su modelo de reparto o fondo común, tras alcanzar éxitos impresionantes sobre todo en la esperanza de vida del pueblo mexicano, sería derogada al entrar a regir la actual legislación vigente en dicha materia de seguridad social, la cual opera desde el 1o. de julio de 1997 y que introdujo un *nuevo sistema pensionario*, acogiendo el modelo previsional de capitalización individual en este rubro y dejando el resto de prestaciones de seguridad social —servicios de salud integral y prestaciones sociales, que incluyen guarderías y vivienda popular— con un típico modelo solidario de reparto bismarckiano.

Por lo tanto, es factible apuntar que el actual modelo mexicano en materia de seguridad social es un *sistema híbrido* que combina a ambos modelos.<sup>14</sup>

Debemos anotar aquí que el sistema nacional de seguridad social mexicano *protege específicamente a los trabajadores subordinados* y a otros segmentos sociales productivos, pero puntualiza también que dicha protección no es universal a toda la población y *está limitada al sector formal de la economía*. En

<sup>14</sup> Ruiz Moreno, Ángel Guillermo, *Las AFORE, el sistema de ahorro y pensiones mexicano*, 6a. ed., México, Porrúa, 2009, pp. 77 y ss.

seguida se explican las razones de ello, porque resulta de capital importancia conocerlas.

En efecto, en número gruesos el mercado formal de trabajo, según cifras oficiales del IMSS consolidadas al término de 2010, es de alrededor de 14 millones de asegurados, mostrando significativas variables tanto en el rubro urbano como de trabajadores del campo asociados a los ciclos económicos mundiales del empleo y al trabajo de temporada, haciéndose aquí la pertinente aclaración de que no todos ellos son empleados subordinados sino que también se contemplan a otros grupos productivos susceptibles de afiliación obligatoria a dicho seguro social, con mucho el más importante del país.<sup>15</sup>

De entre los operarios afiliados a dicho ente asegurador nacional, no todos cuentan con trabajo permanente, pues a últimas fechas, sobre todo a raíz de la crisis económica y financiera de mediados de 2008 surgida en los Estados Unidos de América, popularmente conocida como “la Gran Recesión”, el empleo que se crea en el país es escaso y la mayor parte del mismo es temporal y de bajas prestaciones salariales, en tanto que la estabilidad laboral es inexistente.

Así las cosas, en materia de trabajo ordinario el IMSS da cobertura de seguridad social a 14 millones de asegurados en el régimen obligatorio y a un millón más de personas que han optado por alguna modalidad voluntaria ligada a dicho régimen, los que sumados en conjunto con su núcleo familiar dependiente económico suman un total de 52 millones de derechohabientes —de una población nacional de poco más de 112 millones de habitantes, según el último Censo de Población y Vivienda de 2010—, por lo que dicho seguro social ampara a poco más del 46% de los habitantes del país.

Por su parte, en lo que se refiere al trabajo burocrático federal, el Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado (ISSSTE), creado a finales de 1963, pero radicalmente transformado a partir del 1.º de abril de 2007 para homologarlo al IMSS, protege directamente a los 2 millones de empleados al servicio del Estado y sus familiares dependientes económicos, los que en conjunto suman 10 millones de derechohabientes. El ISSSTE es el segundo seguro social en importancia del país, detrás del IMSS, y da servicio de seguridad social al 9% de los habitantes del país.

Quedan pues protegidos 16 millones de trabajadores formales, y por extensión de cobertura legal un total de 62 millones de individuos, que son el

<sup>15</sup> Instituto Mexicano del Seguro Social, “Estadísticas de derechohabientes y evolución del empleo”, disponible en: <http://www.imss.gob.mx/derechohabientes/evoluciondeempleo>.

55% de la población mexicana; el resto simple y sencillamente está desprotegido al no contar con servicio alguno de seguridad social, lo que significa que hay 50 millones de mexicanos que sólo cuentan con algunos servicios médicos asistenciales pero no de salud integral, obviamente sin acceso real al derecho humano y social de la seguridad social, contravieniéndose lo establecido por los artículos 22 y 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de Naciones Unidas que establecen que todo individuo tiene derecho, por el simple hecho de ser persona humana, a este servicio fundamental para lograr una existencia digna; un derecho que, habrá que recordarlo, es irrenunciable e inalienable.

Conviene establecer aquí que el tema específico de la seguridad social en México es un asunto de competencia federal, pues salvo las contadas excepciones de los servidores públicos locales y municipales, que tienen un esquema específico de seguridad social en realidad poco significativo en las 32 entidades federativas de que se compone el país, tanto la legislación existente que regula la operación del IMSS y el ISSSTE, como ambos seguros sociales de las entidades paraestatales, son de índole federal. Es pues éste un problema nacional que compete resolver al gobierno y al Congreso federales, pues afecta a todos los mexicanos la deficiente cobertura existente, con independencia de algunas deficiencias del servicio al derechohabiente por la falta de apoyo económico del Estado, pues la demanda de servicios aumenta por las crisis financieras y eso pone en serias dificultades la operación de ambas instituciones.

En cuanto al rol de la impartición de justicia en materia de seguridad social, no existen juzgados de lo social en el país que se encarguen específicamente de dicha tarea, ello a pesar de que la seguridad social es en México un *derecho social exigible al Estado*, incluso por la vía jurisdiccional.<sup>16</sup>

Es decir que al tratarse de prestaciones de seguridad social previstas en la ley a cargo del ente asegurador público creado por el Estado *ex profeso* para brindar en su nombre dicho servicio público, el eventual incumplimiento de obligaciones en esta materia provoca que el asegurado, o en su caso directamente el beneficiario derechohabiente, pueda indistintamente ejercer acciones tanto en la vía administrativa como jurisdiccional en contra ya sea del IMSS o del ISSSTE, como autoridades administrativas responsables que son de dicho servicio público, existiendo para ello vías y tribunales competentes.

<sup>16</sup> Ruiz Moreno, Ángel Guillermo, “Los derechos sociales exigibles en México. Una aproximación conceptual”, en varios autores, *El derecho social en México a inicios del siglo XXI, una visión en conjunto*, México, Porrúa, Universidad de Guadalajara, 2007, pp. 1-20.

Así, en el caso del IMSS se demanda ante un tribunal propiamente laboral, como la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje; en tanto que en el caso del ISSSTE se demanda ante el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, en ambos casos previo a la intervención en última instancia del Poder Judicial de la Federación. Se reclamará siempre el otorgamiento inmediato de las prestaciones de seguridad social que no le hayan sido otorgadas o reconocidas a su eventual beneficiario, siempre en el entendido de que en México no hay una jurisdicción específica en materia de seguridad social, siendo competentes tribunales laborales o administrativos los que atienden en primera instancia estos casos.

Ello desde luego sin perjuicio de acceder a otras distintas vías, sean civiles o penales, para exigir la indemnización por daños o perjuicios causados al derechohabiente, o bien por la responsabilidad civil objetiva o subjetiva del propio ente asegurador nacional que en la práctica releva al Estado de sus obligaciones naturales en esta materia.

#### IV. DATOS DUROS ACERCA DEL TRABAJO INFORMAL EN MÉXICO

En cuanto ve al trabajo informal, que es el tema que interesa resaltar en este breve ensayo, en México no existe una regulación legal para el mismo, de manera que se ejerce libremente por quien desee o necesite hacerlo, y sólo esporádicamente, en el caso de vendedores ambulantes y tianguis, se cubren los derechos de piso a los ayuntamientos del país, que son por cierto cantidades más bien simbólicas.

Lo más común es que dichas personas que ejercen el trabajo informal no tengan registro fiscal, por lo que sencillamente, contraviniendo lo estatuido por la fracción IV del artículo 31, no pagan impuestos al erario.

Esto se convierte ya en la práctica en un claro incentivo para los contribuyentes cautivos, pues al no cubrirse por ejemplo el impuesto sobre la renta (ISR), cuya tasa es de 28% de lo percibido, significa que de cada \$100.00 pesos que obtengan los informales, podrán disponer de todo ese dinero obtenido por su trabajo personal; en tanto que un trabajador formal, por igual ingreso, podrá disponer sólo de \$72.00 pesos en números redondos.

Luego, al estar inmersos en una economía subterránea, al cliente de los informales le convendrá comerciar con ellos, pues no cubrirá el impuesto al valor agregado (IVA) del 16%, lo que constituye un ahorro considerable tomando en cuenta el precio final de bienes o de servicios con respecto al comercio organizado y registrado.

No obstante, las desventajas también son muchas, pues quienes se ganan la vida en la economía informal están expuestos a todo tipo de riesgos,

especialmente son víctimas proclives a la extorsión por parte de todo tipo de autoridades municipales, locales y federales, como del propio crimen organizado, que les presiona para reclutarles, e incluso lo son de organizaciones sindicales que abusan de su condición para obtener en su provecho pingües beneficios, sobre todo en los tianguis.

Interesa resaltar que un trabajador informal no tiene patrón, cierto, pero tampoco tiene salario ni prestaciones de ninguna índole, ni aguinaldo ni vacaciones pagadas, y mucho menos cuenta con protección social alguna para él y sus familiares.

El servicio de seguridad social para quienes se encuentran fuera del trabajo formal regulado, sencillamente no existe en México. Lo único que hay es asistencia médica para sectores marginados, grupos vulnerables o en situación de pobreza patrimonial o alimentaria, misma que por lo general es otorgada por el gobierno federal al través de la Secretaría de Salud, asistencia social no exigible al Estado que es costeada siempre vía impuestos generales, aunque ocasionalmente se llega a pedir un pago al beneficiario del servicio a manera de “cuotas de recuperación”, dependiendo su cuantía del costo del tratamiento otorgado.

Entonces, pese a que el tercer párrafo del artículo 4o. de la Constitución federal mexicana establece como garantía individual que toda persona (de nacionalidad mexicana o no, siempre más allá de su condición migratoria) tiene derecho a la protección de la salud —lo que por cierto estatuye también el artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de Naciones Unidas—, en realidad se otorgan a cargo del Estado algunos servicios médicos asistenciales, que no servicios de salud integrales; por lo tanto, al tratarse de servicios de simple asistencialismo social, ni es factible exigirle al Estado su eventual otorgamiento, como tampoco se ha instrumentado un mecanismo jurídico eficaz para volverle en realidad un derecho social exigible como es la seguridad social.<sup>17</sup>

<sup>17</sup> El mal llamado Seguro Popular de Salud, que pretendía extender la cobertura de salud a todos los ciudadanos, es un polémico programa público lanzado por el gobierno federal en la última década a instancias de organismos mundiales tales como la Organización Mundial de la Salud (OMS) y el Banco Mundial, creado *ex profeso* para países con economías emergentes, tratando de extender la deficiente cobertura en salud; oficialmente lleva inscritos a la fecha a poco más de 41 millones de individuos sin seguridad social, pero lamentablemente sus resultados no han podido ser efectivamente constatados y su mayor problema radica en que se le da un manejo político discrecional y selectivo.

Lo peor de todo es que organismos mundiales, tales como la propia OMS, la Asociación Internacional de Seguridad Social (AISS) y hasta la OIT, han “comprado” la idea de que en México se ha avanzado en cobertura de salud, y es una pena tener qué decirlo ahora, pero eso no es verdad ni tampoco es posible comprobarlo.

Porque si bien en la Unión Europea la asistencia social es digamos que el primer escalón o puerta de acceso a la seguridad social, en México y en muchos otros países latinoamericanos no es así, y ambos esquemas protectores sociales están claramente diferenciados el uno del otro.

De manera entonces que nadie que se encuentre ganándose la vida fuera del sector formal o regulado cuenta en México con servicio público de seguridad social, salvo acaso aquellos que por verdadera excepción, voluntaria y previsoramente, opten por hacer uso del denominado *seguro voluntario* previsto en la propia Ley del Seguro Social que regula al IMSS, distinto por completo al *régimen obligatorio integral* que cuenta con 5 ramos de seguros y que protege 10 contingencias socio-vitales distintas: riesgos de trabajo; enfermedades y maternidad; invalidez y vida; guarderías y prestaciones sociales; así como retiro, cesantía en edad avanzada y vejez.

Este *seguro voluntario* en comentario cuenta con 3 opciones o modalidades diferentes, las que conviene describir enseguida para su mejor comprensión, al ser las únicas a las que podría acceder el *sector informal* en México:

- a) *Seguro de salud para la familia*. Se halla previsto en los artículos 240 a 242 de la Ley del Seguro Social y pese a su denominación en realidad se trata de un seguro de corte individual, toda vez que se paga por cada persona del grupo familiar que se asegure, debiéndose pagar el servicio por anualidades adelantadas y ser contratado en épocas pre-determinadas por el propio IMSS, siempre con un costo diferencial, dependiendo de la edad de los asegurados (hay 4 segmentos: de 0 a 19 años; de 20 a 39 años; de 40 a 59 años; y de 60 o más años), incrementándose la cuota de manera significativa al aumentar la edad. Por desgracia, reglamentariamente y contraviniéndose el espíritu de la Ley del Seguro Social que no establece condición alguna al respecto, sólo pueden acceder a este servicio de salud las *personas sanas*, pues de padecerse enfermedades crónicas o degenerativas, la persona estará impedida para afiliarse a este seguro voluntario.

En realidad se trata de un programa oficial de asistencia social —que no de seguridad social, como se publicita en los medios de comunicación masiva para fines electorales—, afirmando categóricamente, en mi carácter de investigador nacional de México, que el Seguro Popular de Salud no es un “seguro”, pues no está diseñado como tal; que tampoco es “popular”, pues afecta a los desempleados y sectores vulnerables en situación de pobreza, y que no es “de salud” debido a que se limita a una serie de atenciones médicas primarias y de prevención, pero hasta allí... salvo acaso algunas muy contadas excepciones en que se atiende a personas con cáncer y VIH-SIDA, que desde luego son los menos, pero que es lo más publicitado. El colmo es que al Seguro Popular de Salud se le haya puesto “a competir” (*sic*) con los seguros sociales, el IMSS y el ISSSTE, en una práctica perversa que nada bueno augura.

- b) *Trabajadores mexicanos que laboren en el extranjero*. Establecida esta modalidad dentro del catálogo de buenas intenciones en el artículo 243 de la Ley del Seguro Social, existe la posibilidad legal de que de manera voluntaria —no obligatoria, como pasa con el resto de trabajadores subordinados—, un trabajador que emigre de México a otro país celebre previamente con el IMSS un convenio para que proteja en materia de salud a sus familiares residentes en el país, y en su caso al propio trabajador migrante cuando éste retorne a territorio nacional. Empero, considerando que en abrumadora mayoría la migración se da a los Estados Unidos de América sin papeles y de manera irregular, creer que un individuo anunciará voluntariamente su salida del país y previamente efectuar su aseguramiento en el rubro de salud, es un hecho casi imposible de materializar en la práctica, por lo que se trata esta modalidad de una mera utopía irrealizable.<sup>18</sup>
- c) *Seguros de vida para población de menores ingresos y desprotegida*. Se trata de un seguro especial que puede concertar el gobierno federal con el propio ente asegurador nacional —el IMSS— para establecer prestaciones a grupos en situación de gran vulnerabilidad. Prevista esta modalidad, en realidad nunca utilizada, por los artículos 250-A y 250-B de la Ley del Seguro Social, se abre la posibilidad de ofrecer este tipo de cobertura aunque sujeta siempre a la condición suspensiva de que el propio gobierno federal provea oportunamente al IMSS los recursos económicos necesarios para el combate a la marginación y la pobreza. Tan no opera este seguro en la práctica, que estadísticamente en México hay 52 millones de pobres reconocidos por el Estado, y la cifra tiende a aumentar por el recrudecimiento de los efectos de la crisis económica global.<sup>19</sup>

<sup>18</sup> Ruiz Moreno, Ángel Guillermo, *Seguridad social obligatoria para trabajadores migrantes e informales*, México, Porrúa, 2011, pp. 217 y ss.

<sup>19</sup> La población que vive en la pobreza en México se incrementó en 3.2 millones de personas entre 2008 y 2010, según el informe más reciente del Consejo Nacional de la Evaluación de la Política de Desarrollo Social (CONEVAL), publicado el 29 de julio de 2011. Porque mientras que en 2008 había 48.8 millones de mexicanos en situación de pobreza, en 2010 la cifra aumentó a 52 millones, lo que representa cerca de la mitad de la población total que es de 112 millones. Una de las conclusiones de dicho Informe es que sólo uno de cada cinco mexicanos tiene ingresos suficientes para cubrir todas sus necesidades (alimentación, vivienda, salud), ya que sólo el 19.3% de la población (21.8 millones) no es pobre ni tiene carencias de ningún tipo; en tanto que 14 millones se encuentran en pobreza extrema y 4.1 millones de personas no tienen siquiera acceso a la alimentación. Por cierto, la cifra estadística publicada por CONEVAL no se ha actualizado a la fecha en que esto se escribe, pero vistas las tendencias mostradas por el país en el resto de indicadores, es indudable que

Una vez dicho lo anterior, refirámonos enseguida a los llamados “datos duros” del *sector informal* en México.

Para comenzar debemos anotar que el *sector informal mexicano* presenta características singulares y distintivas como las que enseguida se enuncian:

- a) Utilización de tecnología rudimentaria.
- b) Poco capital disponible y sin acceso a algún tipo de financiamiento.
- c) Mano de obra poco o nada calificada.
- d) Bajo nivel de organización productiva, casi siempre básica o elemental.
- e) Baja remuneración de quienes se dedican a la informalidad.
- f) Poca o casi nula distinción entre los factores claves de la producción —capital y trabajo—, los que la mayor de las veces se confunden.
- g) Ejercicio preferente de ámbito familiar pero sin que éste se contabilice en el producto interno bruto (PIB) del país.

En este último punto, si bien esta actividad no suele verse reflejada en el PIB nacional, lo cierto es que las personas que se encuentran inmersas en la informalidad económica son individuos que también forman parte de la llamada “población económicamente activa” y que, por lo tanto, para las estadísticas oficiales que el Estado suele manejar manipulando a veces la realidad, no son *desocupados*, aunque deban ser considerados como lo que en realidad son: *desempleados*.

Habrá entonces que aprender a distinguir siempre que no son sinónimos *trabajo* y *empleo*, pues todo mundo trabaja pero desde luego no todos lo hacen empleados, es decir, prestando sus servicios personales subordinados a un empleador.

Tratando de evitar juicios de valor, veamos enseguida las estadísticas disponibles del nivel de desempleo existente en México, en especial observando los Indicadores de Ocupación y Empleo del Instituto Nacional de Geografía y Estadística (INEGI), correspondiente al año 2010, haciéndose enseguida una cita textual bastante ilustrativa de la situación actual en el país en materia de empleo y ocupación:

Con base en la Encuesta Nacional de Ocupación y Empleo (ENOE) que levanta el INEGI en todo el país, a continuación se presentan los resultados preliminares más relevantes sobre la ocupación y el empleo durante noviembre de 2012. En el esquema de la ENOE se considera a la población en edad

el número de pobres se incrementó. Véanse los datos en el sitio Web: [http://coneval.gob.mx/Paginas/principal.aspx#.UOX1PG\\_87gU](http://coneval.gob.mx/Paginas/principal.aspx#.UOX1PG_87gU).

de trabajar como aquella de catorce años en adelante, de acuerdo con la Ley Federal del Trabajo.

Bajo este esquema, los datos preliminares indican que 59.07% de la población de 14 años y más es económicamente activa (está ocupada o busca estarlo), mientras que 40.93% se dedica al hogar, estudia, está jubilado o pensionado, tiene impedimentos personales o lleva a cabo otras actividades (población no económicamente activa).

La población ocupada alcanzó 94.88% de la Población Económicamente Activa en el año 2012. Del total de ocupados, el 70% opera como trabajador subordinado y remunerado ocupando una plaza o puesto de trabajo, 3.8% son patrones o empleadores, un 20.1% trabaja de manera independiente o por su cuenta sin contratar empleados, y finalmente un 6.1% se desempeña en los negocios o en las parcelas familiares, contribuyendo de manera directa a los procesos productivos pero sin un acuerdo de remuneración monetaria.

La población ocupada por sector de actividad se distribuyó de la siguiente manera: en los servicios se concentró 41.8% del total, en el comercio 19.7%, en la industria manufacturera 15.4%, en las actividades agropecuarias 14.6%, en la construcción 7.1%, en “otras actividades económicas” (que incluyen la minería, electricidad, agua y suministro de gas) 0.8%, y el restante 0.6% no especificó su actividad.<sup>20</sup>

Analizado tal documento oficial del Estado mexicano, comentamos que en nuestra opinión una cosa es estar *desocupado* y otra muy distinta estar *desempleado*, pues en tanto que en la primera modalidad no se efectúa actividad productiva alguna en el mercado de trabajo formal ni en el informal, en la segunda de ellas es obvio que se carece de un empleo, pero eso no impide que en cierto momento se transite —así sea de manera temporal o esporádica— al sector informal de la economía y por lo tanto se produzca alguna riqueza por insignificante que ésta pudiera parecer, ya que la mayor de las veces se trata de una ocupación de “auto-empleo” [*sic*] o “trabajo de supervivencia”.

Por otra parte, el denominado “trabajo independiente” o “por cuenta propia” se efectúa tanto en el *sector formal* de la economía (por ejemplo, profesionistas que se contratan por honorarios), como en el *sector informal* (los auto-ocupados a manera de claro ejemplo); por lo que al final no se aprecia con facilidad una diferencia clara u objetiva entre quienes efectivamente se hallan vinculados a ambos sectores de la economía, el formal y el informal, por más que se argumente en la metodología utilizada por el gobierno fe-

<sup>20</sup> Instituto Nacional de Geografía y Estadística (INEGI), “Indicadores de ocupación y empleo del INEGI, 2012”, datos disponibles en: <http://www.inegi.gob.mx>.

deral de México que se cumplen estándares internacionales en los aspectos metodológicos de las encuestas aplicadas.

Un par de observaciones más respecto del *sector informal* más allá del simple diagnóstico situacional de México, un país con 52 millones de pobres de 112 millones de habitantes, según los estándares que para la medición de la pobreza ha establecido el Banco Mundial:

La primera observación es que quienes se hallen temporal o permanentemente en el *sector informal* de la economía *no tienen acceso al servicio público de la seguridad social*, la cual está destinada única y exclusivamente al empleo formal o trabajo decente. Desde luego que sería ideal que todos los ciudadanos estuvieran integrados al sector formal de la economía, pero muy lejos está de poderse materializar dicho ideal ante la incapacidad e indiferencia que muestra el Estado para regular el sector informal por múltiples razones políticas, económicas, históricas, culturales y de idiosincrasia nacional; si bien conviene aclarar que la situación dramática del mercado laboral en México no es atribuible a la reciente crisis económica —ésta sólo recrudesció el problema, lo que es distinto—, sino que se trata de un problema de índole estructural y multifactorial.

La segunda observación que conviene efectuar aquí es que suelen coincidir los expertos en el tema que *si México no tiene un mayor nivel de desempleo se debe a que la informalidad ha permitido contenerlo*, aunque eso no signifique que sea bueno para el país la existencia de un sector informal que rebasa —oficialmente lo duplica, pero en la realidad se estima que lo triplica— al sector formal de la economía. Y difícilmente se acabará con la informalidad laboral mientras las empresas no ofrezcan mayores incentivos que el trabajo precario, con salarios miserables y sin prestaciones laborales, que hoy en día pone a disposición de la ciudadanía periódicamente en “ferias del empleo” cuyas plazas disponibles no se ocupan por la sencilla razón de que a la población le conviene más vivir en la economía informal, que crece exponencialmente, porque su ganancia bruta obtenida es toda de ellos al no tener que pagar impuestos a un Estado complaciente que sencillamente finge no verles. Cierto, el problema es en buena medida de falta de educación.

Así las cosas, mientras los niveles de instrucción de los mexicanos no sean mayores, *educándose provisionalmente* a la población, las condiciones laborales seguirán siendo muy complejas, por lo que ahora sólo se puede pensar en una solución de largo plazo cuyo eje sea precisamente la educación, una educación que vuelva a los empresarios e industriales, a los comerciantes y empleadores, a los trabajadores subordinados y a sus organizaciones sindicales, a los servidores públicos y a los interlocutores sociales, y a la ciudadanía

en general, en una palabra, socialmente responsables de sus actos y de sus consecuencias nacionales.

Faltaría pues *invertir en educación previsional*, pero para eso habría que cambiar la mentalidad del denominado “factor político”, fundamental para efectuar un radical cambio social en México.

## V. RELACIÓN CON LOS ESTÁNDARES INTERNACIONALES

México ingresó a la OIT en 1931. A la fecha en que esto se escribe, el país ha ratificado 76 convenios, y nada menos que 67 de ellos se hallan en vigor.

No obstante, las convenciones emanadas de la OIT —tanto en materia laboral como de seguridad social— son en realidad una mera referencia anecdótica, porque si bien es cierto que 76 convenios han sido ratificados por el Estado mexicano y 67 de ellos ya se encuentra en vigor, por lo que de conformidad con lo establecido por el artículo 133 de la Constitución Política mexicana ya forman parte de nuestro derecho positivo vigente, *en realidad jamás se aplican*.

Efectivamente, en un país que se precia de ser un *Estado de derecho*, por increíble que parezca así sucede, porque tanto para gobernantes como para gobernados —muy en especial para los empleadores y sus organizaciones patronales, los empleados y sus sindicatos o federaciones y confederaciones sindicales, al igual que de forma específica para los impartidores de justicia—, la normativa aplicable en materia del trabajo o de la seguridad social se reduce al artículo 123 constitucional y sus leyes reglamentarias del trabajo, y en algún caso excepcional apoyados en algún criterio jurisprudencial, *al ser los tribunales laborales de “conciencia” y de estructuración tripartita*, integrados colegiadamente con representantes de los empleadores, empleados y del gobierno federal, quienes resuelven por disposición legal los conflictos que les son planteados intentando el equilibrio entre los factores de la producción y la justicia social, siempre bajo la fórmula: “a verdad sabida y buena fe guardada” [*sic*], de conformidad con el texto del artículo 841 de la Ley Federal del Trabajo.

Eso sucede en la práctica pese a que el artículo 6o. de la aludida Ley Federal del Trabajo establece expresamente que tanto las leyes respectivas como los tratados celebrados y aprobados en los términos del artículo 133 de la Constitución —son 67 los Convenios de la OIT vigentes, se insiste en el dato— serán aplicables a las relaciones de trabajo en todo lo que benefi-

cie al operario, siempre a partir de la fecha de su respectiva vigencia. Ya se ve entonces que dicho precepto es letra muerta en México.

Acaso sea por la ignorancia de su existencia y texto debido en buena medida a que en los planes de estudio de las facultades de derecho del país no se educa acerca del tema; o quizá se deba a la mala fe interesada de algunos a quienes importa que no se divulgue su contenido; o tal vez a la tendencia al reduccionismo en materia jurídica al creer que *la ley* —sin duda la manifestación más visible de ella— es la única expresión válida de la ciencia del derecho. Eso tal vez explicaría, aunque jamás justificaría, la omisión de los convenios internacionales aprobados y puestos en vigor en México.

Como quiera que fuese, ésa y no otra es la realidad jurídica nacional, más allá de que las autoridades laborales mexicanas expresen al seno de las conferencias internacionales de la OIT —en las que a partir de 1931 siempre ha habido y habrá representación tripartita presente— que las convenciones emanadas de dicha Organización se acatan; pero eso no es verdad y nos apena tener que decirlo, si bien académicamente es nuestro deber hacerlo constar aquí, al igual que lo hemos hecho durante tres décadas de trabajo docente en la formación de nuevas generaciones de profesionales de la ciencia del derecho y posgraduados de la ciencia jurídica en los rubros laboral y de la seguridad social.

Así pues, pese a la importancia y trascendencia de los convenios y recomendaciones de la OIT, en un mundo con economía globalizada y con fronteras virtuales tanto laborales como comerciales, no tienen tales convenciones ninguna aplicabilidad ni jurídica ni pragmática en el país, pues ni las partes en los juicios laborales o los procedimientos jurisdiccionales planteados por prestaciones de seguridad social los invocan, y menos todavía las autoridades del empleo o los juzgadores les citan o argumentan en eventual apoyo de sus resoluciones.

Claro está que a raíz de la modificación del artículo 1o. de la Constitución federal mexicana las cosas habrán de cambiar en el futuro, pero falta aún transitar un trecho enorme en materia de cultura jurídica, y para ello habrá que modificar y adecuar los planes de estudios de la carrera de abogado o licenciado en derecho de las universidades, enseñando a los nuevos juristas acerca del cabal cumplimiento y observancia plena de dichos convenios y tratados internacionales que contienen derechos humanos observables y exigibles al Estado.

Desde luego que el más claro ejemplo de ello lo es el propio Convenio 102 de la OIT, relativo a la Norma Mínima de la Seguridad Social, adoptado por México el 29 de junio de 1952 y vigente en el país a partir del 12 de

octubre de 1961. Salvo en una tesis jurisprudencial —la número 185/2008, emanada del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el 30 de septiembre de 2008—, en la que nuestro más alto tribunal constitucional hizo puntual referencia al Convenio 102 de la OIT, para tratar de argumentar nuestro más alto tribunal nacional que supuestamente la nueva legislación del ISSSTE cumplía con las prestaciones mínimas de seguridad social, hasta donde tenemos noticias simplemente jamás se había dictado un fallo invocándose dicho Convenio 102, ratificado por México y normativa jurídica aplicable.<sup>21</sup>

De manera que como la excepción confirma la regla general, el fallo emitido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en 2009, convertido luego en criterio jurisprudencial obligatorio en cuanto a su observancia, demuestra sin dificultad la total ausencia de cumplimiento por parte del Estado mexicano a dichos convenios internacionales y su falta de compromiso. Más vale que compongan el camino los poderes de la Unión —incluido el Poder Judicial—, porque una y otra vez se equivocan al emitir criterios jurisprudenciales que tienen qué ver con el derecho humano irrenunciable e inalienable de la seguridad social, un derecho humano por cierto contemplado en el artículo 22 y descrito en el artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de Naciones Unidas. Después de todo, el artículo 1o. constitucional les obliga a ello, antes de que deban reparar las violaciones a los derechos humanos.

Entonces, como la realidad suele imponerse a la normativa legal existente, se requerirá entonces de *políticas públicas de largo alcance*, establecidas a nivel constitucional y blindadas en contra de los constantes vaivenes políticos y asumidas como un gran acuerdo social que cuente con la suficiente legitimación, donde se establezcan medidas concretas que tiendan a *las soluciones estructurales que requiere en México el sector informal de la economía*, haciéndolo más que mediante prohibiciones, con desregulación administrativa efectiva e inteligente, primordialmente con incentivos fiscales atractivos de forma tal que la gente se interese por invertir en fuentes de empleo duradero y el entorno económico sea proclive a la inversión de capitales extranjeros, ofreciéndoles a los inversionistas seguridad en todos los niveles: personal, patrimonial y jurídica.

<sup>21</sup> La Ley del ISSSTE es, históricamente, la legislación más judicializada del país, con alrededor de un millón y cuarto de quejosos, del universo de dos millones de servidores públicos federales que se defendieron contra su abierta inconstitucionalidad y aplicación retroactiva en su agravio, así les hubiere sido negado en amparo y protección de la justicia de la Unión. Empero, ya sabemos que cuando el Estado no tiene la razón, suele aplicar las “razones de Estado” (*sic*).

Mientras tanto, un paliativo a la situación actual es que por fin el Estado mande señales claras a la ciudadanía de que en realidad le interesa su bienestar. Para ello será necesario ampliar la cobertura de la seguridad social —aquí el Seguro Popular de Salud no es solución alguna, porque se trata de simple asistencia social— y deberán tomarse medidas radicales, entre otras, “deslaborar” la seguridad social dejando de atarle al trabajo formal y financiarla prioritariamente vía impuestos generales, partiendo de una premisa contra la cual no cabe discusión alguna posible: el derecho de acceso a la seguridad social *es un derecho humano y social a cargo originariamente del Estado*, más allá de que entes privados con afanes de lucro puedan intervenir en la prestación de este servicio público, pues lo harán siempre con el permiso y bajo la responsabilidad directa y supervisión permanente del propio Estado.

Entonces, si entendemos que el derecho es una ciencia evolutiva que debe adaptarse a las necesidades de la sociedad en una época, un lugar y un contexto determinados, y que a través de las leyes el Estado tiene el potencial de generar los cambios sociales, nos podremos dar cuenta de algo inquietante que debería hacernos reflexionar a los juristas: en el caso concreto del derecho laboral nos encontramos ahora frente a un reto de enorme importancia y trascendencia, debido a que *la existencia misma del sector informal del trabajo cuestiona algunos de sus fundamentos básicos*, como por ejemplo:

- La real inexistencia de una relación de dependencia entre empleador y trabajador, como quiera que se les denomine en la práctica.
- La notoria ausencia de una subordinación constatable, debido a los avances tecnológicos, al uso de Internet y el ordenador personal (teletrabajo).
- El uso indiscriminado del *crowdsourcing* en razón de los avances tecnológicos, que comienza a superar con creces al *outsourcing*.
- El constante fraude laboral cometido al través de figuras diversas, que terciarizan y ocultan responsabilidades laborales explícitas.
- La falta de organizaciones sindicales sólidas capaces de negociar colectivamente mejores condiciones laborales de los operarios, debido en buena medida a la inevitable “atomización sindical” resentida en América Latina durante las últimas tres décadas.
- La necesidad de “deslaborar” de una buena vez el servicio público de la seguridad social, desligándole al fin del trabajo formal o regulado —sobre todo en épocas de crisis de empleo—, para costearle vía impuestos generales a fin de no afectar aún más las precarias finanzas disponibles para solventar el elevado coste de este magnífico manto protector social.

En tan preocupante escenario actual, la pregunta clave a formularnos es simple de enunciar pero complicada de responder: ¿se deberían establecer de una buena vez normativas legales que regulen el trabajo informal, considerándoles como verdaderos “trabajadores” a los auto-ocupados?

Nosotros pensamos que sí, que habrá de comenzarse de inmediato la complicada tarea de dotarle de contenidos y objetivos regulatorios actuales tanto al derecho laboral tradicional —que regula las relaciones de empleo individual y/o colectivo—, como pensar muy seriamente en la conveniencia del que podría llamarse *derecho laboral de los trabajadores informales*, no tanto para dotarle de una eventual formalidad como prejuiciosamente muchos podrían suponer, sino para comenzar a delimitar aspectos básicos que impidan la explotación humana a que millones de seres están expuestos hoy en pleno siglo XXI, instituyéndose e instrumentándose elementos para que reconozcan.

- a) La calidad de *trabajador auto-ocupado* para todos los efectos legales.
- b) La plena *libertad de oficio* de quienes han decidido dedicarse a este tipo de trabajos personales por voluntad propia y por la razón que sea.
- c) El irrenunciable e inalienable derecho de todos a recibir el servicio público *de seguridad social* que otorga el Estado a través de los seguros sociales que al efecto ha establecido.
- d) El derecho y obligación a ser los trabajadores informales debidamente identificados, para ser *sujetos de tributación al Estado* conforme a sus percepciones reales obtenidas, con todo lo que tal condición jurídica representa.
- e) Su derecho y obligación a que se mantenga por parte del Estado un registro para el *efectivo control de índole administrativo* en cuanto a la licitud permanente del trabajo de subsistencia efectuado, evitando con ello que el crimen organizado se infiltre o esconda detrás de ellos.
- f) Su derecho a disfrutar de las prestaciones sociales que hasta ahora han sido concebidas únicamente para los empleados subordinados.
- g) Cualesquier otro derecho análogo al anteriormente descrito, listado que desde luego es enunciativo y no limitativo.<sup>22</sup>

Porque uno de los problemas sociales más sentidos lo es la proclividad a asegurar obligatoriamente a los esquemas de seguridad social nacionales tan sólo a los trabajadores subordinados, no así a los trabajadores informales. Ambos casos merecen *un tratamiento jurídicamente diferenciado* por obvias

<sup>22</sup> Ruiz Moreno, Ángel Guillermo, *Seguridad social obligatoria...*, cit., pp. 379 y ss.

razones, pues se trata de proteger a los individuos productivos que con su esfuerzo personal coadyuven a la producción de bienes o servicios en el país; sin embargo, nos guste o no la idea, el acceso a la protección que otorga la seguridad social no lo origina el hecho de ser empleado subordinado, sino más bien el hecho de ser persona humana, realice ésta labores productivas o no y se halle o no vinculada a un trabajo formal legalmente regulado.

Por ello, la tendencia contemporánea nos obliga a modificar conductas inerciales que antaño parecían inmodificables.

## VI. CONCLUSIONES

Es indudable que *la informalidad laboral le gana terreno a diario a la formalidad laboral*, por cualquier razón que sea; debido a ello es conveniente voltear la vista a las capas sociales de abajo, haciéndolo antes de que los de abajo se volteen en nuestra contra. De allí surge la idea de Naciones Unidas de dotar de mecanismos efectivos de protección social a todos los seres humanos, haciendo énfasis en los excluidos sociales.

¿Es esto una utopía? Nosotros pensamos que no lo es. Se trata de visualizar prioridades y jerarquizar lo esencial; tener en el eje de la acción oficial al individuo por sobre sus riquezas; de reordenar eficientemente la economía y el gasto social para invertir —que no gastar— en la gente. Es un cambio total y sensato en la manera de ver el mundo y actuar en consecuencia.

Porque ya sabemos que más del 75% de la población mundial carece de garantías sociales que le permitan enfrentar los riesgos de la vida; por lo tanto, garantizar un *suelo de protección social* a las personas más necesitadas que luchan por sobrevivir con decoro, es una prioridad de Naciones Unidas y de un conjunto de organismos internacionales de toda índole involucrados en esta tarea, que se han sumado a la idea de brindar protección social a todos a través de la seguridad social.

Como ya vimos antes, dicha Iniciativa de Piso de Protección Social la estableció desde 2009 la propia ONU, junto con la OIT y la OMS, esfuerzo al cual se han sumado organizaciones de diversa índole y de calado mundial, entre las que destacan: el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional, la UNESCO y la UNICEF, y otros socios para el desarrollo nacional y regional.

Ello demuestra que ya no es conveniente, en la segunda década del siglo XXI, empecinarse en mantener atada a la seguridad social al trabajo formal o regulado, pues el crecimiento exponencial del trabajo informal —y su constante acompañamiento con la migración laboral ilegal— es un hecho imposible de ocultar que se observa a lo largo y ancho de todo el planeta.

Los hechos son más que evidentes. Está demostrado que la seguridad social (así el esquema implementado sea muy elemental: *salud y pensión mínima garantizados por el Estado*), contribuye sensiblemente al crecimiento económico al incrementar la productividad laboral y al afianzar la estabilidad social por la certidumbre que genera en la población. Por lo tanto, invertir en un suelo básico de protección social para todos —sean o no empleados subordinados— significa invertir en la justicia social y en desarrollo económico nacional o regional; una idea cuya factibilidad de ponerla en práctica avala los estudios hechos por Naciones Unidas que demuestran que las transferencias sociales a nivel mundial son asequibles financieramente en casi cualquier etapa del desarrollo económico de los países. Entonces éste no es un gasto, sino más bien una inversión en lo mejor que tiene un país, que es su gente.

Porque si no pensamos y actuamos distinto a como lo hemos venido haciendo hasta ahora, los resultados seguirán siendo los mismos y fracasaremos sin remedio en nuestro vano intento de mantener, dentro de márgenes relativamente confiables, el complicado tema de la informalidad laboral y, en lo general, del sector informal de la economía; un tema que ahora puede ser advertido como de seguridad social, pero que luego bien puede volverse de seguridad pública si se sale de control, hasta llegar a convertirse en un asunto de seguridad nacional —como ya lo es el tema de la migración para fines laborales—. Mejor será prevenir que lamentar, mejor excedernos que quedarnos cortos en las medidas implementadas.

Ese reto es especialmente importante si consideramos que el sector informal no es una circunstancia marginal sino la dura realidad de la mayoría de personas a quienes no protegen las leyes —ni las del trabajo formal ni las de seguridad social ni las de ningún tipo—, pero que deberían hacerlo porque hoy son ya abrumadora mayoría y además el derecho social no debe omitir proteger a quienes ejercen actividades en el sector informal de la economía.

Por ello habrá que comenzar por revisar nuestras políticas nacionales de *empleo*, para volverles de una buena vez en *políticas públicas de ocupación productiva*; y ya ubicados en esa línea, frente a la tendencia inercial, al parecer irreversible, del desempleo, asumir el enorme desafío que implica comenzar a modificar los convenios internacionales del trabajo emanados de la propia OIT, tanto en materia de empleo como en cuanto a la Norma Mínima de Seguridad Social establecida en el Convenio 102 que data desde 1952.

Respondámonos con absoluta objetividad: ¿qué tanto ha cambiado el mundo y la humanidad en medio siglo? Si lo analizamos con cuidado, ciertamente nos sorprenderá constar cuánto ha evolucionado la humanidad en

el último medio siglo. Querámoslo o no reconocer, lo cierto es que estamos ante un mundo nuevo en el siglo XXI, que es distinto por completo al del siglo XX.

Cierto, son tiempos de crisis y por lo tanto también de oportunidades. No debemos desaprovechar la oportunidad de intentar hacer algo más que seguirnos lamentando por los tiempos mejores del *pleno empleo* y la protección social efectiva, que lo más probable es que jamás retornen.

Porque nuestra verdadera disyuntiva no consiste en preferir a la formalidad o informalidad laboral, no es tampoco si la economía debe seguir siendo o dejar de ser globalizada, ni estriba en si es mejor derechas que izquierdas o la llamada “tercera vía” que aprovecha lo mejor de ambas; la encrucijada existencial en que debemos movernos y actuar los académicos es más bien si nos atrevemos o no a asumir nuestras respectivas responsabilidades, si actuamos en ello sin temor o si permitimos que el miedo nos paralice.

## VII. BIBLIOGRAFÍA

APARICIO TOVAR, Joaquín, ponencia presentada al *XXI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Barcelona, 2010.

COSSÍO DÍAZ, José Ramón *et al.*, *El caso Radilla, estudio y documentos*, México, Porrúa, 2012.

Diario *Mileno-Jalisco*, del 3 de enero de 2013.

OROPEZA GARCÍA, Arturo (coord.), *BRICS. El difícil camino entre el escepticismo y el asombro*, México, Cámara de Diputados LXI Legislatura, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011.

RUIZ MORENO, Ángel Guillermo, *El derecho social en México a inicios del siglo XXI, una visión en conjunto*, México, Porrúa, Universidad de Guadalajara, 2007.

———, *Las AFORE, el sistema de ahorro y pensiones mexicano*, 6a. ed., México, Porrúa, 2009.

———, *Nuevo derecho de la seguridad social*, 14a. ed., México, Porrúa, 2011.

———, *Seguridad social obligatoria para trabajadores migrantes e informales*, México, Porrúa, 2011.

## LA PRESENCIA DEL DERECHO DEL TRABAJO EN LA CORTE INTERAMERICANA

Alfredo SÁNCHEZ-CASTAÑEDA

SUMARIO: *Jorge Carpizo: humanista de dos siglos. I. La libertad de trabajo y la colegiación obligatoria: existencia o no de principios primarios de orden público. II. La libertad de trabajo y ejercicio de derechos civiles y políticos en el trabajo. III. El derecho al trabajo, un derecho latente en la jurisprudencia interamericana. IV. Alcances y correlación del Pacto Internacional de Derechos Económicos y Sociales con los instrumentos interamericanos. V. Consideraciones finales.*

### JORGE CARPIZO: HUMANISTA DE DOS SIGLOS

El viernes 30 de marzo de 2012, aproximadamente a las tres de la tarde, antes de que el país se sacudiera, se conmocionaron primero los familiares y la comunidad del Instituto de Investigaciones Jurídicas (IIJ) de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM) con la noticia del deceso de uno de nuestros más ilustres juristas del siglo XX y el siglo XXI: el señor doctor don Jorge Carpizo. Humanista de dos siglos, porque va a ser recordado por los cambios, innovaciones y transformaciones que impulsó en y desde la Universidad para todo el país en el último cuarto del siglo XX y en el primer cuarto de siglo del XXI.

No soy el indicado para hablar de todas las virtudes humanas y humanistas de Jorge Carpizo. Nuestro actual abogado general de la UNAM, Luis Raúl González Pérez, le ha reconocido su labor de forjador y guía de generaciones.<sup>1</sup> El rector de la UNAM, José Narro, ha señalado que “...todo el tiempo estuvo comprometido con la verdad y la justicia, con la ética y los valores laicos, con el trabajo y la defensa de la dignidad de las personas...

<sup>1</sup> Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3166/24.pdf>.

Su calidad de vida dependía de la paz interior de su consistencia, nunca de los símbolos externos y menos de la frivolidad”.<sup>2</sup> Quizá por los anteriores distintivos, el ilustre jurista Diego Valadés ha equiparado la figura y las aportaciones a la República de Jorge Carpizo con las contribuciones realizadas por Melchor Ocampo y Justo Sierra a nuestra nación.<sup>3</sup>

Para muchos de nosotros Jorge Carpizo va a ser guía, ejemplo de hombre probo y humanista paradigmático. En lo particular no voy a dejar de agradecer su ser incluyente, noble y sencillo. Así como el placer de haber tenido la ocasión de compartir el pan y el vino en su casa; el honor de permitirme leer sus últimos trabajos referentes al derecho social antes de ser publicados, y el privilegio de haber compartido los pasillos del Instituto de Investigaciones Jurídicas con un humanista de dos siglos.

El derecho del trabajo se puede entender a partir de sus tres dimensiones: la general, la individual y la colectiva. Su dimensión general se ha estudiado como una garantía individual, ahora considerada, a partir de la reforma constitucional reciente, como un derecho humano. La reforma en materia de derechos humanos fue publicada el 10 de junio de 2011 en el *Diario Oficial de la Federación*:

La denominación del título primero, capítulo I, de la Constitución federal, “De las garantías individuales”, pasa a ser “Los derechos humanos y sus garantías”. La nomenclatura que se propone posee un significado muy distinto al original: Al denominarse el capítulo en comento en principio como “Los derechos humanos...”, hay un reconocimiento constitucional pleno a la denominación universal de los derechos básicos de la persona, lo que impedirá sustentar la falsa dicotomía que rezaba que una cosa son los derechos humanos, y otra muy distinta las garantías individuales... Al analizar la frase completa “Los derechos humanos y sus garantías”, encontramos que no evoca dos tipos de derechos, por una parte los derechos humanos y, por la otra, las conocidas garantías individuales... Al analizar la frase completa “Los derechos humanos y sus garantías”, encontramos que no evoca dos tipos de derechos, por una parte los derechos humanos y, por la otra, las conocidas garantías individuales, sino que se alude a los derechos humanos, y técnicamente, a los instrumentos que le sirven de garantía; esto es, los medios a través de los cuales se busca su eficacia cuando las autoridades los desconozcan o de plano los trasgredan, que son los previstos básicamente en los artículos 97, 99, 102, 107 y 105 constitucionales... En ese sentido, la alusión al término “garantías”... no tiene ni debe dársele el significado tradicional, sino

<sup>2</sup> Palabras pronunciadas por el rector José Narro en el homenaje luctuoso al doctor Jorge Carpizo el 21 de marzo de 2012 en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

<sup>3</sup> Palabras pronunciadas con motivo de la ceremonia de designación como académicos honorarios de la Academia Peruana de Derecho a los doctores Héctor Fix-Zamudio, Jorge Carpizo y Diego Valadés el 13 de abril de 2012 en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3166/4.pdf>.

el moderno, de medios constitucionales para la protección de los derechos humanos, en especial de tipo judicial.<sup>4</sup>

Su dimensión individual se entiende como la libertad de toda persona al derecho al trabajo y a condiciones de trabajo equitativas para su desarrollo. Mientras que su dimensión colectiva se concibe como el derecho a la libre sindicalización y a la negociación colectiva. A pesar de que el derecho al trabajo no ha sido abordado como tal por la Corte Interamericana, existen algunas opiniones consultivas o casos en donde se ha abordado implícitamente o paralelamente la cuestión. Lo que constituye una muestra fehaciente de la indivisibilidad de los derechos civiles y políticos con los derechos económicos, sociales y culturales. Algunos de los contenidos del derecho al trabajo que han sido objeto de estudio son los relativos a la libertad de trabajo y la colegiación obligatoria (I), y la libertad de trabajo y el ejercicio de los derechos civiles y políticos en el trabajo (II). Lo que confirma una presencia latente del derecho al trabajo en la jurisprudencia interamericana (III). No puede ser de otra manera, ya que los instrumentos interamericanos se encuentran en sintonía con los ordenamientos internacionales (IV). Situación que nos permitirá hacer una consideración final (V).

#### I. LA LIBERTAD DE TRABAJO Y LA COLEGIACIÓN OBLIGATORIA: EXISTENCIA O NO DE PRINCIPIOS PRIMARIOS DE ORDEN PÚBLICO

En el ámbito interamericano, resulta relevante la Opinión Consultiva 5/85 (OC 5/85), referente a la colegiación obligatoria de trabajo.<sup>5</sup> La OC en comento tiene desde nuestro punto de vista una relevancia fundamental, en la medida en que habla de profesiones en donde están en juego principios primarios de orden público, tales como la libertad de expresión. Su primacía, a la luz de la OC, impide establecer una colegiación obligatoria. Sin embargo, aquellas profesiones en donde no están en juego principios primarios de orden público, habría quizá la posibilidad de establecer la colegiación obligatoria.

En su OC, la Corte estudió la posible pugna o contradicción entre la colegiación obligatoria como requisito indispensable para poder ejercer la

<sup>4</sup> Véase Carmona, Jorge, “La reforma y las normas de derechos humanos previstas en los tratados internacionales”, en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, UNAM, 2011, pp. 43 y 44.

<sup>5</sup> Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos), solicitada por el gobierno de Costa Rica.

actividad del periodista en general, y en especial del reportero —según los artículos ya citados de la Ley No. 4420 de Costa Rica, y las normas internacionales 13 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos—.

Para emitir su opinión, la Corte consideró (párrafo 69) que la libertad de expresión se inserta en el orden público primario: el concepto de orden público reclama que, dentro de una sociedad democrática, se garanticen las mayores posibilidades de circulación de noticias, ideas y opiniones, así como el más amplio acceso a la información por parte de la sociedad en su conjunto. La libertad de expresión se inserta en el orden público primario y radical de la democracia, que no es concebible sin el debate libre y sin que la disidencia tenga pleno derecho de manifestarse. En este sentido, la Corte adhiere a las ideas expuestas por la Comisión Europea de Derechos Humanos cuando, basándose en el Preámbulo de la Convención Europea, señaló que el propósito de las altas partes contratantes al aprobar la Convención no fue concederse derechos y obligaciones recíprocas, con el fin de satisfacer sus intereses nacionales, sino establecer un orden público común de las democracias libres de Europa, con el objetivo de salvaguardar su herencia común de tradiciones políticas, ideales, libertad y régimen de derecho.

Por lo que la opinión de la Corte fue que la colegiación obligatoria de periodistas, cuando impide el desarrollo del orden público primario, como es el caso de la libertad de expresión, es contraria al artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos:

...la colegiación obligatoria de periodistas, en cuanto impida el acceso de cualquier persona al uso pleno de los medios de comunicación social como vehículo para expresarse o para transmitir información, es incompatible con el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En ese sentido: que la Ley No. 4420 de 22 de septiembre de 1969, Ley Orgánica del Colegio de Periodistas de Costa Rica, objeto de la presente consulta, en cuanto impide a ciertas personas el pertenecer al Colegio de Periodistas y, por consiguiente, el uso pleno de los medios de comunicación social como vehículo para expresarse y transmitir información, es incompatible con el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Como se ve, el análisis de la libertad de profesión de los periodistas no se estudia a la luz del derecho al trabajo sino del orden público primario, manifestado a través de la libertad de expresión. La Corte no lo confrontó con el derecho al trabajo. Sin embargo, en el párrafo 68 de la OC, la Corte sí hace una inferencia entre el derecho al trabajo y la colegiación obligatoria, al señalar que:

...la organización de las profesiones en general, en colegios profesionales, no es *per se* contraria a la Convención sino que constituye un medio de regulación y de control de la fe pública y de la ética a través de la actuación de los colegas. Por ello, si se considera la noción de orden público en el sentido referido anteriormente, es decir, como las condiciones que aseguran el funcionamiento armónico y normal de las instituciones sobre la base de un sistema coherente de valores y principios, es posible concluir que la organización del ejercicio de las profesiones está implicada en ese orden.

Situación que abre una gran puerta en nuestro país, ya que una lectura radical del artículo 5o. constitucional normalmente antepone el derecho al trabajo ante todo intento de establecer una colegiación obligatoria.

La posible colegiación de otras profesiones liberales estaría permitida, siempre y cuando, como lo señala la OC, sea un

...medio de regulación y de control de la fe pública y de la ética. Para la Corte, una acepción posible del orden público dentro del marco de la Convención, hace referencia a las condiciones que aseguran el funcionamiento armónico y normal de las instituciones sobre la base de un sistema coherente de valores y principios. En tal sentido, podrían justificarse restricciones al ejercicio de ciertos derechos y libertades para asegurar el orden público (párrafo 64).

En ese sentido, podría pensarse que el derecho del trabajo podría tener límites, siempre y cuando se busque asegurar el orden público.

No obstante, la posible protección del orden público y el bien común no pueden ser usados como medios para suprimir un derecho garantizado por la Convención o para desnaturalizarlo o privarlo de contenido real (véase el artículo 29.a de la Convención). Esos conceptos, en cuanto se invoquen como fundamento de limitaciones a los derechos humanos, deben ser objeto de una interpretación estrictamente ceñida a las “justas exigencias” de “una sociedad democrática” que tenga en cuenta el equilibrio entre los distintos intereses en juego y la necesidad de preservar el objeto y fin de la Convención (párrafo 67).

De hecho, la OC deja entrever la posibilidad de la colegiación obligatoria en otras profesiones, en donde no se encuentren en juego principios primarios del orden público (libertad de expresión):

Dentro de este contexto el periodismo es la manifestación primaria y principal de la libertad de expresión del pensamiento y, por esa razón, no puede concebirse meramente como la prestación de un servicio al público a través

de la aplicación de unos conocimientos o capacitación adquiridos en una universidad o por quienes están inscritos en un determinado colegio profesional, como podría suceder con otras profesiones, pues está vinculado con la libertad de expresión que es inherente a todo ser humano (párrafo 71)... El ejercicio del periodismo, por tanto, requiere que una persona se involucre en actividades que están definidas o encerradas en la libertad de expresión garantizada en la Convención (párrafo 72). Esto no se aplica, por ejemplo, al ejercicio del derecho o la medicina; a diferencia del periodismo, el ejercicio del derecho o la medicina —es decir, lo que hacen los abogados o los médicos— no es una actividad específicamente garantizada por la Convención. Es cierto que la imposición de ciertas restricciones al ejercicio de la abogacía podría ser incompatible con el goce de varios derechos garantizados por la Convención. Por ejemplo, una ley que prohibiera a los abogados actuar como defensores en casos que involucren actividades contra el Estado, podría considerarse violatoria del derecho de defensa del acusado según el artículo 8 de la Convención y, por lo tanto, ser incompatible con ésta. Pero no existe un solo derecho garantizado por la Convención que abarque exhaustivamente o defina por sí solo el ejercicio de la abogacía como lo hace el artículo 13 cuando se refiere al ejercicio de una libertad que coincide con la actividad periodística. Lo mismo es aplicable a la medicina (párrafo 73). La Corte concluye, en consecuencia, que las razones de orden público que son válidas para justificar la colegiación obligatoria de otras profesiones no pueden invocarse en el caso del periodismo, pues conducen a limitar de modo permanente, en perjuicio de los no colegiados, el derecho de hacer uso pleno de las facultades que reconoce a todo ser humano el artículo 13 de la Convención, lo cual infringe principios primarios del orden público democrático sobre el que ella misma se fundamenta (párrafo 76).

Debe recordarse que el artículo 32 de la Convención estatuye que “los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática”.

Nada impediría, por ejemplo, que en ciertas profesiones, como la abogacía, según se desprende de la OC, se impusiera la colegiación obligatoria en la medida en que no se encuentra involucrado ninguno de los principios primarios del orden público. Igualmente nada impediría imponer a los abogados la obligación de certificarse para el ejercicio de determinadas actividades jurídicas, tales como llevar juicios de amparo, ya que dada su complejidad quizá se requiera una certificación e incluso una recertificación. Tal y como sucede hasta ahora con los contadores para realizar dictámenes financieros, y los médicos para realizar cirugías estéticas. Sin embargo, los colegios tendrían la obligación de salvaguardar el código de ética de los pro-

fesionistas. Por otro lado, se tendría que evaluar si es *ético* que un colegio de profesionistas agremie, imparta cursos especializados y al mismo tiempo certifique. En ese sentido, debe prestarse especial atención a la transparencia, ética y respeto del orden público por los propios colegios de profesionistas, así como por las asociaciones civiles autorizadas por los órganos públicos para certificar a profesionistas.

## II. LA LIBERTAD DE TRABAJO Y EJERCICIO DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS EN EL TRABAJO

Existen dos casos en los que la Corte ha abordado el tema de los derechos civiles y políticos de los trabajadores en la empresa. El *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá* y el *Caso Huilca Tecse vs. Perú*.

El *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá* se refiere al despido, el 6 de diciembre de 1990, de 270 trabajadores por haber participado en una manifestación en reclamo de sus derechos laborales, con una ley a la que se le dio efectos retroactivos. Manifestación que según el Estado los hacía cómplices de una asonada militar. Con dichos despidos los quejosos entendieron violados los siguientes derechos consagrados en la Convención Americana: sus derechos de reunión (artículo 15), de libertad de asociación (artículo 16), garantías judiciales (artículo 8o.), el principio de legalidad e irretroactividad (artículo 9o.) y a la protección judicial (artículo 25). La ley dictada con posterioridad a los hechos estableció que la tramitación de los juicios que iniciaran los trabajadores a raíz de los despidos se realizarían en el fuero contencioso-administrativo y no en el laboral, tal como determinaba la legislación vigente. La Corte Interamericana declaró que el Estado de Panamá había violado los derechos a la libertad de asociación, las garantías judiciales y la protección judicial, así como los principios de legalidad y de irretroactividad de la ley. La Corte estableció que las garantías mínimas del debido proceso establecidas en el artículo 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos deben respetarse en el procedimiento administrativo y en cualquier otro procedimiento, cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas. Por ello, decidió que el Estado debía reintegrar en sus cargos a los trabajadores y pagarles los montos correspondientes a los salarios caídos.

Este caso constituye un precedente valioso por ser el primero en el que la Corte conoce de un caso relacionado con derechos laborales. Si bien es cierto que la Corte analizó la debida protección judicial, así como el respeto irrestricto de la garantía del debido proceso legal en el ámbito interno de

los Estados, lo hizo en relación con el respeto del derecho al trabajo. Particularmente en su vertiente colectiva: “La libertad de asociación, en materia sindical, reviste la mayor importancia para la defensa de los intereses legítimos de los trabajadores y se enmarca en el corpus juris de los derechos humanos” (párrafo 158).

En el *Caso Pedro Huilca Tecse vs. Perú*,<sup>6</sup> el Estado peruano aceptó, de hecho, su responsabilidad internacional bajo los artículos 4o. y 16 de la Convención Americana (vida y asociación) por la ejecución extrajudicial del líder sindical Pedro Huilca.

La Corte consideró que al fracasar en prevenir y responder apropiadamente a la ejecución extrajudicial, el Perú violaba la dimensión “individual” y “social” del derecho a la libertad sindical, en detrimento de Pedro Huilca. Una ejecución de un líder sindical originado por el desempeño de sus actividades sindicales, señala la Corte, no sólo restringe la libertad de asociación de un individuo, sino también restringe el derecho a la libertad de un grupo determinado a asociarse libremente:

Este Tribunal considera que el contenido de la libertad sindical, una forma de la libertad de asociación, implica la potestad de elección respecto de cómo ejercerla. En este sentido, un individuo no goza del pleno ejercicio del derecho a la libertad de asociación, si en realidad esta potestad es inexistente o se reduce de tal forma que no pueda ponerla en práctica. El Estado debe garantizar que las personas puedan ejercer libremente su libertad sindical sin temor de que serán sujetos a violencia alguna, de lo contrario, se podría disminuir la capacidad de las agrupaciones de organizarse para la protección de sus intereses (párrafo 77). Por todo lo anterior, el Tribunal considera que, en el presente caso, el ejercicio legítimo que hizo el señor Pedro Huilca Tecse del derecho a la libertad de asociación, en materia sindical, le provocó una represalia fatal, que a su vez consumó una violación en su perjuicio del artículo 16 de la Convención Americana. Asimismo, el Tribunal considera que la ejecución del señor Pedro Huilca Tecse tuvo un efecto amedrentador en los trabajadores del movimiento sindical peruano y con ello disminuyó la libertad de un grupo determinado de ejercer ese derecho (párrafo 78). En consecuencia, de acuerdo con el allanamiento manifestado por el Estado, la Corte tiene por establecidos los hechos a que se refiere el párrafo 60 de esta sentencia y considera, además, que tal como fue igualmente reconocido por el Estado, éste incurrió en responsabilidad internacional por la violación de los derechos consagrados en los artículos 4.1 (derecho a la vida) y 16 (libertad de asociación) de la Convención Americana, y el incumplimiento de la obli-

<sup>6</sup> *Caso Huilca Tecse vs. Perú*, sentencia del 3 de marzo de 2005.

gación establecida en el artículo 1.1 (obligación de respetar los derechos) de la misma, en perjuicio del señor Pedro Huilca Tecse (párrafo 79).

Por nuestra parte, consideramos que no se puede entender el derecho al trabajo si éste no se concretiza o realiza en armonía con los derechos civiles y políticos de los ciudadanos en el ámbito de la empresa, tal y como son la libertad entendida como libertad de expresión en el trabajo y de asociación, entendida como libertad de asociación en el trabajo, así como de manifestación, entendida como de manifestación en el trabajo.

La correlación debe entenderse como natural, dada la indivisibilidad de los derechos políticos y civiles con los derechos sociales y económicos. Algunas legislaciones han señalado que la empresa es un espacio de manifestación de los derechos civiles y políticos de los trabajadores.<sup>7</sup> Ya que así como “los individuos son ciudadanos en la *cité*, los trabajadores deben serlo también en la empresa”.<sup>8</sup> No porque el trabajador se comprometa a realizar una determinada actividad pierde el disfrute de sus libertades que la sociedad reconoce a cada uno. Si se es libre en la ciudad, se debe ser libre en la empresa.<sup>9</sup>

### III. EL DERECHO AL TRABAJO, UN DERECHO LATENTE EN LA JURISPRUDENCIA INTERAMERICANA

Existen varios casos conocidos por la Comisión<sup>10</sup> o por la Corte Interamericana en donde el derecho al trabajo ha estado presente, a pesar de no ser el tema principal analizado. Lo que demuestra la indivisibilidad del estudio de los derechos humanos. Respecto a la Comisión, destacan también las medidas cautelares para proteger a sindicalistas o a sus familiares en Colombia, Ecuador y Brasil.<sup>11</sup>

<sup>7</sup> Véase la ley francesa del 4 de octubre de 1982 a partir de la cual se ha podido hablar de la ciudadanización de la empresa.

<sup>8</sup> Rapport Aurox.

<sup>9</sup> Véase el número especial de la Revista *Droit Social: L'entreprise et les libertés publiques*, París, mayo de 1982.

<sup>10</sup> Véase el Informe núm. 4/01. Caso 11.625. María Eugenia Morales de Sierra. Guatemala. 19 de enero de 2001.

<sup>11</sup> Véase el Informe Anual de la CIDH 2001, *Medidas cautelares acordadas o extendidas por la Comisión durante el año 2002* (Colombia), párr. 31; CIDH, Informe Anual de la CIDH 2001, *Medidas cautelares acordadas o extendidas por la Comisión durante el año 2001* (Colombia), párr. 17; *idem* (Colombia); CIDH, Informe Anual de la CIDH 2004, *Medidas cautelares acordadas o extendidas por la Comisión durante el año 2004* (Ecuador), párr. 26; CIDH, Informe Anual de la CIDH 1998, *Medidas cautelares acordadas o extendidas por la Comisión durante el año 1998* (Brasil); CIDH,

Respecto a la Corte Interamericana, un caso representativo podría ser el ocurrido entre los Trabajadores Cesados del Congreso (*Aguado Alfaro y otros vs. Perú*), en donde el derecho al trabajo estuvo presente tanto en los señalamientos de los quejosos, en la resolución de la Corte, así como a través de un voto razonado.<sup>12</sup>

El 5 de abril de 1992, el presidente de Perú, Alberto Fujimori, ordenó la disolución del Congreso, lo cual implicó el despido de funcionarios y empleados que habían sido designados en sus funciones de acuerdo a la normativa anterior a esa fecha. Los trabajadores del Congreso fueron cesados de sus empleos a través de las resoluciones 1303-A-92-CACL y 1303-B-92-CACL, que dispusieron el despido de empleados del Congreso.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos presentó la demanda con el fin de que la Corte decidiera si el Perú es responsable por la violación de los artículos 8.1 (garantías judiciales) y 25.1 (protección judicial) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como por el incumplimiento de lo dispuesto en los artículos 1.1 (obligación de respetar los derechos) y 2o. (deber de adoptar disposiciones de derecho interno) de la misma.

La Corte consideró que el objeto de la sentencia no era determinar el carácter arbitrario de los ceses ni tampoco su reinstalación, sino la presunta violación a los artículos 8.1 y 25 de la CADH, relativos a las garantías judiciales y la protección judicial, en razón de la falta de certeza acerca de la vía a la que debían o podían acudir para reclamar los derechos que consideraran vulnerados y de la existencia de impedimentos normativos y prácticos para un efectivo acceso a la justicia: la prohibición de impugnar los efectos del Decreto Ley núm. 25640, contenida en el artículo 9o. señalado, constituye una norma de aplicación inmediata, en tanto sus destinatarios se ven impedidos *ab initio* de impugnar cualquier efecto que estimaren perjudicial a sus intereses. La Corte estima que una normativa que contenga una prohibición de impugnar los eventuales efectos de su aplicación o interpretación no puede ser considerada en una sociedad democrática como una limitación válida al derecho a un real y efectivo acceso a la justicia de los destinatarios de esa normativa, el cual, a la luz de los artículos 8o. y 25 de

Informe Anual de la CIDH 1998, *Medidas cautelares acordadas o extendidas por la Comisión durante el año 1998* (Brasil), párr. 12; CIDH, Informe Anual de la CIDH 1998, *Medidas cautelares acordadas o extendidas por la Comisión durante el año 1998* (Guatemala), y CIDH, Informe Anual de la CIDH 1997, *Medidas cautelares acordadas o extendidas por la Comisión durante el año 1997* (Nicaragua).

<sup>12</sup> En el *Caso Trabajadores Cesados del Congreso, Aguado Alfaro y otros vs. Perú*, en su sentencia del 24 de noviembre de 2006.

la Convención, en relación con los artículos 1.1 y 2o. de la misma, no puede ser arbitrariamente restringido ni reducido o derogado.

La Corte consideró que los despidos ocurrieron: “en un clima de inseguridad jurídica propiciado por la normativa que limitaba el acceso a la justicia respecto del procedimiento de evaluación y eventual cesación de las presuntas víctimas, por lo cual éstas no tenían certeza acerca de la vía a la que debían o podían acudir para reclamar los derechos que consideraran vulnerados”. De tal manera, sin necesidad de haber determinado el carácter mismo de las cesaciones verificadas, la Corte determinó que los recursos internos existentes no fueron efectivos, ni individual ni en conjunto, para los efectos de una adecuada y efectiva garantía del derecho de acceso a la justicia, por lo que declaró al Estado responsable por la violación de los artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1 y 2o. de la misma.

En materia de derecho al trabajo, se puede señalar que éste estuvo presente tanto en los señalamientos de los quejosos, en la resolución de la Corte, así como en el voto razonado del juez Antônio Augusto Cançado Trindade.

Los quejosos consideraron que el Estado es responsable por la violación del artículo 26 de la Convención, basándose en el carácter arbitrario del cese de las víctimas y su no reposición, que trajeron como consecuencias, entre otras, la privación injusta de su empleo (la conculcación de su derecho al trabajo) y de su derecho a una remuneración y demás beneficios laborales; la interrupción del acceso de las presuntas víctimas y sus dependientes a la seguridad social; el cese de acumulación de sus años de servicio, lo que impidió a muchos que accedieran a su jubilación; así como efectos graves en su salud.

La Corte, por su parte, señaló que (párrafo 36 de la sentencia):

...el objeto de la presente sentencia no ha sido determinar ese supuesto carácter arbitrario de los ceses de las presuntas víctimas ni tampoco su no reposición, que son las bases de la argumentación de los intervinientes comunes. Lo declarado por la Corte fue que el Estado violó los artículos 8.1 y 25 de la Convención, relativos a las garantías judiciales y protección judicial, respecto de las presuntas víctimas, en razón de la falta de certeza acerca de la vía a la que debían o podían acudir para reclamar los derechos que consideraran vulnerados y de la existencia de impedimentos normativos y prácticos para un efectivo acceso a la justicia (supra párrafos 129 y 132). La Corte es consciente de que las violaciones a dichas garantías necesariamente tuvieron consecuencias perjudiciales para las presuntas víctimas, en tanto que cualquier cese tiene consecuencias en el ejercicio y goce de otros derechos propios de una

relación laboral. Tales consecuencias pueden ser consideradas, de ser pertinente, en el próximo capítulo de Reparaciones (infra párrafo 149).

Por su parte, el voto razonado del juez Antônio Augusto Cançado Trindade señaló que:

En cuanto al insatisfactorio párrafo 136 de la presente sentencia, que se equipara a la insatisfactoria redacción dada al artículo 26 de la Convención Americana (producto de su tiempo), me limito (por absoluta falta de tiempo, dada la “metodología” acelerada de trabajo adoptada últimamente por la Corte, con mi objeción), a tan sólo reiterar mi entendimiento, expresado en numerosos escritos a lo largo de los años, en el sentido de que todos los derechos humanos, inclusive los derechos económicos, sociales y culturales, son pronta e inmediatamente exigibles y justiciables, una vez que la interrelación e indivisibilidad de todos los derechos humanos se afirman en los planos no sólo doctrinal sino también operativo —o sea, tanto en la doctrina como en la hermenéutica y la aplicación de los derechos humanos.<sup>13</sup>

#### IV. ALCANCES Y CORRELACIÓN DEL PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONÓMICOS Y SOCIALES CON LOS INSTRUMENTOS INTERAMERICANOS

El derecho al trabajo, como derecho humano, es el corazón de todos los derechos específicos que emanan de él, ya sean de naturaleza general, individual o colectiva. Toda violación a los derechos de los trabajadores no implica otra cosa que una violación al derecho humano al trabajo, en tanto como derecho fundamental y garantía que debe contar con los medios necesarios para ser efectivo. En ese sentido, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece, en su artículo 6o., párrafo primero, que: “Los Estados partes en el presente Pacto reconocen el derecho a trabajar, que comprende el derecho de toda persona a tener la

<sup>13</sup> Citas del voto razonado del juez Antônio Augusto Cançado Trindade: *La cuestión de la protección internacional de los derechos económicos, sociales y culturales: evolución y tendencias actuales*, San José de Costa Rica, IIDH, 1992 (Serie para ONG’s, vol. 6), pp. 1-61; “La question de la protection internationale des droits économiques, sociaux et culturels: évolution et tendances actuelles”, 44 *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional* (1991), pp. 13-41; “La protección internacional de los derechos económicos, sociales y culturales en el final del siglo”, *El derecho internacional en un mundo en transformación - Liber Amicorum en homenaje al Prof. E. Jiménez de Aréchaga*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1994, vol. I, pp. 345-363; *El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2001, pp. 91-142, entre varios otros escritos.

oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado, y tomarán las medidas adecuadas para garantizar este derecho”.

Por su parte, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Conferencia Internacional Americana), en el artículo XIV, establece que: “... Toda persona tiene derecho al trabajo en condiciones dignas y a seguir libremente su vocación, en cuanto lo permitan las oportunidades existentes de empleo”. A su vez, la Carta Internacional Americana de Garantía Sociales establece en su artículo 3o. que: “Todo trabajador tiene derecho a seguir su vocación y dedicarse a la actividad que le acomode. Tiene igualmente la libertad de cambiar de empleo”.

Finalmente, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “Protocolo de San Salvador”, en su artículo 6o. establece que: “Toda persona tiene derecho al trabajo, el cual incluye la oportunidad de tener los medios para llevar una vida digna y decorosa a través del desempeño de una actividad lícita libremente escogida o aceptada”. El mismo artículo señala que: “Los Estados partes se comprometen a adoptar las medidas que garanticen plena efectividad al derecho del trabajo, en especial las referidas al logro del pleno empleo, a la orientación vocacional y al desarrollo de proyectos de capacitación técnico-profesional...”.

En relación con el Protocolo de San Salvador es necesario subrayar que en el Preámbulo del mismo se señala la interrelación entre los derechos económicos, sociales y culturales y los derechos civiles y políticos, en la medida en que son un todo indisoluble. Por otro lado, se señala en el Preámbulo que

...si bien los derechos económicos, sociales y culturales fundamentales han sido reconocidos en anteriores instrumentos internacionales, tanto de ámbito universal como regional, resulta de gran importancia que éstos sean reafirmados, desarrollados, perfeccionados. La Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que pueden someterse a la consideración de los Estados partes reunidos con ocasión de la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos proyectos de protocolos adicionales a esa Convención con la finalidad de incluir progresivamente en el régimen de protección de la misma otros derechos y libertades, han convenido en el siguiente Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Por lo que la Convención Americana sobre Derechos Humanos no puede ser leída sin tomar en cuenta el Protocolo de San Salvador. En la medida en que el Pacto permite incluir progresivamente en el régimen de protección de la misma otros derechos y libertades.

Los cuatro instrumentos, como se puede observar, se refieren con claridad al derecho al trabajo de toda persona. Al respecto resulta interesante destacar los alcances del artículo 6o. del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, señalados en la Observación General realizada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas.<sup>14</sup>

El contenido de la Observación General resulta trascendente, ya que al referirse al derecho al trabajo, nada impide que pueda interpretarse de la misma manera el derecho al trabajo contenido en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y en la Carta Internacional Americana de Garantía Sociales.

El Comité ha señalado que el derecho al trabajo es un derecho fundamental. El Pacto, señala el Comité, aborda el derecho al trabajo en tres dimensiones: general, individual y colectiva. El Pacto proclama el derecho al trabajo en un sentido general en su artículo 6o., y desarrolla explícitamente la dimensión individual del derecho al trabajo mediante el reconocimiento, en el artículo 7o., del derecho de toda persona a tener condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias, en especial la seguridad de las condiciones de trabajo. La dimensión colectiva del derecho al trabajo se encuentra en el artículo 8o., que estipula el derecho a fundar sindicatos y a afiliarse al sindicato de su elección, así como el derecho de los sindicatos a funcionar libremente.

Sin duda, las consideraciones del Comité resultan fundamentales porque no se agotan los alcances del derecho al trabajo en un ámbito general, ya que cuenta también con una esfera individual, sino que éste se manifiesta también en un ámbito colectivo.

El derecho al trabajo, amparado en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, afirma la obligación de los Estados partes de garantizar a las personas su derecho al trabajo libremente elegido o aceptado, en particular el derecho a no ser privado del trabajo de forma injusta. Esta definición subraya el hecho de que el respeto a la persona y su dignidad se expresa a través de la libertad del individuo para elegir un trabajo, haciendo hincapié al mismo tiempo en la importancia del trabajo para el desarrollo personal, así como para la integración social y económica.

El derecho al trabajo y al empleo en todas sus formas y niveles implica la existencia de los siguientes elementos interdependientes y esenciales:

<sup>14</sup> Aplicación del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general 18, El Derecho al Trabajo (35o. periodo de sesiones, 1999), U.N. Doc. E/C.12/GC/18 (2006).

- 1) *Disponibilidad*. Los Estados partes deben contar con servicios especializados que tengan por función ayudar y apoyar a los individuos para permitirles identificar el empleo disponible y acceder a él.
- 2) *Accesibilidad*. El mercado del trabajo debe poder ser accesible a toda persona. La accesibilidad reviste tres dimensiones: *a)* no discriminación en el acceso al empleo y en la conservación del mismo; *b)* la accesibilidad física constituye una de las dimensiones de la accesibilidad al trabajo, y *c)* el derecho de procurar, obtener y difundir información sobre los medios para obtener acceso al empleo mediante el establecimiento de redes de información sobre el mercado del trabajo en los planos local, regional, nacional e internacional;
- 3) *Aceptabilidad y calidad*. La protección del derecho al trabajo presenta varias dimensiones: condiciones justas y favorables de trabajo, condiciones laborales seguras, posibilidad de constituir sindicatos, y el de elegir y aceptar libremente un empleo.

La obligación jurídica de carácter general del Estado es velar por la realización progresiva del ejercicio del derecho al trabajo. Los Estados no pueden aplicar medidas regresivas. Si lo hacen, los Estados deben demostrar que lo han hecho tras considerar todas las alternativas posibles y que están plenamente justificadas.

Para el Comité, el derecho al trabajo impone tres tipos o niveles de obligaciones a los Estados partes: las obligaciones de *respetar*, *proteger* y *aplicar*. La obligación de *respetar* el derecho al trabajo exige que los Estados partes se abstengan de interferir directa o indirectamente en el disfrute de ese derecho. La obligación de *proteger* exige que los Estados partes adopten medidas que impidan a terceros interferir en el disfrute del derecho al trabajo. La obligación de *aplicar* incluye las obligaciones de proporcionar, facilitar y promover ese derecho. Implica que los Estados partes deben adoptar medidas legislativas, administrativas, presupuestarias, judiciales y de otro tipo, adecuadas para velar por su plena realización.

Los Estados partes tienen la obligación de *respetar* el derecho al trabajo mediante, entre otras cosas, la prohibición del trabajo forzoso u obligatorio, y absteniéndose de denegar o limitar el acceso igualitario a trabajo digno a todas las personas, especialmente a las personas y grupos desfavorecidos y marginados, así como a los presos o detenidos, a los miembros de minorías y a los trabajadores migratorios. En particular, los Estados partes tienen la obligación de respetar el derecho de las mujeres, de los jóvenes, de los menores de edad, de las personas mayores de edad, de las personas con discapacidad, de los trabajadores migrantes, a acceder a un trabajo digno y, por

tanto, de adoptar medidas para combatir la discriminación y promover la igualdad de acceso y de oportunidades.

Las obligaciones de *proteger* el derecho al trabajo incluyen el deber de los Estados de aprobar la legislación o de adoptar otras medidas que garanticen el igual acceso al trabajo y a la formación profesional. En relación con las medidas para aumentar la flexibilidad de los mercados laborales, señala el Comité, no deben restar estabilidad al empleo o reducir la protección social del trabajador.

Los Estados están obligados a *aplicar* (*proporcionar*) el derecho al trabajo cuando las personas o grupos no pueden, por razones que escapan a su control, realizar ese derecho ellos mismos por los medios de que disponen. Lo que representa la obligación de adoptar una política nacional de empleo.

Por otro lado, señala el Comité, debe hacerse una distinción entre la incapacidad y la falta de voluntad de los Estados partes para cumplir con sus obligaciones derivadas del artículo 6o. del Protocolo. Los Estados que no tengan voluntad de utilizar hasta el máximo de los recursos de que dispongan para dar efecto al derecho al trabajo incumplen sus obligaciones derivadas del artículo 6o. Dicho incumplimiento sólo puede quedar justificado ante la inexistencia de recursos.

Las vulneraciones del derecho al trabajo pueden ser resultado de una acción directa del Estado o de entidades estatales, o de una insuficiencia de las medidas adoptadas para promover el empleo. Los incumplimientos por *actos de omisión* ocurren; se pueden presentar cuando los Estados no regulan las actividades de personas o grupos para impedirles que obstaculicen el derecho de otros a trabajar. Las violaciones mediante actos de comisión, para el Comité, incluyen el trabajo forzoso; la derogación o la suspensión oficial de la legislación necesaria para el ejercicio permanente del derecho al trabajo; la denegación del acceso al trabajo a ciertos individuos o grupos, tanto si esta discriminación se funda en la legislación o en la práctica, y la aprobación de legislación o de políticas que sean manifiestamente incompatibles con las obligaciones internacionales relativas al derecho al trabajo.

También se pueden presentar incumplimientos de la obligación de respetar, de proteger y de aplicar. Respecto al incumplimiento de las obligaciones de proteger, éste se presenta cuando los Estados se abstienen de adoptar todas las medidas adecuadas para proteger a las personas sometidas a su jurisdicción contra las vulneraciones del derecho al trabajo imputables a terceros. Abarca ciertas omisiones, como el hecho de no reglamentar la actividad de particulares, de grupos o de sociedades para impedirles que vulneren el derecho al trabajo de otras personas, o el hecho de no proteger a los trabajadores frente al despido improcedente.

## V. CONSIDERACIONES FINALES

En el contexto mexicano, los operadores jurídicos tienen el reto de aplicar el control de convencionalidad para una eficaz protección de los derechos humanos. Al respecto, debe destacarse que a pesar del poco uso del artículo 26 de la Convención Americana, la Corte Interamericana ha empleado instrumentos internacionales sobre derechos económicos, sociales y culturales para interpretar la Convención: la Constitución de la OIT; los convenios 87 (relativo a la libertad sindical) y 98 (relativo al derecho de sindicalización y de negociación colectiva) de la OIT; las recomendaciones del Comité de Libertad Sindical de la OIT, así como las opiniones de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT. Se trata de un buen ejemplo y reto que tienen en frente los operadores jurídicos nacionales.

Inexorablemente el derecho al trabajo, como un derecho humano, cada vez va a estar más presente en la Corte Interamericana, así como en la jurisprudencia nacional. No puede ser de otra manera, si es que se hace una lectura correcta de los derechos humanos que no separe los derechos civiles y políticos con los derechos sociales, económicos y culturales. No existe otra vía, debemos señalarlo con claridad, para garantizar el pleno cumplimiento de los derechos de la justicia social<sup>15</sup> y se quiere transitar a un Estado social.<sup>16</sup>

<sup>15</sup> Carpizo, Jorge, “Los derechos de la justicia social: su cumplimiento”, *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, México, núm. 16, enero-junio de 2013, pp. 1-30.

<sup>16</sup> Carpizo, Jorge, “El Estado de los derechos de justicia social”, *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, México, UNAM, núm. 14, enero-junio de 2012, pp. 3-42.



## FUENTES Y ANTECEDENTES DEL DERECHO MEXICANO DEL TRABAJO

Porfirio MARQUET GUERRERO\*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Los antecedentes anteriores a 1810.* III. *Los antecedentes del derecho mexicano del trabajo de 1810 a 1910.* IV. *De la Revolución a la Constitución de 1917.* V. *La Constitución de 1917.* VI. *El periodo de 1917 a 1929.* VII. *La federalización de la legislación laboral y la Ley Federal del Trabajo de 1931.* VIII. *El periodo de 1931 a 1970.* IX. *La Ley Federal del Trabajo de 1970.* X. *El periodo de 1970 a 2012.* XI. *La reforma laboral de 2012.* XII. *Consideraciones finales.* XIII. *Bibliografía.*

### I. INTRODUCCIÓN

Recibimos con extremo agrado la convocatoria de la doctora Patricia Kurczyn Villalobos, investigadora de tiempo completo en el Instituto de Investigaciones Jurídicas, directora de la *Revista Latinoamericana de Derecho Social* que publica el citado Instituto, ex consejera de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, actual jefa de la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, presidenta de la Sociedad Mexicana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, reconocida académica que ha elaborado y coordinado numerosas publicaciones relacionadas en general con el derecho del trabajo y con la seguridad social, para participar con un ensayo para honrar la memoria del insigne jurista mexicano Jorge Carpizo McGregor, convocatoria que además de constituir un acierto indiscutible por lo que se refiere a la impresionante trayectoria del homenajeado y un reconocimiento a la calidad humana, personal, profesional y académica del doctor Carpizo, implica para quienes han sido convocados un verdadero honor.

\* Profesor de derecho individual del trabajo, derecho colectivo del trabajo, derecho procesal del trabajo y de seguridad social.

Tuvimos el privilegio de conocer a Jorge Carpizo McGregor en la Facultad de Derecho en 1965, época en la que ambos éramos estudiantes de la licenciatura en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México. El que esto escribe cursaba el segundo año de la carrera que entonces contaba con calendario anual; particularmente los lunes, miércoles y viernes, de las 19:30 a las 20:30, impartía su cátedra verdaderamente magistral de Teoría general del Estado, el doctor Mario de la Cueva. Al finalizar cada clase, un grupo de alumnos acompañábamos al maestro hasta el estacionamiento de profesores en el que permanecía el Volkswagen sedán propiedad del inolvidable maestro. Generalmente ahí lo esperaba ya el entonces estudiante del tercer año de la licenciatura Jorge Carpizo McGregor, con quien iniciamos una prolongada amistad durante muchos años hasta su desafortunado y prematuro fallecimiento.

No se trata en estas líneas de exponer una semblanza biográfica del doctor Carpizo, muchos otros personajes ilustres se han ocupado de ello en otros espacios, sólo se trataba de evocar el recuerdo del origen de una prolongada amistad, tiempo durante el cual pudimos ser testigos del impresionante desarrollo personal, académico y profesional de Jorge Carpizo.

Atendiendo con entusiasmo la convocatoria de la doctora Kurczyn, hemos seleccionado como tema de esta modesta contribución el denominado “Fuentes y antecedentes del derecho mexicano del trabajo”, entre otras razones porque se trata de la principal disciplina en la que se especializó el maestro Mario de la Cueva, quien siempre fue uno de los principales preceptores, guías y fuentes de inspiración del doctor Jorge Carpizo, porque el aspecto histórico de la disciplina fue también uno de los que mejor desarrolló el propio doctor Mario de la Cueva, así como también porque el doctor Carpizo igualmente siempre le dio una importancia fundamental al desarrollo histórico del derecho en general, aunque ciertamente el homenajeado se especializó en mayor medida en el derecho constitucional, sin desconocer la disciplina sobre la que versarán estas líneas.

Sin más preámbulos, se procederá entonces a presentar una reseña sobre la evolución histórica del derecho mexicano del trabajo desde sus orígenes hasta la actualidad.

## II. LOS ANTECEDENTES ANTERIORES A 1810

La generalidad de los autores<sup>1</sup> coincide en señalar que el derecho mexicano del trabajo tiene sus antecedentes específicos en el siglo XX, inmedia-

<sup>1</sup> Cueva, Mario de la, *Derecho mexicano del trabajo*, México, Porrúa, 1966, t. I; *id.* *El nuevo*

tamente antes y después de la Revolución de 1910, habiéndose conformado plenamente en la Constitución de 1917, a partir de la cual la legislación ha desarrollado sus instituciones hasta alcanzar las características que ahora tiene.

De acuerdo con lo antes señalado, los antecedentes históricos nacionales anteriores a la Revolución de 1910 sólo pueden considerarse como remotos, y su vinculación con las instituciones contemporáneas es muy relativa, por no decir que prácticamente inexistente.

No obstante, no deja de ser importante para una mayor comprensión de la evolución de las instituciones laborales nacionales el examen, así sea breve, de los antecedentes referidos, además de que los mismos resultan por sí interesantes, por ser la época en que el país empieza a caminar con rumbo propio.

A su vez, estos acontecimientos comprenden propiamente dos periodos de la historia nacional: el que podría denominarse precolonial y el colonial. El primero comprendería los años anteriores a la conquista de México por España, y el segundo, de este acontecimiento al inicio de la lucha por la independencia.

### 1. *El periodo precolonial*

La generalidad de los autores coincide también en señalar la escasa información sobre antecedentes laborales en este periodo histórico. Existe, sin embargo, un volumen considerable de escritos sobre la vida económica, política y social de la época, de los cuales se desprenden datos interesantes para nuestro objeto.

Es probablemente José de Jesús Castorena<sup>2</sup> el autor mexicano que se ocupa con mayor amplitud de este periodo histórico desde el punto de vista de los antecedentes laborales, aun cuando él mismo es de los que señalan que los datos existentes son insuficientes. Así, Castorena refiere que el pueblo azteca, en particular, se encontraba dividido en dos grandes núcleos: “el común del pueblo o macehuals, clase desheredada, y los nobles o señores, clase privilegiada. Esta última se encontraba constituida por los guerreros, los sacerdotes y los comerciantes o Pochteca; en aquélla, en cambio, no se encuentra una diferenciación acentuada y profunda”.<sup>3</sup> Sobre los mace-

*derecho mexicano del trabajo*, México, Porrúa, 2005, t. I; Buen Lozano, Néstor de, *Derecho del trabajo*, México, Porrúa, 2002, t. I.

<sup>2</sup> Castorena, José de Jesús, *Tratado de derecho obrero*, México, Editorial Jaris, 1942.

<sup>3</sup> *Ibidem*, p. 77.

huales, dice Castorena que “...eran fundamentalmente agricultores...”, pero agrega que se produjo entre los aztecas cierto desarrollo gremial, al grado de que cada grupo veneraba a su propia divinidad y celebraba sus propias fiestas; los macchuales no eran completamente libres en el ejercicio de su profesión, sino que tenían cierta servidumbre respecto de la clase privilegiada; sin embargo, fuera de este aspecto, que se concretaba en la confección de vestido y en la construcción de casas, podían trabajar libremente, “...y al efecto, los que poseían una profesión concurrían a los mercados a ofrecer sus servicios y mediante un contrato de trabajo concertado, trabajaban bajo las órdenes de otras personas”.<sup>4</sup>

Además de las actividades especializadas, existían algunas otras formas de servidumbre entre los aztecas, mencionando Castorena a los esclavos, aunque con más derechos que los que tenían de acuerdo a la concepción europea del término; a los *mayerques*, que eran trabajadores agrícolas, y a los *tlamemes*, dedicados a la carga, ante la ausencia de otros medios de transporte. Finalmente, existían también pueblos tributarios, respecto de quienes en diversos grados pesaban obligaciones de efectuar trabajos forzados.<sup>5</sup>

Otros autores, citados particularmente por Néstor de Buen, coinciden con Castorena, en lo general, en los señalamientos anteriores; por ejemplo, Lucio Mendieta y Núñez y Herbert Spencer. Sin embargo, al igual que esos autores, sus comentarios se limitan al caso de los aztecas, sin que se haga referencia a otros pueblos de la época.

## 2. *El periodo colonial*

De acuerdo con lo que se ha expuesto, este periodo comprendería de 1521 a 1821, año en que se consuma la independencia. A diferencia del periodo anterior, en éste los autores son acordes en la existencia de un amplio material de consulta sobre la vida política, económica y social. Lo que ocurre, sin embargo, es que los acontecimientos no arrojan datos específicamente vinculados a las instituciones laborales, simplemente en razón de que las circunstancias de la época no se prestaban. No obstante ello, es posible hacer algunas referencias importantes.

Dos son los ordenamientos que se citan en este periodo de la historia de México, que tienen alguna relación con el fenómeno de la prestación de servicios: las Leyes de Indias y las Ordenanzas de Gremios.

<sup>4</sup> *Ibidem*, p. 81.

<sup>5</sup> *Ibidem*, pp. 82 y 83.

Como señala Mario de la Cueva,<sup>6</sup> el autor mexicano más importante de todos los tiempos en el derecho mexicano del trabajo, “en las *Leyes de Indias* España creó el monumento legislativo más humano de los tiempos modernos. Esas Leyes, cuya inspiración se encuentra en el pensamiento de la reina Isabel la Católica, estuvieron destinadas a proteger al indio de América, al de los antiguos imperios de México y Perú, y a impedir la explotación despiadada que llevaban a cabo los encomenderos...”; agrega el propio maestro universitario que “...es en verdad asombroso y bello descubrir en las páginas de la recopilación la presencia de numerosas disposiciones que bien podrían quedar incluidas en una legislación contemporánea del trabajo, en especial las que procuraron asegurar a los indios la percepción efectiva del salario”.

Tanto Néstor de Buen como José de Jesús Castorena, en sus respectivas obras, mencionan entre las disposiciones más importantes, desde el punto de vista laboral, contenidas en las Leyes de Indias, las relativas a la idea de la reducción de las horas de trabajo; la determinación específica de la jornada de ocho horas (Ley VI del título VI del libro III de 1593); los descansos semanales; el pago del séptimo día; la protección al salario de los trabajadores y, en especial, con respecto al pago en efectivo, oportuno e íntegro, la fijación de un salario mínimo para los indios en labores y minas, “...fijándolo en real y medio por día o un real y comida suficiente y bastante carne caliente con tortillas de maíz cocido que se llama pozole”; la protección de la mujer embarazada; una edad mínima para laborar; la protección contra labores insalubres y peligrosas; el principio procesal de “verdad sabida” operaba en favor de los indios; el otorgamiento de casas higiénicas (1790), así como la atención médica obligatoria.<sup>7</sup>

Sin embargo, por una parte, esta legislación fue vigente pero no positiva, es decir, representó ciertamente una victoria formal de los misioneros sobre los conquistadores, pero en la realidad estas disposiciones no funcionaron.

Al respecto, dice Arturo González Cosío:<sup>8</sup>

El ordenamiento legal novohispánico se caracteriza por una línea formal y paternalista, contrariada siempre, en la realidad, por una explotación poco compaginable con la teoría de que a los indios y demás castas, correspondía un régimen jurídico en ejercicio. Hubo excepciones de bondad, a cargo más de las inclinaciones personales y de la condición humana de muchos, que de

<sup>6</sup> Cueva, Mario de la, *op. cit.*, pp. 38 y 39.

<sup>7</sup> Castorena, *op. cit.*, p. 93; Buen Lozano, Néstor de, *op. cit.*, pp. 265 y ss.

<sup>8</sup> González Cosío, Arturo, *El trabajo en la Nueva España*, México, Secretaría del Trabajo y Previsión Social.

un orden social existente, pues cualquier análisis sociológico, económico o político de nuestra historia, tiene que reconocer el hecho objetivo de la explotación, del vínculo del trabajo con la raza y de la poca aptitud de la metrópoli para comprender la posibilidad de un desarrollo propio de sus colonias, aun dentro del esquema de la dependencia.

Por otra parte, como precisa Mario de la Cueva: “No existen en los cuatro tomos de que se compone la recopilación disposiciones que tiendan a la igualdad de derechos entre el indio y el amo, sino que son más bien medidas de misericordia, actos píos determinados por el remorder de las conciencias, concesiones graciosas a una raza vencida que carecía de derechos políticos y que era cruelmente explotada”.<sup>9</sup>

Por lo que se refiere a las Ordenanzas de Gremios, éstas estaban dirigidas fundamentalmente a los españoles, ya que incluso en algunos casos se excluía expresamente a los indios y a los negros. Por otra parte, las condiciones de trabajo no eran el objeto principal de este ordenamiento, sino más bien la de distribuir entre los maestros la capacidad de consumo de los habitantes de la ciudad, en forma equitativa e igual. Además, las *Ordenanzas* y la organización gremial en Nueva España “...fueron un acto de poder de un gobierno absolutista para controlar mejor la actividad de los hombres”.<sup>10</sup>

Este ordenamiento dejó de tener vigencia aun antes de la independencia, cuando las Cortes establecieron la libertad de trabajo y de industria, mediante Ley del 8 de junio de 1813.

### III. LOS ANTECEDENTES DEL DERECHO MEXICANO DEL TRABAJO DE 1810 A 1910

Como se ha apuntado anteriormente, el lapso de cien años antes referido es susceptible de dividirse en varios periodos: el que va de 1810 a 1821, que corresponde propiamente a la guerra de independencia, pero durante el cual fueron expedidos diversos documentos de gran importancia; el comprendido de 1821, aunque tal vez más propiamente de 1824, año en que se expide la primera Constitución realmente vigente, hasta 1857 en que se expide la segunda Constitución Federal, periodo durante el cual se suscitan múltiples movimientos políticos y militares, así como documentos jurídicos de interés; finalmente, el que comprende de 1857 a 1910, en que se inicia la Revolución Mexicana, periodo dentro del cual se producen acontecimientos

<sup>9</sup> Cueva, Mario de la, *op. cit.*, p. 39.

<sup>10</sup> *Idem.*

tos de gran trascendencia, tales como la Guerra de Reforma, la llamada “intervención francesa”, la dictadura del general Porfirio Díaz, dentro de la que se encuentran ya las primeras manifestaciones sociales que constituyen antecedentes directos e inmediatos a la propia Revolución.

### 1. *El periodo 1810-1824*

En este lapso, independientemente de los acontecimientos de orden estrictamente militar, se produjeron importantes documentos políticos, en la mayoría de los cuales ciertamente no se tocaron aspectos laborales, pero de cualquier manera es conveniente hacer mención de ellos.<sup>11</sup>

El llamado Bando de Hidalgo, expedido por don Miguel Hidalgo y Costilla en Guadalajara, Jalisco, el 6 de diciembre de 1810, incluyó entre sus disposiciones la abolición de la esclavitud.

Los denominados Elementos Constitucionales de Rayón, expedidos por Ignacio López Rayón en 1811, comprendían en sus disposiciones la abolición de la esclavitud, así como los exámenes artesanales, con lo cual se eliminaba formalmente el sistema gremial.

Los conocidos Sentimientos de la Nación, contenidos en 23 puntos dados por Morelos en Chilpancingo, hoy estado de Guerrero, el 14 de septiembre de 1813, proscriben también la esclavitud pero, además, en el punto número 12 se hace especial referencia a los trabajadores, aun cuando en forma efímera y abstracta, al señalar: “Que como la buena ley es superior a todo hombre, las que dicte nuestro Congreso deben ser tales que obliguen a constancia y patriotismo, moderen la opulencia y la indigencia, y de tal suerte se aumente el jornal del pobre, que mejore sus costumbres, aleje la ignorancia, la rapiña y el hurto.”

El Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana, sancionando en Apatzingán, Michoacán, el 22 de octubre de 1814, bajo los auspicios del mismo José María Morelos y Pavón, fue sin duda uno de los documentos constitucionales más importantes de la historia de México en general y del siglo XIX en particular. En él se comprenden los principales derechos públicos individuales; entre ellos, el artículo 38 consagraba la libertad de industria y comercio, en una expresión anticipada de las tendencias individualistas y liberales que serían preponderantes en los años siguientes.

En cambio, en la Constitución que expidieron las Cortes de Cádiz, jurada en España el 19 de marzo de 1812 y que en alguna medida tuvo vigen-

<sup>11</sup> *Idem.*

cia formal en la antigua Nueva España, no se observan disposiciones que tengan alguna relación con el trabajo humano, ni siquiera las ya referidas libertades de industria y de comercio, lo cual se explica en función del régimen corporativo imperante.

En el Plan de Iguala, expedido en dicha ciudad del actual estado de Guerrero el 24 de febrero de 1821 por Agustín de Iturbide, y en virtud del cual se declara formalmente la independencia de México, se incluye una disposición (la número 12), en el sentido de que “todos los habitantes de él sin distinción de su mérito y virtudes, son ciudadanos idóneos para optar cualquier empleo”, es decir, se consagra la libertad de trabajo.

Cronológicamente se encuentran en la misma época los tratados de Córdoba del 24 de agosto de 1821, que tampoco se ocupan de cuestión alguna relacionada con los problemas de trabajo.

Del Reglamento Provisional Político del Imperio Mexicano, del 18 de diciembre de 1822, es importante mencionar que en sus primeros dos artículos, por una parte, se declara abolida la Constitución Española “...en toda la extensión del imperio” (artículo 1o.) por otra, aclara que “quedan, sin embargo, en su fuerza y vigor las leyes, órdenes y decretos promulgados anteriormente en el territorio del imperio hasta el 24 de febrero de 1821, en cuanto no pugnen con el presente reglamento, y con las leyes, órdenes y decretos expedidos, o que se expidieren en consecuencia de nuestra independencia...” (artículo 2o.), con lo cual se procuraba no dejar al país repentinamente sin orden jurídico. Sin embargo, este importante documento no contiene ninguna referencia a cuestiones relacionadas con el derecho del trabajo.

## *2. El periodo 1824-1857*

Posteriormente, ni el Acta Constitutiva de la Federación del 31 de enero de 1824 ni la Constitución Federal del 4 de octubre del mismo año contienen disposiciones que se ocupen de las cuestiones laborales, lo cual se explica, pues la principal definición política de este documento constitucional fue la adopción de la forma federal de gobierno, si bien esta decisión se había adelantado, precisamente, en el llamado “voto por la forma de República Federada” del 12 de junio de 1823.

La Constitución de 1824 estuvo en vigor hasta 1835, año a partir del cual se inició en México un régimen unitario, al dejarse a un lado el sistema federal de gobierno.

Fueron fundamentalmente dos los documentos de rango constitucional los que rigieron en esta etapa histórica de México: las llamadas Leyes

Constitucionales del 30 de diciembre de 1836 y las Bases Orgánicas de la República Mexicana del 12 de junio de 1843. En ninguno de estos dos documentos se encuentran disposiciones en las que se haga alguna referencia a los problemas laborales.

Después de una serie de acontecimientos políticos y militares, el 6 de diciembre de 1846 abrió sus sesiones un nuevo Congreso, que, como dice Tena Ramírez,<sup>12</sup> "...era a la vez constituyente y ordinario...". De los trabajos de este Congreso surge el Acta de Reformas del 18 de mayo de 1847, que restableció la vigencia del Acta Constitutiva y de la Constitución de 1824, con las modalidades incorporadas precisamente en el Acta ya citada. Aun cuando en este documento ya se hizo referencia a los derechos individuales, tampoco se encuentran en él disposiciones relativas a cuestiones laborales.

Semejante comentario cabe respecto de las llamadas Bases para la Administración de la República hasta la Promulgación de la Constitución, expedidas por Antonio López de Santa Anna el 22 de abril de 1853 y que representaron la base jurídica del último régimen centralista.

En el nivel meramente legal y durante prácticamente más de la mitad del siglo XIX, el viejo derecho español continuó aplicándose, tal como refiere Mario de la Cueva,<sup>13</sup> "...las Leyes de Indias, las Siete Partidas, la Novísima Recopilación y sus normas complementarias...". De ahí la importancia de haber hecho alguna referencia a los antecedentes previos a la iniciación de la guerra de independencia.

El 1o. de marzo de 1854 se proclamó el llamado Plan de Ayutla, bajo el cual se produjo la Revolución del mismo nombre.

### 3. De la Constitución de 1857 a la época prerrevolucionaria

Si bien es cierto que en la Constitución de 1857 propiamente no se consagraron derechos concretos relativos a los trabajadores, también lo es que en el seno del Congreso Constituyente sí fueron discutidos temas directamente relacionados con el derecho del trabajo. Al respecto, Mario de la Cueva señala que "en dos ocasiones se propuso al Congreso la cuestión del derecho del trabajo, pero no se logró su reconocimiento, pues el valor absoluto que los defensores del individualismo atribuían a la propiedad privada y la influencia de la escuela económica liberal, constituyeron obstáculos insalvables".<sup>14</sup>

<sup>12</sup> Tena Ramírez, Felipe, *Leyes fundamentales de México. 1808-1978*, México, Porrúa, 1978, p. 440.

<sup>13</sup> Cueva, Mario de la, *op. cit.*, p. 40.

<sup>14</sup> *Idem.*

Particularmente tres constituyentes expresaron de manera clara cuestiones de carácter social: Ponciano Arriaga, Ignacio Ramírez e Ignacio L. Vallarta. Arriaga señaló la tragedia económica del pueblo de México, e indicó a las generaciones futuras la urgencia de reformar las estructuras sociales. Textualmente dijo:

¿Debía la comisión proponer una Constitución puramente política, sin considerar en el fondo los males profundos de nuestro Estado social, sin acometer ninguna de las radicales reformas que la triste situación del pueblo mexicano reclama como necesarias y aun urgentes? ...Resuelto que el proyecto de la ley fundamental sería basado sobre el mismo principio federativo que entrañaba la Constitución de 1824, ¿ha podido la comisión con sólo esto darse por satisfecha de haber colmado todas las exigencias y cumplido su importante misión? La Constitución, en una palabra, ¿debía ser puramente política, o encargarse también de conocer y reformar el Estado social? Problema difícil y terrible que más de una vez nos ha puesto en la dolorosa alternativa, o de reducirnos a escribir un pliego de papel más con el nombre de Constitución; pero sin vida, sin raíz ni cimiento; o de acometer y herir de frente intereses o abusos envejecidos, consolidados por el transcurso del tiempo, fortificados por la rutina y en posesión, a título de derechos legales, de todo el poder y toda la fuerza que da una larga costumbre por mala que ésta sea... Es justicia decir que algunas de las proposiciones que tenían por objeto, introducir importantes reformas en el orden social, fueron aceptadas por la mayoría y figuran como partes del proyecto; pero en general, fueron desechadas todas las conducentes a definir y fijar el derecho de propiedad, a promover de un modo indirecto la división de los inmensos terrenos que se encuentran hoy acumulados en poder de muy pocos poseedores, a corregir los infinitos abusos que se han introducido y se practican todos los días, invocando aquel sagrado e inviolable derecho y a poner en actividad y movimiento la riqueza territorial y agrícola del país, estancada y reducida a monopolios insoportables, mientras que tantos pueblos y ciudadanos laboriosos están condenados a ser meros instrumentos pasivos de producción en provecho exclusivo del capitalista, sin que ellos gocen ni disfruten más que de una parte muy ínfima del fruto de su trabajo.

Por su parte, Ignacio Ramírez fue aún más concreto al manifestar:

El proyecto de Constitución que hoy se encuentra sometido a las luces de vuestra sabiduría, revela en sus autores un estudio, no despreciable, de los sistemas políticos de nuestro siglo. Pero al mismo tiempo, un olvido inconcebible de las necesidades positivas de nuestro país... El más grave de los cargos que hago a la comisión es de haber conservado la servidumbre de los jornaleros: el

jornalero es un hombre que a fuerza de continuos y penosos trabajos arranca de la tierra, ya la espiga que alimenta, ya la seda y el oro que engalanan a los pueblos; en su mano creadora el rudo instrumento se convierte en máquina y la informe piedra en magníficos palacios; las invenciones prodigiosas de la industria se deben a un reducido número de sabios y a millones de jornaleros; donde quiera que existe un valor, allí se encuentra la efigie soberana del trabajo...

Ciertamente, como se ha venido diciendo y como de manera clara lo expresa De la Cueva, “...la cuestión obrera era menos aguda en los años de la generación de la Reforma porque la industria no se encontraba suficientemente desarrollada...”; sin embargo, el mismo Ignacio Ramírez mostró una visión del futuro verdaderamente admirable. En otro momento dijo:

El grande, el verdadero problema social, es emancipar a los jornaleros de los capitalistas: la resolución es sencilla y se reduce a convertir en capital el trabajo. Esta operación exigida imperiosamente por la justicia asegurará al jornalero no solamente el salario que conviene a su subsistencia, sino un derecho a dividir proporcionalmente las ganancias con el empresario. La escuela económica tiene razón al proclamar que el capital en numerario debe producir un rédito, como el capital en efectos mercantiles y en bienes raíces; pero los economistas completarán su obra, adelantándose a las aspiraciones del socialismo, el día en que concedan los derechos incuestionables a un rédito, al capital trabajo. Señores de la comisión, en vano proclamaréis la soberanía del pueblo mientras privéis a cada jornalero de todo fruto de su trabajo...<sup>15</sup>

Como puede observarse, en las palabras del conocido “Nigromante” se encuentra un antecedente muy claro del derecho de los trabajadores a participar de las utilidades de las empresas, derecho que sería formalmente reconocido hasta la Constitución de 1917, pero que en realidad no sería efectivo para los trabajadores, sino hasta la reforma constitucional de 1962.

Todavía Ignacio L. Vallarta se refirió a la cuestión laboral al discutirse el principio de la libertad de trabajo; incluso, como lo apunta De la Cueva,

...hizo un apasionante relato de los abusos que en todos los pueblos y especialmente entre nosotros, cometían los patrones con los trabajadores; por unos instantes pareció que iba a sugerir se incluyeran en la Constitución *las bases de un derecho del trabajo*, pero lamentablemente confundió el problema de la libre elección de una actividad con la libre fijación de las cláusulas de los contratos de trabajo, esto es, confundió la idea filosófica, social y jurídica de la libertad

<sup>15</sup> *Ibidem*, p. 1311.

humana para trabajar; con el principio económico de la libre fijación de las condiciones de prestación de los servicios...<sup>16</sup>

No obstante lo anterior, es interesante hacer referencia a algunos pasajes de la intervención de Vallarta:

...La esclavitud del trabajador no debe existir entre nosotros. El debe disponer de sus brazos y de su inteligencia del modo más amplio y absoluto; ni la ley incapaz de proteger para estimular el trabajo, ni el amo, exigente en sus pretensiones, ruin en el salario y tal vez despótico en su conducta, podrán hacer abdicar al hombre su libertad para ejercer su industria, según su propio interés, único consejero infalible en materia de la producción de la riqueza...

El propietario abusa cuando disminuye la tasa del salario, cuando lo paga con signos convencionales y no creados por la ley que representan los valores, cuando obliga al trabajador a un trabajo forzado para indemnizar deudas anteriores, cuando veja al jornalero con trabajos humillantes... nuestra Constitución democrática será una mentira, más todavía, un sarcasmo, si los pobres no tienen sus derechos más que detallados en la Constitución...<sup>17</sup>

En fin, que los constituyentes de 1856-1857 no llegaron a crear un derecho del trabajo, no obstante que estuvieron cerca de hacerlo. A lo más que llegó esta Constitución fue a declarar la libertad de trabajo en el artículo 5o., y a apuntar la necesidad de que se expidiera una legislación reglamentaria que protegiera a los trabajadores, aunque sin ningún lineamiento específico, en el artículo 32.

Decía el texto originalmente propuesto como artículo 5o., cuya revisión en el Congreso Constituyente de 1916-1917 condujeron a la redacción del artículo 123:

Nadie puede ser obligado a prestar trabajos personales, sin la justa retribución y sin su pleno consentimiento. La Ley no puede autorizar ningún contrato que tenga por objeto la pérdida o el irrevocable sacrificio de la libertad del hombre, ya sea por causa de trabajo, de educación o de voto religioso. Tampoco puede autorizar convenios en que el hombre pacte su proscripción o destierro.

Por su parte, el artículo 32 consignó: “Se expedirán leyes para mejorar la condición de los mexicanos laboriosos, premiando a los que se distinguen en cualquier ciencia o arte, estimulando el trabajo y fundando colegios y escuelas prácticas de artes y oficios”.

<sup>16</sup> *Ibidem*, p. 1312.

<sup>17</sup> Pasajes citados por Buen, Néstor de, *op. cit.*, pp. 275 y ss.

Las llamadas Leyes de Reforma, expedidas entre 1859 y 1863, fueron de importancia fundamental en el desarrollo de la historia nacional, tanto desde el punto de vista estrictamente jurídico como en los órdenes político, económico y social; sin embargo, no tuvieron una repercusión inmediata en nuestra disciplina.

El 10 de abril de 1864, Maximiliano de Habsburgo aceptó la corona de México, sin embargo, una vez en el país se manifestó por ser de espíritu liberal y en ocasiones francamente adverso a quienes procuraron su arribo. Así, el 10 de abril de 1865 expidió el llamado Estatuto Provisional del Imperio Mexicano, que si bien careció de vigencia práctica y de validez jurídica, no por ello puede desconocerse que incluyó disposiciones vinculadas en mayor medida con las cuestiones laborales.

Concretamente, los artículos 69 y 70 textualmente señalaban:<sup>18</sup>

Artículo 69. A ninguno puede exigirse servicios gratuitos ni forzados, sino en los casos en que la ley disponga.

Artículo 70. Nadie puede obligar sus servicios personales, sino temporalmente, y para una empresa determinada. Los menores no lo pueden hacer sin la intervención de sus padres o curadores, o a falta de ellos, de la autoridad política.

Más claramente relacionada con el derecho del trabajo, se encuentra la llamada Ley sobre Trabajadores, expedida el 10 de noviembre de 1865, la cual se ostenta como reglamentaria de los artículos 58, 69 y 70 del Estatuto Orgánico del Imperio y entre cuyas disposiciones se encuentran la regulación de la jornada de trabajo, el descanso semanal, los días de descanso obligatorio, el trabajo de los menores, el pago en efectivo, el carácter personal de las deudas, el libre tránsito de los centros de trabajo, el establecimiento de escuelas a cargo de los patrones, el otorgamiento de habitaciones en las fincas a los trabajadores, el otorgamiento de asistencia médica en caso de enfermedad de un jornalero, la abolición de los castigos corporales, etcétera.

Puede afirmarse, sin embargo, que esta legislación es más avanzada desde el punto de vista social que la que estuvo vigente en los años posteriores a la caída del Imperio y hasta antes de la expedición de la Constitución de 1917; resulta claro que la legislación vigente durante el régimen del general Díaz no tuvo estos alcances.

A la caída del Imperio se restablece la República y con ella la Constitución de 1857 y las Leyes de Reforma que ya se han comentado. Se inicia

<sup>18</sup> Tena Ramírez, *op. cit.*, p. 679.

propiamente la etapa histórica en que se expiden los primeros códigos mexicanos, particularmente en materia civil, penal y de comercio.

De los anteriormente citados, el más importante para los efectos de los antecedentes del derecho mexicano del trabajo es el Código Civil de 1870. En este ordenamiento, bajo el título “Contratos de obra”, se reglamentaron seis diversos contratos: el servicio doméstico; el servicio por jornal; el contrato de obras a destajo o precio alzado; el contrato de portadores y alquiladores; el contrato de aprendizaje y el contrato de hospedaje.

Con un sentido más humanista, el legislador civil de 1870 no asimiló la forma del contrato de arrendamiento a las prestaciones de servicios, y sobre esto se dijo en la exposición de motivos de dicho Código:

Este contrato, que forma el capítulo tercero del título de Arrendamiento del Código francés, se llama comúnmente alquiler o locación de obras. Pero sea cual fuere la esfera social en el que el hombre se halle colocado, no puede ser comparado con los seres irracionales y menos aún con las cosas inanimadas, parece un atentado contra la dignidad humana llamar alquiler a la prestación de servicios personales. Más semejanza tiene con el mandato, porque en ambos contratos el mandante encarga a otro la ejecución de ciertos actos que no quiere o no puede ejecutar por sí mismo; porque en ambos se busca la aptitud. Esta será más intelectual en uno y más material en otro —pero en ambos impone una cualidad moral—; porque nadie puede prestar un servicio, sea el que fuere, sin emplear su libre voluntad y poner en ejecución alguna de las facultades peculiares del hombre. Por estas razones, la comisión no sólo separó el contrato de obras del de arrendamiento, sino que, considerándolo como cualquier otro pacto, lo colocó después del mandato, por los muchos puntos de semejanza que con él tiene.<sup>19</sup>

Sobre este mismo Código, Néstor de Buen lo califica como totalmente proteccionista del patrón, y al participar del sentido individualista y liberal de la época dejó más desprotegido al trabajador que como se encontraba en la vieja legislación española, particularmente la Novísima Recopilación, pues por ejemplo en materia de jornada, ésta señalaba algún límite, en tanto que aquél lo dejó totalmente a la libre voluntad de las partes, la cual, como ya se ha comentado, era nugatoria ante la ventaja económica del patrón frente a la necesidad del trabajador, quien se veía obligado a aceptar cualesquiera condiciones que el primero impusiera.

Por lo que se refiere a la legislación penal, el Código de 1871 tipificó como delito, en el artículo 925, la asociación de obreros para obtener mejo-

<sup>19</sup> Buen, Néstor de, *op. cit.*, p. 278.

res salarios y condiciones de trabajo. Decía dicho precepto: “Artículo 925. Se impondrán de ocho días a tres meses de arresto y multa de veinticinco a quinientos pesos, o una sola de estas dos penas, a los que formen tumulto o motín, o empleen de cualquier otro modo de violencia física o moral, con el objeto de hacer que suban o bajen los salarios o jornales de los operarios, o de impedir el libre ejercicio de la industria o trabajo”.

Bajo esta disposición, el principal instrumento de lucha de los trabajadores ante los patrones quedó reducido a la categoría de un delito.

En suma, los últimos treinta años del siglo XIX fueron de explotación para los trabajadores, tanto bajo el régimen de Benito Juárez como bajo el de Porfirio Díaz. Por otra parte, particularmente en las dos últimas décadas se inició la industrialización del país, sobre todo con un importante incremento a la inversión extranjera, con lo que aumentó considerablemente el número de trabajadores y se empezaron a suscitar los primeros conflictos, así como también se organizaron las primeras agrupaciones de trabajadores, aunque bajo la fórmula más genérica de asociaciones, pero que constituyen los antecedentes inmediatos de los sindicatos.

Néstor de Buen, apoyándose en varios autores, refiere que el primer organismo obrero de importancia fue el llamado Gran Círculo de Obreros, que se formó entre 1870 y 1872, el cual en 1874 publicó un proyecto de Reglamento General para Regir el Orden de Trabajo en las Fábricas Unidas del Valle de México, en lo que se estima sea, tal vez, el primer intento de contrato colectivo de trabajo en México, que nunca fue aplicado.<sup>20</sup> El mismo autor menciona como el conflicto más significativo de las dos últimas décadas del siglo XIX, la huelga de sombrereros de 1875, así como el movimiento de Pinos Altos de 1883, habiéndose reprimido violentamente este último.<sup>21</sup>

La primera década del siglo XX fue al mismo tiempo la última década del régimen de Porfirio Díaz, y los acontecimientos que en dicho lapso se produjeron constituyen, desde los puntos de vista jurídico, social y político, antecedentes inmediatos de la Revolución Mexicana de 1910.

Por lo que se refiere a los acontecimientos jurídicos, pueden mencionarse fundamentalmente la Ley de José Vicente Villada del 30 de abril de 1904 y que se refiere a los accidentes de trabajo. Según Mario de la Cueva,<sup>22</sup> esta Ley se inspiró en la Ley de Leopoldo II de Bélgica del 24 de diciembre de 1903, pero está muy abajo de ella. Este ordenamiento consignó la teoría del

<sup>20</sup> *Ibidem*, p. 284.

<sup>21</sup> *Ibidem*, p. 285.

<sup>22</sup> Cueva, Mario, *Derecho mexicano del trabajo, cit.*, pp. 95 y ss.

riesgo profesional; fijó las indemnizaciones que debían pagarse, las cuales eran sumamente bajas; estableció en favor de los trabajadores la presunción de que el accidente sería de trabajo, “...mientras no se pruebe lo contrario”; así como que estos beneficios serían irrenunciables, quedando únicamente excluidos los trabajadores que no cumplieran sus deberes y que “se entregaran a la embriaguez”. Esta ley rigió para el Estado de México; así como la Ley de Bernardo Reyes, la cual fue expedida en el estado de Nuevo León el 9 de noviembre de 1906, considerada por De la Cueva como más importante que la anterior, lo cual explica el adelanto industrial del estado, en especial de la ciudad de Monterrey.

En este ordenamiento se imponía al patrón la obligación de indemnizar a los trabajadores por los accidentes que sufrieran; dejaba a cargo del patrón la carga de demostrar la exculpante de responsabilidad, aun cuando se admitió la negligencia inexcusable o culpa grave del trabajador; preveía un procedimiento simplificado para resolver los conflictos derivados de la aplicación de la misma.

Las indemnizaciones eran muy superiores a las establecidas por la legislación del Estado de México, entre ellas el cincuenta por ciento de los salarios, hasta por dos años, en casos de incapacidad temporal total; de un porcentaje menor si la incapacidad era parcial; pago de gastos de funeral; pago de salario íntegro hasta por dos años en casos de incapacidad permanente y total.

Según De la Cueva, esta Ley se inspiró en la Ley francesa sobre Accidentes de Trabajo de 1899.

Por lo que se refiere a los acontecimientos de carácter social, los más conocidos son los sucedidos en las poblaciones de Cananea, Sonora, y en Río Blanco, Veracruz.

La huelga de Cananea, Sonora, ocurrió en junio de 1906, destacándose como los aspectos más importantes que los trabajadores solicitaban la determinación de una jornada de trabajo de ocho horas; el trato igual para los trabajadores mexicanos en relación con los extranjeros; la concesión de un salario mínimo, así como la destitución de algún trabajador de confianza de la empresa Cananea Consolidated Cooper Co. Por otra parte, las peticiones de los trabajadores fueron apoyadas a través de una manifestación, la cual fue reprimida por elementos de la empresa, y según se dice, con la intervención de fuerzas armadas extranjeras, provenientes del estado de Arizona en los Estados Unidos de América, lo que provocó muertos y heridos entre los trabajadores, principalmente.

Estos acontecimientos vienen a crear un ambiente de descontento e indignación en contra del régimen, que contribuyó a provocar años más tarde el movimiento revolucionario que finalmente derrocaría al general Díaz.

La huelga de Río Blanco, Veracruz, se produjo en enero de 1907 y fue la culminación de otros acontecimientos, entre los que destacan: la creación de una organización patronal en los estados de Puebla y Tlaxcala; la elaboración de un reglamento patronal, sumamente lesivo para los trabajadores; la declaración de una huelga en diciembre de 1906; el sometimiento del conflicto al presidente de la República, general Porfirio Díaz; la declaración de un paro patronal para evitar la solidaridad de otros trabajadores de la misma industria textil; el laudo pronunciado por el presidente de la República el 4 de enero de 1907, que resultó esencialmente favorable a las empresas; la negativa por actos de violencia por parte de éstos, que incluye el ataque a la tienda de raya, propiedad de un francés apellidado Garcin; finalmente, la represión por parte del ejército.

Respecto de los acontecimientos de orden estrictamente político, vinculados a los problemas laborales, destaca el Programa del Partido Liberal Mexicano, dirigido por Ricardo Flores Magón y lanzado el 1o. de julio de 1906.

En el Programa de referencia destaca la fijación de una jornada máxima de ocho horas; de un salario mínimo de un peso (\$1.00) para la generalidad del país; la reglamentación de algunas actividades especiales; la prohibición del empleo de los menores de catorce años; el otorgamiento de alojamientos higiénicos a los trabajadores, cuando la naturaleza del trabajo lo requiera; la determinación de la responsabilidad patronal en caso de accidentes de trabajo y el consecuente pago de indemnizaciones; algunas medidas de protección al salario, tales como la prohibición de imposición de multas o de practicar descuentos a los salarios, supresión de tiendas de raya y obligación de pago del salario en efectivo; limitación de la contratación de trabajadores extranjeros; respeto al principio de igualdad del salario, así como el establecimiento del descanso semanal obligatorio.

Como puede verse, los principios contenidos en el Programa citado fueron considerados en la redacción del artículo 123 constitucional, del cual se convierte en antecedente directo.

Evidentemente existen otros documentos políticos de importancia en esta época y que constituyen antecedentes directos de la Revolución de 1910; sin embargo, en la medida en que no contienen disposiciones o principios que representen antecedentes de carácter laboral, no se citan en estas líneas, considerando el objetivo específico de las mismas.

#### IV. DE LA REVOLUCIÓN A LA CONSTITUCIÓN DE 1917

Este periodo es el que transcurre desde la renuncia del general Porfirio Díaz plasmada en los convenios de Ciudad Juárez, Chihuahua, del 21 de mayo de 1911, a la expedición de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en 1917.

Durante ese lapso, los gobernadores de las entidades federativas expidieron diversos ordenamientos, la casi totalidad de ellos en ejercicio de facultades extraordinarias, en los cuales se plasman los aspectos laborales que los trabajadores estimaron entonces más importantes o más sensibles, como son: los aspectos de prevención y reparación de los riesgos de trabajo; las condiciones de seguridad e higiene; la limitación de la jornada de trabajo; los días de descanso semanal y la protección de las mujeres y menores trabajadores, entre otros.

Los ordenamientos laborales más importantes de este periodo son los siguientes: la Ley de Sirvientes de Chiapas del 14 de diciembre de 1912; la Ley del Descanso Dominical de San Luis Potosí del 13 de enero de 1913; la Nueva Ley del Descanso Dominical”, de San Luis Potosí, del 6 de mayo de 1913; la Ley sobre el Descanso Dominical de Puebla del 30 de enero de 1914; la Ley del Descanso Obligatorio de Jalisco del 2 de julio de 1914; la Ley sobre Descanso Semanal de Veracruz del 9 de octubre de 1914; la Ley de Cándido Aguilar del Estado de Veracruz del 29 de octubre de 1914; la Ley de Obreros de Chiapas del 31 de octubre de 1914; la Ley sobre Jornaleros y Arrendatarios del Campo de Zacatecas del 21 de noviembre de 1915; la Ley de Asociaciones Profesionales de Veracruz del 14 de diciembre de 1915; la Ley del Trabajo de Yucatán del 15 de diciembre de 1915; la Ley sobre Accidentes de Trabajo de Hidalgo del 25 de diciembre de 1915; la Ley del Trabajo de Jalisco del 10. de enero de 1916; Ley del Trabajo de Aguascalientes del 8 de febrero de 1916; la Ley sobre Asociaciones Profesionales de Veracruz del 8 de febrero de 1916; la Ley sobre Accidentes del Trabajo de Zacatecas del 24 de julio de 1916, y la Ley del Trabajo de Coahuila del 27 de octubre de 1916.<sup>23</sup>

Además de los ordenamientos mencionados, dentro de este periodo se formularon diversos proyectos y se expidieron numerosos decretos sobre temas específicos de carácter laboral que mayoritariamente reflejaban las inquietudes de la clase trabajadora, si bien también se puede mencionar en

<sup>23</sup> Pueden consultarse los textos íntegros de estos ordenamientos legales en la interesante obra de Felipe Remolina Roqueñi: “El artículo 123 constitucional”, editado por el Instituto Mexicano del Seguro Social, México, 2000.

el sentido opuesto el “Decreto con el que se castiga con la pena de muerte a los trabajadores huelguistas” del 1o. de agosto de 1916, firmado por Venustiano Carranza, en su carácter de primer jefe del ejército constitucionalista, encargado del Poder Ejecutivo de la nación, en ocasión de la suspensión de los trabajos decidida por los trabajadores electricistas, por considerar que se afectaban los servicios públicos y con ello a la sociedad, dejándola sin la satisfacción de necesidades imperiosas.

Los ordenamientos citados y aludidos constituyeron un conjunto de disposiciones dispersas, desordenadas, carentes de sistematización, además de que sólo abordaron la problemática laboral de manera incompleta. Sin embargo, en la medida en que reflejaron las inquietudes más sensibles de la clase trabajadora entonces incipiente en México, se convirtieron en auténticas fuentes reales o materiales de carácter jurídico de los posteriores ordenamientos laborales.

## V. LA CONSTITUCIÓN DE 1917

El 14 de septiembre de 1916, Venustiano Carranza convocó a elecciones de representantes a un Congreso Constituyente que determinara el contenido futuro de la Constitución, precisándose en su exposición de motivos que “...si bien la Constitución de mil ochocientos cincuenta y siete fijó el procedimiento para su reforma, esa norma no podía ser un obstáculo para que el pueblo «titular esencial y originario de la soberanía»”, según expresa el artículo 39 de la Constitución, “ejercitara el inalienable derecho de alterar o modificar la forma de gobierno”.<sup>24</sup> El 1o. de diciembre de 1916 se llevó a cabo la sesión inaugural del Congreso Constituyente en el Teatro Iturbide, actualmente Teatro de la República, de la ciudad de Querétaro, en la entidad federativa del mismo nombre.

Según refiere Mario de la Cueva:

...el proyecto de Constitución produjo una profunda decepción en la Asamblea, pues ninguna de las grandes reformas sociales quedó debidamente asegurada: el artículo 27 remitía la reforma agraria a la legislación ordinaria y la fracción X del artículo 73 se limitaba a autorizar al Poder Legislativo para regular la materia del trabajo. En el artículo quinto, los redactores del Proyecto agregaron un párrafo correlativo a la vieja Constitución, limitando a un año la obligatoriedad del contrato de trabajo.<sup>25</sup>

<sup>24</sup> Citado por Cueva, Mario de la, *El nuevo derecho mexicano del trabajo*, cit., t. I, p. 47.

<sup>25</sup> *Ibidem*, pp. 47 y 48.

En diciembre de 1916 las diputaciones de Veracruz y de Yucatán presentaron reformas al proyecto en las que propusieron algunas normas concretas en favor de los trabajadores, como el principio de la jornada máxima de ocho horas, el descanso semanal o hebdomadario, así como la prohibición del trabajo nocturno industrial de las mujeres y de los menores.

A partir de entonces, diversos diputados debatieron en las sesiones del Congreso Constituyente, algunos defendiendo las posiciones tradicionales y con ello el proyecto original, como Fernando Lizardi, quien fuera catedrático y director de la Facultad de Derecho de la UNAM; otros proponiendo reformas para incorporar expresamente los derechos laborales a la Constitución, como Héctor Victoria de Yucatán; Heriberto Jara de Veracruz; Froylán Manjarrez de Puebla, quien planteó que se dedicara un capítulo o título de la Constitución a las cuestiones de trabajo; Alfonso Cravioto de Hidalgo, quien propuso la idea del derecho constitucional del trabajo como los nuevos derechos de la persona obrera, paralelos a los viejos derechos del hombre.

Una vez que Carranza tuvo noticia del debate, encargó a José Natividad Macías, diputado por el estado de Guanajuato, que apoyara la adopción de un título especial sobre el trabajo, constituyéndose una comisión con Pastor Rouaix, entonces secretario de Fomento, el licenciado Lugo y el diputado Rafael de los Ríos del Distrito Federal, que formuló el anteproyecto que después de algunos cambios y ajustes se convirtió en el artículo 123, el cual fue aprobado el 23 de enero de 1917 por unanimidad de votos.

El texto original de este precepto comprendía treinta fracciones en las que se incluyeron casi todos los aspectos laborales, tanto individuales, colectivos y administrativos, como de seguridad social, específicamente la regulación sobre jornada máxima, jornada máxima nocturna, protección al trabajo de las mujeres y de los jóvenes mayores de doce y menores de dieciséis años, el descanso hebdomadario o semanal, el salario mínimo, algunos principios de protección al salario, la regulación de la jornada extraordinaria, la participación de utilidades, los derechos habitacionales de los trabajadores, la regulación de los riesgos de trabajo, las medidas de higiene y seguridad, el derecho de asociación sindical, el derecho de huelga, el establecimiento de las juntas de conciliación y arbitraje de integración tripartita como instancias jurisdiccionales del trabajo, la estabilidad en el empleo, los principios de irrenunciabilidad de derechos, la consideración como de utilidad social del establecimiento de cajas de seguros populares, de invalidez, de vida, de cesación involuntaria de trabajo, de accidentes y de otros con fines análogos, así como la consideración como de utilidad social de las sociedades

cooperativas para la construcción de casas baratas e higiénicas, destinadas a ser adquiridas en propiedad por los trabajadores en plazos determinados.

## VI. EL PERIODO DE 1917 A 1929

En el texto original del artículo 123 constitucional se otorgaron facultades legislativas tanto al Congreso de la Unión como a las legislaturas de las entidades federativas, lo cual, a decir de Mario de la Cueva resultó un acierto:

...en tanto todas las legislaturas de los estados expidieron en los años posteriores a 1918 las leyes correspondientes, el Congreso de la Unión no pudo legislar para el Distrito Federal y no porque hubieran faltado intentos ni proyectos, sino más bien, porque siempre intervinieron consideraciones de orden político. Por otra parte, en aquellos años se carecía de experiencia y se ignoraban las verdaderas condiciones de la República. Era pues, más sencillo y práctico encomendar a los Estados la expedición de las leyes, ya que era más fácil conocer las necesidades reales de cada región que las de todo el país”.<sup>26</sup>

Los estados de la República que primero reglamentaron el artículo 123 fueron Campeche, que expidió el Código del Trabajo el 21 de diciembre de 1917, y Veracruz con la Ley del Trabajo del 14 de enero de 1918. Posteriormente, el mismo estado de Campeche expidió la Ley del Trabajo del 30 de noviembre de 1924 y Veracruz expidió tres leyes más, una en 1921 en materia de participación de utilidades, y dos más en 1924 sobre riesgos profesionales. Entre 1918 y 1929, veinticinco entidades federativas expidieron leyes reglamentarias del artículo 123 constitucional, algunas en varias ocasiones o sobre diversos temas específicos. Además de Campeche y Veracruz, ya mencionados, expidieron leyes laborales en este periodo: el Estado de México en 1918; Sonora en 1918 tres veces y una más en 1919; Nayarit en 1918 en dos ocasiones y una en 1929; Yucatán en 1918 y en 1926; Sinaloa dos veces en 1920; Coahuila en 1920 y 1926; Guanajuato en 1921, 1922, dos en 1923 y dos en 1924; Michoacán en 1921; Puebla en 1921; San Luis Potosí en 1922, 1923, 1925 y 1926; Chihuahua, Durango y Querétaro en 1922; Jalisco en 1923; Nuevo León en dos ocasiones en 1924; Hidalgo dos leyes en 1925 y una en 1928; Tamaulipas en 1925; Oaxaca y Tabasco en 1926; Chiapas y Zacatecas en 1927, así como Aguascalientes en 1928.<sup>27</sup>

<sup>26</sup> Cueva, Mario de la, *Derecho mexicano del trabajo*, cit., p. 129.

<sup>27</sup> Cfr. Remolina Roqueñí, Felipe, *Evolución de las instituciones y del derecho del trabajo en Mé-*

Según comenta Mario de la Cueva, principalmente las leyes laborales expedidas por el estado de Veracruz en 1918 y 1924, así como en menor medida las leyes de Yucatán de 1918 y 1926, “...fueron el modelo de todas las leyes posteriores y sirvieron de antecedente a la actual Ley Federal del Trabajo” (entonces se refería a la de 1931).<sup>28</sup> Dichos ordenamientos se ocuparon del contrato individual de trabajo, del ámbito de aplicación personal, del salario, de la participación de utilidades, de los contratos especiales, del trabajo de las mujeres y de los menores, de la asociación sindical, del contrato colectivo de trabajo, del derecho de huelga, de los derechos y restricciones para los trabajadores extranjeros, de los riesgos profesionales, así como de las autoridades del trabajo, principalmente las jurisdiccionales, por medio de las juntas de conciliación y arbitraje.

Dentro de este periodo es importante destacar la creación de la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje por medio de un decreto del Ejecutivo Federal del 17 de septiembre de 1927, por lo que esta autoridad está cumpliendo su aniversario septuagésimo quinto. La principal razón para la creación de esta autoridad jurisdiccional consistió en la multiplicación de conflictos colectivos en algunas ramas industriales de jurisdicción federal, como la petrolera, la textil, la minera y los ferrocarriles, entre otros, cuya atención excedía las facultades de las autoridades de las entidades federativas.

La creación de la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje generó serias dudas desde el punto de vista constitucional, lo que más tarde se resolvería con las reformas que federalizaron la legislación del trabajo.

## VII. LA FEDERALIZACIÓN DE LA LEGISLACIÓN LABORAL Y LA LEY FEDERAL DEL TRABAJO DE 1931

La problemática de los conflictos colectivos en las industrias de jurisdicción federal, así como la necesidad de uniformar la legislación para toda la República, propició que el 6 de septiembre de 1929 se publicara la reforma constitucional a los artículos 73, fracción X, y 123 en su párrafo introductorio. Desde entonces corresponde al Congreso de la Unión expedir la legislación reglamentaria en materia laboral, con lo cual quedó derogada la legislación que habían expedido las legislaturas de las entidades federativas, pero se dividió la aplicación de la ley entre las autoridades federales y las locales.

*xico*, México, Junta Federal de Conciliación y Arbitraje, Secretaría del Trabajo y Previsión Social, 1976, pp. 43 y 55.

<sup>28</sup> Cueva, Mario de la, *Derecho mexicano del trabajo*, cit., t. I, pp. 129 y ss.

El principio que se derivó de estas reformas consistió en otorgar la competencia general a las autoridades de las entidades federativas, con la salvedad de las materias o ramas industriales que la fracción X del artículo 73 constitucional reservó para las autoridades federales, lo que posteriormente se estableció en la actual fracción XXXI del artículo 123, apartado A.

Después de las reformas constitucionales de 1929 transcurrieron casi dos años para que se expidiera la primera Ley Federal del Trabajo, lo cual ocurrió el 18 de agosto de 1931. En ese lapso se elaboraron dos proyectos, que se conocieron entre los estudiosos de la materia como “Proyecto Portes Gil” y “Proyecto de la Secretaría de Industria, Comercio y Trabajo”, el último de los cuales fue obra principalmente del licenciado Eduardo Suárez, mismo que después de ser aprobado por el presidente de la República, el ingeniero Pascual Ortiz Rubio, fue enviado al Congreso de la Unión, resultando aprobado con algunas modificaciones a principios de agosto de 1931.

La Ley Federal del Trabajo de 1931 reguló prácticamente todos los aspectos principales del derecho del trabajo: los individuales, los colectivos, los administrativos y los procesales. Concretamente se ocupó del ámbito de aplicación de la Ley, de la exclusión de las relaciones entre el Estado y sus servidores, de los sujetos de las relaciones de trabajo, de las fuentes supletorias, del contrato individual de trabajo, del contrato colectivo de trabajo, de las horas de trabajo, de los descansos legales, del salario, del salario mínimo, del reglamento interior de trabajo, del trabajo de las mujeres, de las obligaciones de los patrones y de los trabajadores, de la modificación, suspensión, rescisión y terminación de los contratos de trabajo, de algunos trabajos especiales, del contrato de aprendizaje, de los sindicatos, de las coaliciones, de las huelgas y paros, de los riesgos profesionales, de las prescripciones, de las autoridades del trabajo, tanto administrativas como jurisdiccionales, de los aspectos procesales ante las juntas de conciliación y ante las juntas de conciliación y arbitraje, así como de las responsabilidades y sanciones.

## VIII. EL PERIODO DE 1931 A 1970

Las casi cuatro décadas que transcurren entre la expedición de la primera Ley Federal del Trabajo y la que aún se mantiene vigente es de particular importancia para el derecho mexicano del trabajo, ya que en ese lapso el país experimenta un considerable desarrollo económico; con ello se consolida la industrialización y por tanto México deja de ser un país preponderantemente rústico para pasar a ser principalmente urbano. La clase trabajadora adquiere mayor relevancia, el número de trabajadores aumen-

ta, se multiplica el número de organizaciones sindicales, así como de convenciones colectivas de trabajo.

A nivel constitucional, las reformas más importantes al artículo 123 se produjeron el 5 de diciembre de 1960 y el 21 de noviembre de 1962, con la adición del apartado B, que reconoció la naturaleza laboral de las relaciones entre el Estado federal con los servidores públicos, mediante lo que sería una auténtica declaración de derechos sociales de los trabajadores al servicio del Estado; se modificó la fracción III del propio artículo 123 para aumentar la edad mínima para laborar de 12 a 14 años; se reformó la fracción VI para regular con criterios económicos más realistas las normas sobre el salario mínimo, creándose la Comisión Nacional de los Salarios Mínimos y las Comisiones Regionales de los Salarios Mínimos; se modificó también la fracción IX para establecer una normatividad más operativa en materia del derecho de los trabajadores a participar de las utilidades de las empresas; se modificó también la fracción XXII para impedir que la obligación de reinstalar pudiera ser sustituida por el pago de una indemnización.

Desde el punto de vista legal, las principales reformas y adiciones que experimentó la ley laboral de 1931 consistieron en precisar que el día de descanso semanal por cada seis de trabajo debía ser remunerado (1935); que la libertad sindical frente al Estado incluye la posibilidad de intervenir en política, por lo que se suprimió la restricción que al respecto establecía el texto original de la Ley (1940); el reconocimiento de la calidad de trabajadores de los pilotos aviadores, aunque sujetos a las modalidades consignadas en un capítulo específico de los trabajos especiales (1959); consecuente a las reformas constitucionales al artículo 123, la Ley Federal del Trabajo aumentó la edad mínima para laborar de 12 a 14 años (1962), precisó los casos en los que el patrón podía negarse a reinstalar a los trabajadores mediante el pago de una indemnización, reguló la integración y funcionamiento de la Comisión Nacional de los Salarios Mínimos, y de las Comisiones Regionales de los Salarios Mínimos, así como también reguló los aspectos operativos y orgánicos en materia de reparto de utilidades, ocupándose de la integración y funcionamiento de la Comisión Nacional para la Participación de los Trabajadores en las Utilidades de las Empresas (1962).

En este mismo periodo cabe destacar la expedición en enero de 1943 de la primera Ley del Seguro Social, con la cual se reglamenta la fracción XXIX del artículo 123 constitucional, la cual establece principalmente los ramos de aseguramiento en materia de riesgos de trabajo, enfermedades y maternidad, así como invalidez, vejez, cesantía en edad avanzada y muerte.

En lo social, en este periodo surgen algunos de los grandes sindicatos nacionales de industria, como el ferrocarrilero, el petrolero, los electricistas,

entre otros, así como los principales contratos colectivos de trabajo, como los que rigen en las propias actividades e industrias ya mencionadas: los ferrocarriles, la industria eléctrica, la minera, la petrolera, la seguridad social, entre otras, así como los contratos-ley para diversas subramas de la industria textil, la azucarera y la hulera.

No obstante lo anterior, desde las reformas constitucionales de 1960 y 1962, y las legales también de 1962, las principales organizaciones de trabajadores planteaban al gobierno federal la conveniencia de expedir una nueva Ley Federal del Trabajo que permitiera generalizar a la clase trabajadora los beneficios más significativos que los grandes sindicatos habían logrado en sus contratos colectivos de trabajo.

### IX. LA LEY FEDERAL DEL TRABAJO DE 1970

El proceso de elaboración de la Ley laboral de 1970, al decir de Mario de la Cueva, quien fue su principal autor intelectual, "...configuró un proceso democrático de estudio y preparación de una ley social, un precedente de la mayor trascendencia para el ejercicio futuro de la función legislativa". Alude a que para su redacción se llevó a cabo una auténtica

...consulta y discusión públicas con las fuerzas activas de la vida nacional, trabajadores, patronos y sindicatos, escuelas de derecho e institutos jurídicos y económicos, autoridades del trabajo y, en general, con los representantes de los intereses nacionales, constituyen una auténtica consulta y un debate con el pueblo, un procedimiento que de continuarse en ocasión de otras leyes, producirá una legislación cada vez más próxima a la conciencia del pueblo, titular único de la soberanía y de todos los poderes públicos.<sup>29</sup>

Relata De la Cueva cómo desde 1960 el presidente de la República Adolfo López Mateos designó una comisión para que preparara un anteproyecto de Ley Federal del Trabajo, la que se integró con el licenciado Salomón González Blanco, entonces secretario del Trabajo y Previsión Social, con los entonces presidentes de las juntas de Conciliación y Arbitraje, Federal y Local del Distrito Federal, licenciados María Cristina Salmorán de Tamayo y Ramiro Lozano, respectivamente, así como el propio Mario de la Cueva. De esos trabajos resultaron las reformas y adiciones constitucionales y legales de 1960 y 1962 que ya se han comentado. En 1967, el entonces presidente de la República, Gustavo Díaz Ordaz, designó una segunda co-

<sup>29</sup> Cueva, Mario de la, *El nuevo derecho mexicano del trabajo*, cit., t. I, pp. 55 y ss.

misión con los mismos integrantes, agregando al licenciado Alfonso López Aparicio, quien era profesor de la Facultad de Derecho de la UNAM, para elaborar un nuevo proyecto, el cual concluyeron en los primeros días de 1968, sometiéndose en calidad de anteproyecto a todos los sectores interesados para que expresaran su opinión. Al final de ese año el presidente de la República elevó el documento a la calidad de iniciativa de nueva Ley Federal del Trabajo, presentándola ante la Cámara de Diputados. A partir de entonces se llevaron a cabo numerosas discusiones ante las comisiones unidas de diputados y senadores, “un segundo proceso democrático para la elaboración de las leyes” le llamó Mario de la Cueva,<sup>30</sup> en el que participaron los integrantes de la Comisión, aprobándose finalmente con algunas modificaciones que no afectaron los principios, normas e instituciones fundamentales contenidas en el documento original.

La Ley Federal del Trabajo se publicó en el *Diario Oficial* del 10. de abril y entró en vigor el 10. de mayo de 1970 en lo general, con excepción de algunos preceptos que por la naturaleza de su contenido y por razones prácticas, entraron en vigor algunos meses después, abrogándose la Ley Federal del Trabajo de 18 de agosto de 1931, con las modalidades antes referidas.

El contenido de la Ley Federal del Trabajo de 1970 comprende toda la temática laboral y aun algunas cuestiones que corresponden a la previsión social. Concretamente, la ley laboral se ocupa de los principios generales del ámbito de aplicación, de los principios fundamentales como la libertad de trabajo, la igualdad laboral, la irrenunciabilidad de derechos, la preferencia para los trabajadores mexicanos respecto de los extranjeros, los conceptos de trabajador, patrón, representante del patrón, intermediario, empresa, establecimiento, fuentes del derecho del trabajo, criterios de supletoriedad, criterio de interpretación; regula las relaciones individuales de trabajo en cuanto a sus caracteres, su temporalidad, los casos de suspensión, de rescisión y de terminación; las condiciones de trabajo, concretamente: jornada, días de descanso, vacaciones, salario, salario mínimo, normas de protección al salario, participación de los trabajadores en las utilidades de las empresas; los derechos y obligaciones de los trabajadores y de los patrones; los trabajos especiales que se ocuparon originalmente de catorce actividades específicas; las relaciones colectivas de trabajo que comprenden las normas en materia de coaliciones, sindicatos, federaciones, confederaciones, contrato colectivo de trabajo, contrato-ley, reglamento interior de trabajo, conflictos colectivos, así como la reglamentación del derecho de huelga; la reglamentación sobre las autoridades del trabajo, la que comprende las administrativas, las

<sup>30</sup> *Ibidem*, p. 58.

jurisdiccionales, así como las que coadyuvan a la integración y modificación de las determinaciones en materia de salarios mínimos y participación de utilidades; así como las normas, principios e instituciones del derecho procesal del trabajo.

Adicionalmente, como se comentó, la ley laboral incluye instituciones y principios de previsión social como: el trabajo de las mujeres y de los menores, las normas de seguridad e higiene; de capacitación; de riesgos de trabajo, y los derechos habitacionales de los trabajadores.

## X. EL PERIODO DE 1970 A 2012

A casi cuarenta y tres años de su expedición, la Ley Federal del Trabajo de 1970 continúa vigente. En esas cuatro décadas el país ha experimentado importantes cambios políticos, sociales, económicos y jurídicos, en ese orden, los cuales se influyen entre sí.

Los cambios políticos que gradualmente se vinieron suscitando presentaron varios momentos importantes, dos de ellos en 2000, primero el 2 de julio, cuando el electorado mexicano decidió concluir siete décadas de gobierno del Partido Revolucionario Institucional y sus antecesores, y después el 1o. de diciembre, cuando asume el Poder Ejecutivo Federal un presidente de la República de otro partido político, Vicente Fox Quesada, generando un cambio también en la relación del gobierno federal con las principales organizaciones sindicales, la mayoría de las cuales formaban aún parte del partido político saliente.

Los efectos se manifestaron en el sentido de que las propuestas de reformas a la legislación laboral promovidas por el gobierno federal, concretamente por el Poder Ejecutivo, encontraron durante ese sexenio y la casi totalidad del siguiente (ya el que el Partido Acción Nacional volvió a ganar las elecciones presidenciales con Felipe Calderón Hinojosa en 2006, aunque no la mayoría absoluta en los órganos del Poder Legislativo federal), una resistencia de las organizaciones sindicales antes aludidas para aceptarlas, considerando que afectaban los derechos de los trabajadores...

En el aspecto socioeconómico, las últimas tres décadas del siglo XX se caracterizaron por una gradual pérdida del poder adquisitivo de los trabajadores, producto primero de una elevada tasa de inflación entre 1970 y 1990 y posteriormente de una política de modestos incrementos a los salarios mínimos, lo que influyó también en los salarios y prestaciones contractuales. Paralelamente, el fenómeno de la globalización y la apertura comercial, que se agudizó desde 1994 al entrar en vigor el Tratado de Libre Comercio de

América del Norte (TLCAN), propició una pérdida relativa de competitividad, con ello el cierre de muchas empresas y un incremento importante en los niveles de desempleo.

A partir de diciembre de 1987, tras varios años de índices inflacionarios muy elevados, incluso de más del ciento cincuenta por ciento (150%) anual, el gobierno federal convocó a los sectores productivos por conducto de sus organizaciones más representativas: Congreso del Trabajo por los trabajadores; Confederación Nacional Campesina (CNC) por los campesinos; Confederación Nacional de Cámaras Industriales (Concamin) por los industriales; Confederación Nacional de Cámaras de Comercio (Concanaco) por los comerciantes, principalmente, a suscribir un Pacto de Solidaridad Económica (PSE) que procuró ordenar la economía de manera concertada, coordinando los incrementos de los salarios mínimos y contractuales, de los precios y de las tarifas de bienes y servicios. Después de dicho pacto se sucedieron otros similares en los años siguientes, como el Pacto para la Estabilidad y Crecimiento Económico (PECE) de diciembre de 1988; el Pacto para la Estabilidad, la Competitividad y el Empleo de octubre de 1993; el Pacto para el Bienestar, la Estabilidad y el Crecimiento (PABEC) de septiembre de 1994; la Alianza para la Recuperación Económica de diciembre de 1995; la Alianza para el Crecimiento de octubre de 1996, y otros más, los cuales en términos generales lograron controlar relativamente la economía, si bien la evolución salarial fue siempre menor que la inflación, propiciando una pérdida gradual del poder adquisitivo de los ingresos de los trabajadores, situación que subsiste hasta la actualidad.

En el escenario sindical aparecieron nuevas federaciones y confederaciones al lado de las tradicionales Confederación de Trabajadores de México (CTM), Confederación Revolucionaria de Obreros y Campesinos (CROC) y Confederación Revolucionaria Obrero Mexicana (CROM), tales como la Federación de Sindicatos de Empresas de Bienes y Servicios (Fesebes) y la Unión Nacional de Trabajadores (UNT), cuyos puntos de vista necesariamente serían tomados en cuenta.

Desde el punto de vista jurídico, hasta antes de la reforma publicada el 30 de noviembre de 2012, que por su importancia requiere un análisis por separado, la Ley Federal del Trabajo y el ámbito laboral en general experimentaron algunas reformas de importancia relativa. Sin llevar a cabo un análisis exhaustivo de las referidas modificaciones legales, las más significativas fueron las que a continuación se comentan.

En 1972 se reformaron y adicionaron los artículos 97, 110, 136 a 151 y 782 en materia de “Habitaciones para los trabajadores”, creándose un sistema nuevo con base en la formación de un fondo solidario del cual se aplican

recursos para financiar viviendas y otorgar créditos a los trabajadores para que resuelvan su problema habitacional, previéndose en algunos supuestos la entrega del saldo de los depósitos a los propios trabajadores o a sus beneficiarios. Complementariamente se expide la Ley del Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores (Infonavit).

También en 1972 se adicionan las leyes del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado (ISSSTE) y del Instituto de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas Mexicanas (ISSFAM) para crear fondos de la vivienda similares al administrado por el Infonavit, uno para los trabajadores al servicio del Estado federal (FOVISSSTE) y otro para los miembros de las fuerzas armadas o Fondo de la Vivienda Militar (FOVIMI).

En enero de 1974 se reforma y adiciona la Ley Federal del Trabajo en sus artículos 90, 97, 103 bis, 110 y 132, en materia de protección al salario, propiciándose la creación del Fondo de Fomento y Garantía al Consumo de los Trabajadores (Fonacot), que otorga créditos a los trabajadores para la adquisición de bienes y el pago de servicios.

En septiembre de 1974 se adicionan los artículos 399 bis, 419 bis y la fracción VII del artículo 450 de la Ley laboral; se reforman los artículos 561, fracciones VI y VII, 570, 571, fracciones I y II, y 578, fracciones II y V, que entraron en vigor hasta mayo los primeros tres y hasta enero de 1975 los últimos cuatro, para establecer una periodicidad anual para la revisión de los salarios contractuales y para la modificación de los salarios mínimos, respectivamente.

En diciembre de 1974, febrero y diciembre de 1975 y mayo de 1976 se publicaron diversas reformas relacionadas con la organización de algunas autoridades del trabajo, particularmente se precisó la posibilidad de la creación de juntas especiales dotadas de plena jurisdicción, con excepción de lo relativo a conflictos colectivos, ubicadas en localidades distintas de la principal sede de la Junta de Conciliación y Arbitraje a la que pertenecieran, determinándoseles una competencia territorial específica, lo que permitió a partir de entonces una auténtica desconcentración territorial de la justicia laboral; se modificaron algunos aspectos relacionados con los derechos de preferencia, antigüedad y ascenso; con la federalización de algunas ramas de la industria; con la precisión del derecho al aguinaldo proporcional, lo que dejó sin efectos un criterio de jurisprudencia sostenido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación que limitaba el derecho al aguinaldo proporcional sólo a los trabajadores que no habiendo laborado el año completo, estuvieren trabajando en la fecha de pago del aguinaldo en el mes de diciembre de cada año; con los derechos de las concubinas como beneficiarias, suprimiendo la disposición que establecía que ante la concurrencia de

varias interesadas en argumentar esa calidad, ninguna tendría derecho; así como con aspectos de terminología y ajustes de congruencia derivados de otras reformas anteriores.

En diciembre de 1977 se publicó la adición a la Ley Federal del Trabajo de un capítulo de trabajo especial relativo a los médicos residentes, reconociendo a dichas personas la doble calidad de estudiantes de posgrado en una especialidad de la medicina y de trabajadores.

En enero de 1978 se publicaron reformas tanto al artículo 123, apartado A, fracciones XII, XIII y XXXI, en materia de capacitación y adiestramiento y de federalización de algunas ramas de la industria, como a la ley laboral respecto de dichos temas.

El 1o. de mayo de 1980 entraron en vigor las reformas y adiciones al derecho procesal del trabajo, que modificaron radicalmente esta temática, incorporando principios de apoyo compensatorio a los trabajadores en su calidad de parte en los procedimientos laborales, entre los que destacan la determinación general de la carga de la prueba a los patrones, la suplencia de la deficiencia de la demanda a favor de los trabajadores, la concentración de las etapas procesales de conciliación, demanda, excepciones, ofrecimiento y admisión de pruebas en una sola audiencia en el procedimiento ordinario, entre otras.

En octubre de 1980 se adicionó otro capítulo a los trabajos especiales para normar las relaciones de trabajo en las universidades e instituciones de educación superior públicas y autónomas, dentro del contexto de la aplicación general del artículo 123, apartado A, de la Constitución y su reglamentaria Ley Federal del Trabajo, con lo que culminó una década de controversias respecto de la situación jurídico-laboral de dichas instituciones.

En octubre y diciembre de 1982 se adicionó un artículo 13 transitorio y se reformaron y adicionaron los artículos 570, 571 y 573 de la Ley laboral, para normar los incrementos extraordinarios a los salarios mínimos, ya que hasta entonces dichos incrementos se habían llevado a cabo considerándolos como “incrementos de emergencia”.

En diciembre de 1983 y en enero de 1986 se publicaron reformas sobre algunos aspectos relativos al fondo de ahorro habitacional previsto en el artículo 141 de la Ley Federal del Trabajo, a efecto de evitar el riesgo de descapitalización del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores.

En diciembre de 1986 se publicó la reforma a la fracción VI del apartado A del artículo 123 constitucional en materia de salarios mínimos, incorporando el concepto de “áreas geográficas” en vez del anterior de “zonas económicas”, sustituyendo la expresión “actividades industriales y comerciales” por “actividades económicas”, así como determinando que

los salarios mínimos se fijarán sólo por la Comisión Nacional de los Salarios Mínimos, suprimiendo el señalamiento de que se fijaban por comisiones regionales que luego lo sometían a la aprobación de la Comisión Nacional, ya que tal procedimiento de dos instancias complicaba operativamente los incrementos respectivos.

En diciembre de 1987 se adicionó el artículo 74 de la ley laboral para agregar como día de descanso el relativo a las jornadas electorales federales y locales.

En enero de 1988 se publicaron las reformas a los artículos 15, 42, 91 a 96, 144, 322, 324, 330, 335, 336, 345, 486, 523, 553, 557, 561 a 571, 573, 574, 676, 679, 680, 681 y 1004; asimismo, se adicionó el artículo 682-A, se derogó el artículo 572 y se modificaron las denominaciones de los capítulos VII y VIII del título once y del capítulo II del título trece de la Ley Federal del Trabajo, relacionados con algunos cambios terminológicos y de procedimiento derivados de las reformas constitucionales relacionadas con las autoridades competentes en materia de salarios mínimos, concretamente el cambio del concepto de zona económica por área geográfica, así como la supresión de las antiguas Comisiones Regionales de los Salarios Mínimos con facultades para emitir resoluciones de primera instancia en esta materia, por Comisiones Consultivas, con lo cual, como ya se dijo, la Comisión Nacional de los Salarios Mínimos se constituyó como la única autoridad con facultades para fijar los salarios mínimos.

En 1992 se reformó la Ley del INFONAVIT y se adicionaron la Ley del Seguro Social y la Ley del ISSSTE para crear el Sistema del Ahorro para el Retiro (SAR), formado por la subcuenta de vivienda proveniente de la cuenta de ahorro habitacional prevista desde su origen por la Ley del INFONAVIT, así como por la subcuenta de retiro, adicionada como un quinto seguro dentro del régimen obligatorio en la Ley del Seguro Social. La primera continuó integrada con aportaciones patronales equivalentes al cinco por ciento del salario de cada trabajador, y la segunda por aportaciones patronales equivalentes al dos por ciento del salario de cada trabajador. En ambos casos, el trabajador o sus beneficiarios tenían derecho a la entrega del saldo acumulado de los depósitos constituidos, más sus rendimientos, en los casos previstos por la ley respectiva. Paralelamente se constituyó un seguro de retiro similar para los trabajadores al servicio del Estado, incorporando su regulación en la Ley del ISSSTE.

En julio de 1994 se expidió la Ley para la Coordinación de los Sistemas de Ahorro para el Retiro, refiriéndose tanto al regulado por la Ley del Seguro Social como al previsto por la Ley del ISSSTE.

En diciembre de 1995 se publicó la nueva Ley del Seguro Social, que entró en vigor el 1o. de julio de 1997, cuya principal novedad consistió, en relación con el seguro de retiro, cesantía en edad avanzada y vejez, en sustituir el sistema de reparto solidario por un sistema de ahorro y de capitalización individual, basado en la constitución de cuentas individuales asignadas a favor de cada trabajador y cuyos fondos serían administrados por entidades privadas especializadas denominadas, administradoras de fondos para el retiro, conocidas coloquialmente como Afores.<sup>31</sup>

En mayo de 1996 se expidió una nueva Ley de los Sistemas del Ahorro para el Retiro que sustituyó a la anterior de la misma temática de 1994. En dichas legislaciones se reordenaron algunos ramos de aseguramiento, creándose el seguro de retiro, cesantía en edad avanzada y vejez (SRCV) como una subcuenta del sistema del ahorro para el retiro, cuyos recursos, provenientes ahora de aportaciones patronales del dos por ciento del salario y de cuotas tripartitas equivalentes al cuatro y medio por ciento (4.5%) del propio salario base de cotización de los trabajadores, más una cuota social del gobierno federal, serán aplicadas conjuntamente con los recursos de la subcuenta de vivienda, según las reformas de enero de 1997 a la Ley del INFONAVIT, al financiamiento de las pensiones de retiro de sus respectivos titulares, o bien a la entrega de los saldos si el trabajador, al alcanzar sesenta años de edad, no reúne los requisitos de semanas de cotización para generar derecho a una pensión, o bien no fue sujeto de un crédito habitacional respecto de los recursos de la subcuenta de vivienda, si bien cabe señalar que estas disposiciones fueron posteriormente declaradas inconstitucionales por la Suprema Corte de Justicia de la Nación. En este nuevo sistema de pensiones de retiro, la legislación incorpora, entre otras entidades, como ya se dijo, a las administradoras de fondos de retiro (Afores), así como a las sociedades de inversión especializadas en fondos de retiro (Siefores), reguladas por una autoridad denominada Comisión Nacional del Sistema del Ahorro para el Retiro (CONSAR), órgano desconcentrado de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

En enero de 1998 se publicaron reformas a los artículos 189, 216 y 612, fracción I, derivadas de las reformas constitucionales de marzo de 1997 en materia de nacionalidad, para precisar respecto de los trabajadores de los buques, de los trabajadores aeronáuticos y del presidente de la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje como requisito: “ser mexicano por nacimiento que no adquiriera otra nacionalidad y estar en pleno goce y ejercicio de sus derechos civiles y políticos”.

<sup>31</sup> Puede consultarse al respecto nuestro trabajo *Los regímenes de seguridad social en México*, México, Porrúa, p. 102.

En el siglo XXI, y durante los dos sexenios en los que el Partido Acción Nacional obtuvo la Presidencia de la República, se presentaron varios intentos de reformar la legislación laboral e incluso de proponer una nueva Ley Federal del Trabajo, habiéndose elaborado varios proyectos al respecto, tanto por parte del Poder Ejecutivo Federal como de los partidos políticos, e incluso de algunos legisladores; sin embargo, la resistencia en diversas formas de las organizaciones sindicales lo impidieron precisamente hasta 2012, después del triunfo electoral en julio de ese año del Partido Revolucionario Institucional, que finalizó la era de los gobiernos surgidos de candidatos del Partido Acción Nacional.

En el propio siglo XXI, antes de la gran reforma de 2012, identificamos sólo dos reformas a la Ley Federal del Trabajo: la que se publica en enero de 2006 que modificó el artículo 74 para establecer que los días de descanso obligatorio formalmente dedicados a conmemorar los aniversarios de las Constituciones de 1857 y de 1917, el natalicio de don Benito Juárez y el inicio de la Revolución Mexicana de 1910, se disfrutarían el primer lunes del mes de febrero, el tercer lunes del mes de marzo y el tercer lunes del mes de noviembre, respectivamente, a efecto de reactivar la economía, en especial el turismo interno, prolongando el descanso de los trabajadores en esos tres fines de semana. La reforma no estuvo exenta de cierto contenido ideológico propiciado por la corriente política entonces preponderante, aunque desnaturalizando el sentido original que tuvo el legislador de 1970 en relación con las referidas fechas.

El 9 de abril de 2012 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el decreto por el que se reformaron diversas leyes federales, con el objeto de actualizar todos aquellos artículos que hacían referencia a las secretarías de Estado cuya denominación fue modificada y al gobierno del Distrito Federal en lo conducente, así como para eliminar la mención de los departamentos administrativos que ya no tienen vigencia, en el que se incluyeron a la Ley Federal del Trabajo en relación con 27 artículos, así como a la Ley de los Sistemas de Ahorro para el Retiro, la Ley del Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores (Infonavit), la Ley del Seguro Social y la Ley Reglamentaria de la Fracción XIII bis del Apartado B del artículo 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, conocida coloquialmente como “Ley del Trabajo Bancaria”, que como la propia denominación del decreto lo sugiere, no llevó a cabo modificaciones de fondo, sino sólo de nomenclatura administrativa.

Finalmente, el 30 de noviembre de 2012 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el decreto por el que reforman, adicionan y derogan diversas

disposiciones de la Ley Federal del Trabajo, conocida coloquialmente como la “reforma laboral de 2012”.

## XI. LA REFORMA LABORAL DE 2012

La “reforma laboral de 2012” comprende propiamente, como lo indica la denominación del decreto respectivo, reformas, adiciones y derogaciones que afectaron preceptos que se ocupan de los principios generales del derecho del trabajo, del derecho individual del trabajo, del derecho colectivo del trabajo, del derecho administrativo del trabajo, del derecho procesal del trabajo y de las normas de previsión social.

Pretender un análisis exhaustivo de esta reforma excedería los propósitos de este trabajo, por lo que se comentarán algunas de las más relevantes en relación con las diversas partes en las que la doctrina ha dividido al derecho mexicano del trabajo para su estudio sistematizado.

Es pertinente, sin embargo, a manera de consideración preliminar, señalar que el 1o. de septiembre de 2012, fecha de inicio del primer periodo de sesiones del Congreso de la Unión recién electo en julio del mismo año, el presidente de la República Felipe Calderón Hinojosa presentó al Poder Legislativo federal como “iniciativa preferente”, figura creada unas semanas antes mediante una reforma constitucional, un proyecto conteniendo precisamente propuestas de reformas, adiciones y derogaciones a la Ley Federal del Trabajo, cuyos objetivos, al menos teóricos, se señalan en el sentido de propiciar la creación de un mayor número de puestos de trabajo, al establecerse nuevas formas de contratación eventual y reducir el costo procesal de los despidos injustificados.

En opinión de quien esto escribe, el texto de la referida iniciativa era evidentemente de tendencia patronal, sin perjuicio de que entre las propuestas específicas, algunas, las menos, representaban sin duda algún beneficio nuevo o mejor para la clase trabajadora del país. Sin embargo, en el curso de los debates legislativos ocurridos en el seno tanto de la Cámara de Diputados como de la de Senadores, se incorporaron algunos ajustes que disminuyeron esa tendencia original, al extremo de que en algunos temas, como el de la subcontratación, puede afirmarse que el texto definitivo resultó menos favorable para los patrones que el que estaba vigente desde 1970 con anterioridad a la reforma que se comenta.

Así, en el ámbito de los principios generales destaca la incorporación expresa de la declaración de que las normas de trabajo tienden a conseguir el equilibrio entre los factores de la producción y la justicia social, así como

propiciar el trabajo decente en todas las relaciones laborales, precisando el concepto del “trabajo decente”, expresión elaborada por la Organización Internacional del Trabajo (OIT), como “...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, condición 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”, como se indica en el artículo 2o. ya reformado, advirtiéndose una clara orientación a superar la idea de la “lucha de clases” propuesta por el marxismo del siglo XIX, sustituyéndola por la de “comprensión mutua de necesidades y cooperación técnica de esfuerzos”, lo cual no deja de implicar la intención de propiciar una reorientación ideológica en la legislación laboral nacional. En la misma orientación se ubica la incorporación en diversos pasajes de la reforma de las ideas de la “productividad” y de la “competitividad”.

En el ámbito del derecho individual del trabajo destaca la adición de diversos preceptos que al reconocer expresamente la figura de la “subcontratación”, la regulan de forma tal que, como ya se dijo, el texto definitivo resulta menos favorable para las empresas respecto de cómo estaba normado en el texto original de la ley laboral. También han causado gran inquietud las modificaciones relacionadas con nuevas formas de contratación eventual, como el “contrato a prueba” y el de “capacitación inicial”, que permitirán la disminución de las relaciones laborales por tiempo indeterminado, afectando con ello el principio de estabilidad en el empleo. La regulación más explícita de la jornada y el salario por hora que genera preocupación en un sector de la doctrina que teme se refleje en menoscabo de prestaciones diversas del salario por cuota diaria, pudiera sin embargo resolverse a través de criterios de aplicación que invoquen el principio de “proporcionalidad” precisamente en relación con dichas prestaciones.

La limitación en el pago de los salarios vencidos a un periodo máximo de doce meses parece contrario a la norma constitucional contenida en la fracción XXII del artículo 123, apartado A, en la que se establece el derecho del trabajador despedido injustificadamente a reclamar el cumplimiento del contrato de trabajo, lo que de acuerdo con criterios jurisprudenciales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, implica resarcir al trabajador de los perjuicios que hubiere sufrido, de modo que el resarcimiento sea tal como si no hubiere sido separado del empleo.

En el ámbito del derecho colectivo del trabajo destaca la derogación de la cláusula de exclusividad por separación o cláusula de exclusión, la cual ya había sido calificada de inconstitucional por la citada Suprema Corte de Justicia de la Nación. Otros temas colectivos interesantes no fueron aprobados al menos en esta oportunidad legislativa.

En relación con las autoridades del trabajo, es importante mencionar la supresión de las juntas de conciliación, que en la práctica ya habían sido sustituidas por juntas especiales de competencia territorial específica, figura regulada en la Ley Federal del Trabajo desde las reformas de 1976. Cabe mencionar también la creación de la figura de los “funcionarios conciliadores”, con quienes se pretende al mismo tiempo que fortalecer la conciliación como medio alternativo de solución de conflictos laborales, profesionalizar dicha actividad.

Por lo que se refiere a las normas del derecho procesal del trabajo, la reforma laboral de 2012 incluyó numerosas modificaciones relacionadas tanto con las normas procesales generales como con las que regulan los diversos procedimientos previstos por la ley laboral. Destacan, por su importancia, la que exige que los abogados patronos o asesores legales de las partes acrediten tener título y cédula profesionales de licenciados en derecho o carta de pasante vigente, lo que tiene por objeto profesionalizar el litigio laboral; la que reduce el periodo de caducidad de la acción laboral de seis a cuatro meses; la que separa las etapas de conciliación, demanda y excepciones de la de ofrecimiento y admisión de pruebas en dos audiencias diversas, tal como estaba regulado en el texto original de la Ley Federal del Trabajo, modificación que para un sector de especialistas laborales es una regresión que provocará que se retrase el procedimiento, en tanto que para otro, entre los que se incluye el que esto escribe, es una reforma conveniente porque permitirá que las partes identifiquen la esencia de la controversia al término de la primera audiencia y puedan contar con un tiempo razonable para preparar su ofrecimiento de pruebas para otra audiencia, lo que fortalecerá el principio de seguridad jurídica; así como también la creación de un procedimiento específico para tramitar los conflictos individuales de seguridad social, aspecto en el que sigue pendiente como solución más idónea la creación de una jurisdicción especializada en conflictos de seguridad social; por lo que hace a la regulación de las infracciones y sanciones, se incrementan notablemente los importes de las multas administrativas. Finalmente, también es pertinente mencionar, en materia de normas de previsión social, el incremento del monto de la indemnización por muerte por riesgo de trabajo de 1,095 días a 5,000 días de salario.

## XII. CONSIDERACIONES FINALES

Resulta aventurado pretender llevar a cabo una evaluación respecto de la evolución normativa del derecho mexicano del trabajo; sin embargo, en opinión de quien esto escribe, nuestra disciplina experimentó una evolución constante y permanentemente favorable a la clase trabajadora desde la expedición del artículo 123 constitucional en 1917, hasta la llamada reforma procesal de 1980 a la Ley Federal del Trabajo. Algunas reformas posteriores fueron relativamente intrascendentes, como la relativa a los días de descanso obligatorios, aunque en la práctica hubo una tendencia regresiva en varios importantes contratos colectivos de trabajo, en particular algunos que rigen las relaciones laborales en grandes organismos públicos descentralizados, como Petróleos Mexicanos, Comisión Federal de Electricidad e Instituto Mexicano del Seguro Social. En el caso específico de Luz y Fuerza del Centro, el gobierno federal determinó extinguir el organismo en forma administrativa, lo que aparentemente conducirá en algún momento a la terminación también del pacto colectivo respectivo, salvo alguna resolución jurisdiccional que lo impida, lo que en la actualidad no parece probable.

Como ya se dijo, la iniciativa del presidente de la República que finalmente desembocó en la reforma laboral de 2012 puede calificarse como de tendencia empresarial, ya que expresamente se señaló que tenía por objeto incrementar el empleo, reconociendo expresamente la figura de la subcontratación y creando nuevas formas eventuales de contratación laboral; protegiendo y promoviendo factores empresariales como la productividad y la competitividad; declarando a la capacitación como obligatoria para los trabajadores, dándole mayor peso en los derechos de ingreso y ascenso a las aptitudes sobre la antigüedad de los propios trabajadores, y reduciendo el costo de los despidos injustificados al limitar a doce meses el periodo relativo a los salarios vencidos, entre otras modificaciones normativas. Como también se comentó, en el proceso legislativo los diputados y senadores atemperaron la tendencia empresarial de la iniciativa sin revertirla del todo, lo que al final generó insatisfacción de todos los sectores respecto del texto final de la reforma que se comenta.

Antes de formular conclusiones definitivas sobre la reforma de 2012, habrá que esperar los resultados de las miles de demandas de amparo que se han interpuesto en su contra, así como en su momento las que se hagan valer en contra de los primeros actos de aplicación, ya que la mayoría de las modificaciones tienen, en opinión de quien esto escribe, un carácter heteroaplicativo para los efectos del amparo.

### XIII. BIBLIOGRAFÍA

- BUEN LOZANO, Néstor de, *Derecho del trabajo*, México, Porrúa, 2002, t. I.
- CASTORENA, José de Jesús, *Tratado de derecho obrero*, México, Editorial Jaris, 1942.
- CUEVA, Mario de la, *Derecho mexicano del trabajo*, México, Porrúa, 1966, t. I.
- , *El nuevo derecho mexicano del trabajo*, México, Porrúa, 2005, t. I.
- , “La Constitución de 5 de febrero de 1857”, *El constitucionalismo a mediados del siglo XIX*, México, UNAM, 1957.
- GONZÁLEZ COSÍO, Arturo, *El trabajo en la Nueva España*, México, Secretaría del Trabajo y Previsión Social.
- MARQUET GUERRERO, Porfirio, *Los regímenes de seguridad social en México*, México, Porrúa, 2012.
- REMOLINA ROQUEÑÍ, Felipe, *El artículo 123 constitucional*, México, Instituto Mexicano del Seguro Social, 2000.
- , *Evolución de las instituciones y el derecho del trabajo en México*, México, Junta Federal de Conciliación y Arbitraje, Secretaría del Trabajo y Previsión Social, 1976.
- TENA RAMÍREZ, Felipe, *Leyes fundamentales de México. 1808-1978*, México, Porrúa, 1978.

## PISO DE PROTECCIÓN SOCIAL Y MUJERES

Gabriela MENDIZÁBAL BERMÚDEZ\*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Piso de protección social (PPS)*. III. *Análisis de las cuatro garantías fundamentales del PPS bajo la perspectiva del género femenino*. IV. *A manera de conclusión*. V. *Bibliografía*.

### I. INTRODUCCIÓN

La seguridad social es un concepto que hoy en día se encuentra en sustitución por el de protección social y no porque sean sinónimos, sino porque los organismos internacionales encabezados por la ONU y la OIT han marcado la directriz hacia la segunda. Es en ese sentido que se hace inevitable la comprensión del piso de protección social (PPS), para entrar además al análisis de lo que esto puede significar para la población en general y en específico para las mujeres, quienes al hablar de seguridad social constituyen un grupo en estado de vulnerabilidad,<sup>1</sup> y por ende resulta no sólo interesante, sino importante, saber qué se espera del PPS con perspectiva de género. Para ello se analiza al PPS, presentando primero un breve marco conceptual, para después entrar al ejemplo desde la perspectiva femenina de algunos indicadores en México, en específico que guardan relación con las cuatro garantías fundamentales del PPS: servicios de salud básicos; beneficio para familias pobres con niños; beneficio para ancianos y discapacitados pobres, y políticas para desempleados y trabajadores con ingresos insuficientes. Por último se incluyen algunas reflexiones a manera de conclusión que plantean una problemática futura y su probable solución.

\* Profesora-investigadora en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Autónoma del Estado de Morelos, México.

<sup>1</sup> Para ampliar la información consúltese Mendizábal Bermúdez, Gabriela (coord.), *La seguridad social a grupos vulnerables en un mundo globalizado*, México, UAEM, 2008.

## II. PISO DE PROTECCIÓN SOCIAL (PPS)

El concepto de PPS aparece por primera vez en la Comisión Mundial sobre la Dimensión Social de la Globalización con la siguiente terminología: “un determinado nivel mínimo indiscutible de protección social, como parte de la base socioeconómica de la economía global”.<sup>2</sup>

Posteriormente la Organización de las Naciones Unidas ofrece una definición de PPS, entendido como “la promoción del acceso de los más pobres y vulnerables a los servicios esenciales y a las transferencias sociales, presentando un enfoque global de la protección social que destaca el lado de oferta y el de demanda en la extensión de la protección social y la garantía de acceso efectivo”.<sup>3</sup>

Es decir, la iniciativa del PPS tiene como principal objetivo promover tanto a nivel nacional como internacional estrategias que oferten a la población un nivel mínimo de acceso a los servicios esenciales y a la seguridad del ingreso para todos.<sup>4</sup>

Dicha propuesta se encuentra fundamentada principalmente en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en la Convención sobre los Derechos del Niño y se centra básicamente en dos componentes:<sup>5</sup>

1) *Servicios*. El uso de servicios esenciales en el área geográfica (agua, saneamiento, nutrición adecuada, salud, educación, vivienda, etcétera), y

2) *Transferencias*. Transferencias sociales esenciales, monetarias y en especie, a las poblaciones vulnerables y pobres, para brindar una seguridad mínima de ingresos, de sustento y de salud, para así facilitar el acceso a los servicios de esenciales.

Mencionado lo anterior, podemos decir que el PPS es el encargado de garantizar los servicios y las transferencias para la vida cotidiana, desde la infancia hasta la vejez.

<sup>2</sup> Comisión Mundial sobre la Dimensión Social de la Globalización, *Por una globalización justa. Crear oportunidades para todos*, 2004.

<sup>3</sup> Folleto ONU-OMS-OIT, “Iniciativa del piso de protección social”, junio de 2010, p. 2, disponible en: [http://www.ioe-emp.org/fileadmin/user\\_upload/documents\\_pdf/papers/guides/spanish/2011\\_Nota\\_explicativa\\_del\\_Concepto\\_de\\_piso\\_de\\_Proteccion\\_Social.pdf](http://www.ioe-emp.org/fileadmin/user_upload/documents_pdf/papers/guides/spanish/2011_Nota_explicativa_del_Concepto_de_piso_de_Proteccion_Social.pdf) (fecha de consulta: 2 de mayo de 2012).

<sup>4</sup> Este objetivo principal del PPS guarda una estrecha relación con los dos objetivos fundamentales de los seguros sociales: la atención a la salud y la protección de los medios de subsistencia.

<sup>5</sup> Iniciativa del Piso de Protección Social de las Naciones Unidas. Aportación de un apoyo conjunto a los esfuerzos nacionales, disponible en la página web: [www.socialsecurityextension.org](http://www.socialsecurityextension.org) (fecha de consulta: 2 de mayo de 2012).

### III. ANÁLISIS DE LAS CUATRO GARANTÍAS FUNDAMENTALES DEL PPS BAJO LA PERSPECTIVA DEL GÉNERO FEMENINO

La OIT ha publicado datos alarmantes: aproximadamente el 80% de la población mundial no tiene la seguridad de unos ingresos adecuados, ni acceso a la asistencia médica.<sup>6</sup>

“...en numerosas ocasiones durante el último decenio, los mandantes de la OIT han reafirmado la importancia de la seguridad social y la función primordial de la OIT de prestar asistencia a sus Estados miembros para que amplíen la cobertura de la seguridad social”.<sup>7</sup>

En ese sentido es que el PPS plantea cuatro garantías fundamentales que tienen por objeto garantizar una protección contra los principales riesgos a que las personas están expuestas a lo largo del ciclo de vida, de forma tal que se logren las siguientes metas nacionales:<sup>8</sup>

- 1) Servicios de salud básicos: que todos los residentes cuenten con la protección económica necesaria para sufragar y tener acceso a un conjunto de servicios esenciales de atención de salud definido a escala nacional, incluida la atención de la salud materna.
- 2) Beneficio para familias pobres con niños: que todos los niños gocen de seguridad del ingreso, al menos coincidente con el nivel mínimo definido en el ámbito nacional, mediante prestaciones familiares/por hijo a cargo, en efectivo o en especie, destinadas a facilitar el acceso a la alimentación, la educación y los cuidados.
- 3) Políticas para desempleados y trabajadores con ingresos insuficientes: que todos los residentes en edad de trabajar que no puedan obtener ingresos suficientes en los mercados de trabajo se beneficien de un mínimo de seguridad de los ingresos mediante regímenes de asistencia social, prestaciones de maternidad, otros regímenes de transferencias sociales, en efectivo o en especie, o a través de programas públicos de empleo.
- 4) Beneficio para ancianos y discapacitados pobres: que todos los residentes de edad avanzada y todos los residentes con discapacidades,

<sup>6</sup> OIT, *Pisos de protección social para la justicia social y una globalización equitativa*, Conferencia Internacional del Trabajo, 101a. Reunión, 2012, disponible en: [http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed\\_norm/@relconf/documents/meetingdocument/wcms\\_160399.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@relconf/documents/meetingdocument/wcms_160399.pdf) (fecha de consulta: 2 de mayo de 2012).

<sup>7</sup> *Idem*.

<sup>8</sup> Cfr. Chichon, Michael et al., *La iniciativa del piso de protección social de las Naciones Unidas. Cambiando la tendencia de la OIT en 2011*, disponible en: <http://library.fes.de/pdf-files/iez/07997.pdf> (fecha de consulta: 3 de mayo de 2012).

en la medida en que ello les impida devengar ingresos, disfruten de un nivel de seguridad del ingreso, al menos coincidente con el nivel mínimo definido en el ámbito nacional, mediante prestaciones en efectivo o en especie por vejez e invalidez.

Una vez presentadas estas cuatro garantías del PPS se analizan algunos temas en relación con ellas y con las mujeres en los siguientes puntos.

### 1. *Servicios de salud*

Dentro de la garantía de “Servicios de salud básicos” encontramos datos bastante contrapuestos cuando se analizan bajo la perspectiva de datos cuantitativos para mujeres.

Por ejemplo: por un lado las ENAID (Encuestas Nacionales de la Dinámica Demográfica del INEGI) señalan que entre 2004 y 2009 el 97.3% de las mujeres entre 15 y 49 años, durante su último embarazo, recibió atención prenatal por personal capacitado.<sup>9</sup> De otro lado, el 96% de los casos nuevos de enfermedades de transmisión sexual detectados en 2007 afectan a mujeres.<sup>10</sup>

La atención a la salud es un tema bastante complicado cuando se confronta el análisis de la exigibilidad jurídica de los servicios de salud con estudio de género, porque entonces nos encontramos con que la garantía de la atención a la salud está ligada en México al trabajo formal, para tener acceso a los seguros sociales.

La segunda opción, es decir, el resto de la población mexicana (que no tiene acceso a los seguros sociales) se atiende si sus ingresos económicos lo permiten en atención privada, y de lo contrario le resta la asistencia social. Al respecto sobresalen los siguientes datos:

De acuerdo con la Encuesta Nacional de Ingresos y Gastos de los Hogares, el porcentaje de gasto en salud del hogar respecto al gasto total mensual es de 2.6% (\$8,311 millones) a nivel nacional. No obstante, los hogares con jefatura masculina y femenina gastan igual en términos porcentuales; sin embargo, en montos absolutos la diferencia es notoria (\$6,483.50 contra

<sup>9</sup> *Estadísticas a propósito del Día Internacional de la Mujer, 2012*, p. 1, disponible en: <http://mujersonora.files.wordpress.com/2012/03/estadisticas-de-3ada-internacional-de-la-mujer-2012.pdf> (fecha de consulta: 2 de mayo de 2012).

<sup>10</sup> *Mujeres y hombres en México 2010*, p. 76, disponible en: [http://www.inegi.org.mx/prod\\_serv/contenidos/espanol/bvinegi/productos/integracion/sociodemografico/mujeresyhombres/2010/MyH\\_2010.pdf](http://www.inegi.org.mx/prod_serv/contenidos/espanol/bvinegi/productos/integracion/sociodemografico/mujeresyhombres/2010/MyH_2010.pdf) (fecha de consulta: 3 de mayo de 2012).

\$1,827.40, respectivamente),<sup>11</sup> lo cual se debe a la brecha salarial tan grande que existe y nos indica que las necesidades son similares, pero los recursos con los que cuentan para atenderlos son asimétricos, por lo que las mayormente beneficiadas con el PPS serían las familias con jefatura femenina, al contar con beneficios en salud garantizados, no dependientes de su gasto diario.

## 2. *Familias pobres con niños*

Este subtema corresponde a la garantía del “Beneficio para familias pobres con niños”, y dentro del análisis vale la pena hacer referencia desde lo que en México se entiende por familia, para ver quiénes recibirán beneficios.

La familia es “un grupo de personas directamente ligadas por nexos de parentesco, cuyos miembros adultos asumen la responsabilidad del cuidado de los hijos”.<sup>12</sup> La familia como institución se encuentra protegida y sus funciones reglamentadas mediante el derecho de familia, definido por Julián Bonnacase de la siguiente forma: “Conjunto de reglas de derecho, de orden personal y patrimonial, cuyo objeto exclusivo, principal, accesorio o indirecto es presidir la organización, vida y disolución de la familia”.<sup>13</sup>

No en pocas ocasiones hemos escuchado que la familia es la célula de la sociedad, por lo que ordenamientos que la regulan no sólo se encuentran dentro del derecho familiar, sino que se extienden a todo el complejo jurídico de cada país, como vemos hoy en día los del derecho social y en específico de protección social. Los problemas actuales que hoy presenta la familia afectan directamente a toda la sociedad, es por ello que la evolución contemporánea de la misma es un tema no poco importante para diversas áreas del derecho. De esta forma nos encontramos con que la familia amplia (en el sentido de aquella cuyos integrantes se extienden a la madre, el padre, los hijos, los abuelos y parientes cercanos como tíos y sobrinos) está perdiendo sus vínculos afectivos y por lo tanto también la protección que brindaba a sus miembros (de unos a otros) en la actualidad. Esto no es nuevo; si hacemos un pequeño paréntesis y analizamos el cambio social que trajo aparejada la Revolución Industrial, nos encontramos que los mecanismos

<sup>11</sup> *Ibidem*, p. 74.

<sup>12</sup> Carbonell, Miguel (coord.), *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, comentada y concordada*, 18a. ed., México, Porrúa, 2004, t. I, p. 45.

<sup>13</sup> Rojina Villegas, Rafael, *Derecho civil mexicano*, t. II: *Derecho de familia*, México, Porrúa, 1998, p. 14.

de protección social debieron evolucionar en la medida en que la familia amplia dejó de serlo debido a la incursión del trabajo en las fábricas y con ello de la mayoría de los miembros de la familia, para poder subsistir con los míseros salarios que recibían. Hoy en día, las recientes crisis económicas también influyen en los cambios familiares; es decir, no sólo estamos frente a familias nucleares, sino familias monoparentales (comunidades dirigidas sólo por uno de los progenitores y sus hijos a consecuencia principalmente del divorcio o muerte de algunos de los padres). Lo cierto es que la mayoría de las familias monoparentales está formada por la madre y sus hijos.

Independientemente de ello, el o la jefe de familia monoparental no sólo adquiere el rol de padre y madre en la educación, sino que además es el sostén económico de la familia.

Las familias monoparentales traen grandes consecuencias sociales que el derecho social aún no ha solucionado y que hoy en día mediante el PPS se intenta dar respaldo mediante programas asistenciales para satisfacer ciertas necesidades.

Como ejemplo de prestaciones asistenciales a las familias se puede mencionar el Programa Oportunidades, el cual cuenta con los siguientes programas para las familias con hijos a cargo:<sup>14</sup>

- 1) Programa de Desarrollo Humano Oportunidades. Este programa tiene como objetivo el contribuir a que las familias en situación de pobreza extrema salgan de esa condición. Y por tal motivo ha creado acciones para impulsar y fortalecer el desarrollo de las capacidades colectivas e individuales de la población que se ha visto beneficiada.<sup>15</sup> Para ello ha considerado los siguientes apoyos:<sup>16</sup>
  - a) Recursos para mujeres, madres de familia, para el ingreso familiar y una mejor alimentación.
  - b) Apoyo monetario a familias beneficiarias con hijos de 0 a 9 años para fortalecer su desarrollo.
- 2) Programa de Apoyo Alimentario. El cual tiene como propósito impulsar y fortalecer las capacidades básicas de las familias de los hoga-

<sup>14</sup> *Información general. Oportunidades*, disponible en: [http://www.oportunidades.gob.mx/Portal/Web/informacion\\_general](http://www.oportunidades.gob.mx/Portal/Web/informacion_general) (fecha de consulta: 1o. de mayo de 2012).

<sup>15</sup> Programa de Desarrollo Humano Oportunidades, disponible en: <http://www.sedesol.gob.mx/work/models/SEDESOL/Resource/1681/1/images/presentacion.pdf> (fecha de consulta: 1o. de mayo de 2012).

<sup>16</sup> Población objetivo, disponible en: [http://www.oportunidades.gob.mx/Portal/Web/poblacion\\_objetivo](http://www.oportunidades.gob.mx/Portal/Web/poblacion_objetivo) (fecha de consulta: 1o. de mayo de 2012).

res rurales en situación de pobreza, incrementando la ingesta diaria de alimentos mediante el otorgamiento de apoyos en especie o en efectivo sin costo alguno para los hogares beneficiados.<sup>17</sup> Por cuanto a los apoyos otorgados podemos decir que consisten en una dotación mensual de productos alimenticios con un valor equivalente a \$150.00, o bien un apoyo en efectivo por un monto igual.

Por cuanto a los requisitos de elección para ser beneficiario del Programa Oportunidades, podemos decir que éste aplica un sistema riguroso de identificación, a través de una encuesta socioeconómica, dado que las familias que se incorporan a dicho Programa son precisamente por sus condiciones de pobreza alimentaria; y la permanencia al mismo la determina el cumplimiento de sus corresponsabilidades: el asistir regularmente a los servicios de salud y a la escuela.<sup>18</sup>

De acuerdo con las Reglas de Operación del Programa de Desarrollo Humano Oportunidades para el ejercicio fiscal 2012,<sup>19</sup> la metodología empleada para la identificación de beneficiarios es objetiva, homogénea y transparente, misma que se basa en una estimación del ingreso y se encuentra por debajo de la línea del bienestar mínimo (LBM),<sup>20</sup> es decir, son familias que se encuentran en pobreza alimentaria y cuyos ingresos son insuficientes para invertir en el desarrollo de sus integrantes.

Una vez que han sido identificadas las familias beneficiadas, se aplican los siguientes criterios de prioridad:

- 1) Hogares en condición de pobreza alimentaria.
- 2) Hogares con integrantes de hasta 21 años de edad.
- 3) Hogares con mujeres en edad reproductiva.
- 4) Hogares con mayor pobreza.

<sup>17</sup> Programa de Apoyo Alimentario, disponible en: [http://www.transparenciamexicana.org.mx/manualciudadano/ejecutar/\\_09A4.pdf](http://www.transparenciamexicana.org.mx/manualciudadano/ejecutar/_09A4.pdf) (fecha de consulta: 1o. de mayo de 2012).

<sup>18</sup> Requisitos para acceder al Programa Oportunidades, disponible en: [http://www.opor-tunidades.gob.mx/Portal/wb/Web/requisitos\\_para\\_acceder\\_al\\_programa](http://www.opor-tunidades.gob.mx/Portal/wb/Web/requisitos_para_acceder_al_programa) (fecha de consulta: 1o. de mayo de 2012).

<sup>19</sup> Reglas de operación del Programa de Desarrollo Humano Oportunidades, para el ejercicio fiscal 2012, disponible en: [http://www.opor-tunidades.gob.mx/Portal/work/sites/Web/resources/ArchivoContent/1783/Reglas%20de%20Operacion%20Oportunidades%202012%20DOF%2030122011\\_.pdf](http://www.opor-tunidades.gob.mx/Portal/work/sites/Web/resources/ArchivoContent/1783/Reglas%20de%20Operacion%20Oportunidades%202012%20DOF%2030122011_.pdf) (fecha de consulta: 1o. de mayo de 2012).

<sup>20</sup> De acuerdo con el Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social, la línea del bienestar mínimo nos permite identificar a la población que, aun al hacer uso de todo su ingreso en la compra de alimentos, no podría adquirir lo indispensable para tener una nutrición adecuada. Disponible en: <http://www.coneval.gob.mx/contenido/prensa/6102.pdf> (fecha de consulta: 1o. de mayo de 2012).

Y cuando se habla de la perspectiva de género se debe señalar que las acciones que realiza el Programa Oportunidades están encaminadas a eliminar todo tipo de discriminación de género y por ende garantizar la igualdad de oportunidades para las mujeres y hombres del país. Bajo esta perspectiva, el Programa canaliza apoyos preferentemente a través de las madres de familia e impulsa una política de becas que contrarresta las desventajas de las niñas y jóvenes para acceder a la educación. Por cuanto a la salud, este programa promueve la cultura de prevención de las enfermedades de la mujer.<sup>21</sup>

Según datos emitidos por la Sedesol, el 97% de los apoyos de Oportunidades se entregan a las mujeres, las niñas y las jóvenes de familias en pobreza para que tengan las mismas oportunidades y más incentivos para estudiar que los varones.<sup>22</sup>

Algunos de los objetivos que el Programa Oportunidades tiene para lograr una equidad de género son:

- Eliminar las causas de la opresión de género, como la desigualdad, la injusticia y la jerarquización de las personas basada en el género.
- Promover la igualdad entre los géneros a través de la equidad, el adelanto y el bienestar de las mujeres.
- Contribuir a construir una sociedad en donde las mujeres y los hombres tengan el mismo valor, la igualdad de derechos y oportunidades para acceder a los recursos económicos y a la representación política y social en los ámbitos de toma de decisiones.

Como se puede apreciar, dentro de los servicios y transferencias que incluye el PPS en la segunda garantía: “Beneficio para familias pobres con niños”, el grupo poblacional más beneficiado son las mujeres nuevamente.

### 3. Ancianas y pensiones

La tercera garantía a analizar es el “Beneficio para ancianos y discapacitados pobres”, y en este punto centraremos la reflexión en las ancianas.

Es motivo de reflexión el lugar que ocupa la mujer dentro de la sociedad en sus diversas etapas a lo largo de su vida (hija-dependiente, madre-depen-

<sup>21</sup> Oportunidades, un Programa con enfoque de género, disponible en: [http://www.opor-tunidades.gob.mx/Portal/wb/Web/opportunidades\\_un\\_programa\\_con\\_enfoque\\_de\\_genero](http://www.opor-tunidades.gob.mx/Portal/wb/Web/opportunidades_un_programa_con_enfoque_de_genero) (fecha de consulta: 1o. de mayo de 2012).

<sup>22</sup> *Idem.*

diente o proveedora y anciana-dependiente), y en específico llama la atención el tema de los ingresos de las mujeres en la tercera edad. Las medidas de protección social para esta etapa de la vida se concentran en las pensiones otorgadas por los seguros sociales, jubilaciones como prestación laboral de algunas empresas o instituciones, y prestaciones asistenciales otorgadas mediante programas como “70 y más”<sup>23</sup> donde se dan ayudas económicas a mayores de 70 años o las pensiones no contributivas otorgadas en el Distrito Federal; sin embargo, por tratarse de una solución real y no de un paliativo como estos programas asistenciales, el tema de las pensiones como prestación laboral es un tema preocupante, porque factores como la maternidad, la desvalorización del trabajo doméstico y familiar<sup>24</sup> contribuyen a que sean menos las mujeres que los hombres quienes reciben una pensión en su vejez. México cuenta con 112,337<sup>25</sup> millones de personas, de los cuales la población mayor de 65 años en 2010 ascendió a 6,939,000 personas.<sup>26</sup> De éstos, sólo el 3.2% del total nacional tiene acceso a una pensión del IMSS o del ISSSTE,<sup>27</sup> es decir el 25.5% de la población total adulta mayor cuenta con ingresos garantizados por una pensión vitalicia mediante los institutos más grandes de todo el país. De estos datos sobresale que sólo el 16.6% de las mujeres adultas mayores en este país tiene derecho a una pensión.<sup>28</sup>

Para entrar detalladamente al análisis del tema de las pensiones, se pueden ver por separado las pensiones por viudez y pensiones derivadas de la rama de aseguramiento de cesantía en edad avanzada, vejez y retiro, por incluir particularidades diversas. Particularidades que las medidas del PPS

<sup>23</sup> El Programa “70 y más” atiende a los adultos mayores de 70 años o más que vivan en localidades de hasta 30 mil habitantes. Los beneficiarios reciben apoyos económicos de 500 pesos mensuales, que se pagan cada dos meses; participan en grupos de crecimiento y jornadas informativas sobre temas de salud y obtienen facilidades para el acceso a servicios y apoyos de instituciones como el INAPAM, además de las que ofrecen actividades productivas y ocupacionales. En: [http://www.sedesol.gob.mx/es/SEDESOL/Programa\\_de\\_70\\_y\\_mas](http://www.sedesol.gob.mx/es/SEDESOL/Programa_de_70_y_mas) (fecha de consulta: 1o. de mayo de 2012).

<sup>24</sup> Trabajo familiar en el sentido del trabajo que dedican las mujeres para la familia, como el cuidado de los hijos, etcétera.

<sup>25</sup> Indicadores de demografía y población, INEGI, 2010, disponible en: <http://www.inegi.org.mx/Sistemas/temasV2/Default.aspx?s=est&c=17484> (fecha de consulta: 3 de mayo de 2012).

<sup>26</sup> Distribución por edad y sexo, 2010, disponible en: <http://www.inegi.org.mx/sistemas/si sept/Default.aspx?t=mdemo86&s=est&c=17498> (fecha de consulta: 3 de mayo de 2012).

<sup>27</sup> Adultos mayores y pensionados, p. 1. Disponible en: <http://www.consultoresinternacionales.com/publicaciones/ciscomentario/541/CISComentarioNo541.pdf> (fecha de consulta: 23 de mayo de 2012).

<sup>28</sup> Día Internacional de las Personas de Edad, 2011, disponible en: <http://www.inegi.org.mx/inegi/contenidos/espanol/prensa/aPropositom.asp?s=inegi&c=2811&ep=71> (fecha de consulta: 25 de mayo de 2012).

deben tomar en cuenta al momento de otorgar sus prestaciones en México, para no caer en la discriminación que hoy en día la legislación comete en contra de las mujeres.

#### A. Pensiones por viudez

Existen diversos supuestos que pueden dar origen a la viudez:

- 1) La viudez a consecuencia de un riesgo de trabajo y en seguimiento a la fracción II del artículo 64 de la Ley del Seguro Social, dará derecho a una pensión equivalente al 40% del monto de la pensión que le hubiera correspondido al trabajador fallecido, en caso de que el riesgo del trabajo le hubiese causado incapacidad permanente total, es decir, el 70% del salario base de cotización. Por tanto, el monto de la pensión por viudez será equivalente al 40% del 70% del último salario base de cotización del trabajador siniestrado.
- 2) Dentro de la viudez a consecuencia de enfermedad o accidente general (no profesional), la rama del seguro denominada invalidez y vida concede el derecho a una pensión para la cónyuge o concubina del trabajador o pensionado fallecido. La pensión por viudez equivale al 90% de la pensión que le correspondía o hubiera correspondido por invalidez al asegurado fallecido. El monto de dicha pensión (por invalidez) es igual a una cuantía básica del 35% del promedio de los salarios correspondientes a las últimas 500 semanas de cotización.
- 3) Por último se debe señalar un supuesto más que debería dar derecho a la pensión de viudez: el caso de la ausencia legalmente fundada del trabajador, misma que no encuentra líneas expresas dentro de la legislación de seguridad social mexicana.

Los beneficiarios por viudez se regulan en diversos apartados de la Ley del Seguro Social; sin embargo, siempre coinciden en la esposa, o a falta de ella la mujer con quien el asegurado vivió como su marido, bajo los siguientes requisitos:

- a) Convivencia durante los últimos 5 años anteriores a su muerte o con la que tuvo hijos.
- b) Cuando tanto el trabajador fallecido como la concubina permanecieron libres de matrimonio durante el concubinato.

También se le otorgará la pensión por viudez al esposo o concubinario, previa satisfacción de los requisitos que se le solicitan a la concubina.

Es precisamente en los requisitos para la obtención de la pensión por viudez masculina donde se agrega uno más, que a la letra establece: “La misma pensión corresponde al viudo o concubinario que hubiera dependido económicamente de la asegurada”.<sup>29</sup>

De la lectura del párrafo anterior se deduce que al imponerse un requisito más a los hombres cónyuges o concubinarios de las trabajadoras aseguradas, existe un aspecto discriminante hacia el sexo masculino, como lo ha sostenido la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Al analizar tales disposiciones legales, determinó la inconstitucionalidad del párrafo segundo del artículo 130 de la Ley citada, que establece que la misma pensión de viudez le corresponderá al viudo o concubinario que dependa económicamente de la trabajadora asegurada o pensionada, lo que dio origen a las tesis 2a. VI/2009 y 2a. VII/2009, de rubros:

PENSIÓN POR VIUDEZ. EL ARTÍCULO 130, PÁRRAFO SEGUNDO, DE LA LEY DEL SEGURO SOCIAL, AL CONDICIONAR SU OTORGAMIENTO A QUE EL VIUDO O CONCUBINARIO ACREDITE LA DEPENDENCIA ECONÓMICA RESPECTO DE LA TRABAJADORA ASEGURADA FALLECIDA, VIOLA LAS GARANTÍAS DE IGUALDAD Y DE NO DISCRIMINACIÓN.

PENSIÓN POR VIUDEZ. EL ARTÍCULO 130, PÁRRAFO SEGUNDO, DE LA LEY DEL SEGURO SOCIAL, AL CONDICIONAR SU OTORGAMIENTO A QUE EL VIUDO O CONCUBINARIO ACREDITE LA DEPENDENCIA ECONÓMICA RESPECTO DE LA TRABAJADORA ASEGURADA FALLECIDA, VIOLA EL ARTÍCULO 123, APARTADO A, FRACCIÓN XXIX, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

Sin embargo, a través del análisis exegético del citado ordenamiento se pueden obtener los siguientes elementos:

- 1) El sujeto generador del nexo de aseguramiento es el trabajador, y en este supuesto es la mujer trabajadora.
- 2) Como se mencionó anteriormente, uno de los objetivos de la protección de los seguros sociales en caso de viudez es subsanar el estado de necesidad en el que se encuentran los sobrevivientes al momento de fallecer el trabajador asegurado.
- 3) Por lo tanto, no se respeta el derecho generado por la mujer trabajadora durante su relación laboral, en virtud de que si al fallecer ella su cónyuge o concubinario trabaja formalmente, se pierde el derecho a la pensión por sobrevivencia de viudez.

<sup>29</sup> Fracción II del artículo 64 de la LSS.

Hoy en día es bastante común que dentro de una familia sean ambos cónyuges los que trabajan fuera del hogar. Las razones tienen un origen variado, las principales son la falta de ingresos económicos o insuficiencia para el sostenimiento de una familia por uno solo de los padres, una más es el desempeño laboral femenino, que se reafirma lentamente con la mayor preparación profesional de las mujeres.

La pregunta obligada es entonces: ¿acaso no se mutilan los derechos laborales femeninos al desproteger a la familia de la trabajadora asegurada, con su deceso, y mermar el ingreso familiar porque su cónyuge labora habitualmente?

Un punto más a reflexionar lo constituyen las ex cónyuges de trabajadores o pensionados, con derecho a pensión alimenticia. En otras palabras, en los supuestos de divorcio, en cuyo juicio se establezca por sentencia judicial que el deudor alimentista (en este caso el trabajador asegurado) satisfaga su obligación de dar alimentos a su ex cónyuge, mediante el pago de una pensión alimenticia. Al fallecer el trabajador asegurado, si dentro de la relación de aseguramiento no se seguía incluyendo al deudor alimentista y toda vez que la Ley del Seguro Social es de aplicación estricta, este ex cónyuge no tiene derecho a una pensión de viudez. Existen reglamentaciones extranjeras que sí contemplan dicha situación, tal es el caso de la legislación española, donde se contempla el supuesto de la viudez del cónyuge histórico.<sup>30</sup>

En resumen, los factores discriminantes de la legislación de seguridad social para las mujeres en el ámbito de la pensión por viudez se extienden en tres supuestos:

- 1) Con la disminución de los derechos laborales y del seguro social de la trabajadora fallecida hacia su cónyuge.
- 2) Al no incluirse el procedimiento en caso de ausencia legalmente comprobada del trabajador asegurado para tener derecho a las prestaciones de viudez.
- 3) Al no contemplarse la pensión por viudez a la ex esposa de un trabajador fallecido, con derecho a pensión alimenticia.

#### *B. Pensiones por cesantía en edad avanzada, vejez y retiro*

Según lo menciona José F. Blasco Lahoz, por jubilación se entiende “el cese en el trabajo como consecuencia de la invalidez sobrevenida a causa

<sup>30</sup> Para ampliar el tema consúltese Blasco Lahoz, Francisco *et al.*, *Curso de seguridad social*, 9a. ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2002, pp. 535-538.

de la edad”.<sup>31</sup> En virtud de que la relación laboral da origen al nexo de aseguramiento, consideramos que en este sentido el IMSS contempla a la jubilación dentro de la rama del seguro de cesantía en edad avanzada, vejez y retiro.

La cesantía en edad avanzada se presenta cuando el trabajador asegurado queda privado de trabajos remunerados a partir de los 60 años de edad (artículo 154 LSS).

La contingencia asegurada de la vejez se inicia al cumplir el asegurado los 65 años de edad<sup>32</sup> y el retiro se presenta cuando antes de llegar a las edades previstas por las contingencias antes mencionadas, el trabajador asegurado ha reunido una cantidad tal en su cuenta individual que permita que el cálculo de la pensión para una renta vitalicia<sup>33</sup> sea superior en más del 35% de la pensión garantizada,<sup>34</sup> una vez cubierta la prima del seguro de sobrevivencia<sup>35</sup> para sus beneficiarios (artículo 158 LSS).

Los requisitos de manera general para obtener las prestaciones económicas son el haber cotizado por lo menos 1,250 semanas.

Uno de los principios del derecho social en su búsqueda de la justicia social es tratar con desigualdad jurídica a los desiguales. En este sentido, el sistema privatizado de pensiones, aunque otorga prestaciones de seguridad social, rompe completamente no sólo con el principio antes mencionado, sino también con el de universalidad y solidaridad. Lo anterior se puede sintetizar en que el monto de la pensión de cada trabajador, tanto hombre como mujer, depende del monto acumulado en su cuenta individual, de la esperanza de vida, los ahorros voluntarios y de los rendimientos e intereses que le cobre la Afore elegida, y además que el requisito general es el de haber cotizado 1,250 semanas.

Al respecto, se deben efectuar algunas reflexiones:

<sup>31</sup> *Ibidem*, p. 496.

<sup>32</sup> La legislación mexicana no hace distinción de sexo referente a la edad para la jubilación por vejez, mientras que en otros países aún se contempla, como en Austria o Italia.

<sup>33</sup> La renta vitalicia es la pensión que se pagará al jubilado durante el resto de su vida, mediante un contrato con la aseguradora privada de su elección.

<sup>34</sup> La pensión garantizada es protegida por el Estado y será equivalente a un salario mínimo general para el Distrito Federal, actualizada anualmente conforme al Índice Nacional de Precios al Consumidor.

<sup>35</sup> El seguro de sobrevivencia es aquel que se contrata por los pensionados, con cargo a los recursos de la suma asegurada, adicionada a los recursos de la cuenta individual a favor de sus beneficiarios para otorgarles la pensión, ayudas asistenciales y demás prestaciones en dinero previstas en los respectivos seguros, mediante la renta que se les asignará después del fallecimiento del pensionado, hasta la extinción legal de las pensiones (artículo 159, fracción VI, LSS).

- *La esperanza de vida.* Al contratar con una aseguradora privada, pese a la regulación de las instituciones creadas para ello como la Consar, se está al arbitrio de normas de carácter eminentemente mercantil y no más del derecho social, por lo que factores como la esperanza de vida son determinantes para establecer el monto de la pensión. El porcentaje de vida en México establecida en 2012 fue de 75.7 años (73.4 para hombres y 78.1 para mujeres);<sup>36</sup> mientras que las proyecciones hechas por el Consejo Nacional de Población indican para el año 2020 un aumento hasta los 77.1 años de vida (74.8 y 79.4 para hombres y mujeres, respectivamente).<sup>37</sup> Cabe resaltar que la diferencia real entre hombres y mujeres es de 5 años aproximadamente. El cálculo del monto de las pensiones entre trabajadores hombres y mujeres, aun con número de cotizaciones y monto acumulado en la cuenta individual idénticos, será asimétrico por esa diferencia de 5 años en la esperanza de vida.
- *Cotizaciones.* Como se estableció anteriormente, es un requisito general para el otorgamiento de las pensiones por vejez y cesantía en edad avanzada el haber acumulado por lo menos 1,250 semanas de cotización. El legislador, al aplicar la justicia conmutativa, olvidó considerar las diferencias biológicas, culturales y laborales a las que están sujetas las trabajadoras mexicanas: la maternidad, el cuidado de los niños, ancianos y discapacitados, aunado a menores oportunidades de trabajo y salarios más bajos. Lo anterior contribuye a que la continuidad de la actividad laboral de una mujer sea mucho más problemática que para un hombre, por lo que al cumplir 60 o 65 años de edad difícilmente habrá cotizado más de 24 años.
- *Ahorro voluntario.* Este aspecto tiene relevancia si se toma en cuenta uno de los problemas aún no resueltos para el derecho laboral: la discriminación laboral en cuanto a salarios y puestos. Si las mujeres perciben salarios menores, automáticamente su poder de ahorro también se verá mermado, por lo que los montos acumulados en la cuenta individual también serán menores y esto ocasionará una pensión más baja que la de los hombres.

<sup>36</sup> Esperanza de vida según sexo, INEGI, 1990-2012, disponible en: <http://www.inegi.org.mx/sistemas/sisept/Default.aspx?t=mdemo129&s=est&c=23598> (fecha de consulta: 3 de mayo de 2012).

<sup>37</sup> Conapo, *Proyecciones de la población de México 2000-2050*, disponible en: [http://www.conaipo.gob.mx/index.php?option=com\\_content&view=article&id=36&Itemid=234](http://www.conaipo.gob.mx/index.php?option=com_content&view=article&id=36&Itemid=234) (fecha de consulta: 3 de mayo de 2012).

Las mujeres estadísticamente viven más años que los hombres, tienen más problemas de inserción al mercado laboral formal, los requisitos para obtener una pensión son iguales para hombres y mujeres, y aun cumpliéndolos obtienen una pensión menor.

Como se puede observar, las circunstancias diversas que establece el género a las mujeres, como el cuidado de los hijos, ancianos, ingreso al mercado de trabajo, características del mercado laboral formal no compatibles con el rol de madre, etcétera, implican que sean menos mujeres que hombres, las que reciban una pensión. Si hablamos de pensiones, en general en México encontramos que hasta los 54 años es mayor la proporción de mujeres pensionadas en relación con los hombres; sin embargo, al avanzar la edad, las diferencias favorecen a los hombres y en el grupo de 65 a 74 años casi llegan a los treinta puntos porcentuales,<sup>38</sup> por lo que es un factor a considerar en nuestro país al incorporar las garantías que establece el PPS con referencia a los ancianos.

#### 4. Educación, trabajo y desempleo

El PPS incluye como una garantía fundamental a las “Políticas para desempleados y trabajadores con ingresos insuficientes”, y ésta se encuentra íntimamente relacionada con los siguientes temas: educación, trabajo y desempleo.

##### A. Educación y género

Las mujeres se capacitan cada día más, por ejemplo, las estadísticas del 2010 arrojan que a nivel bachillerato las mujeres superan a los hombres de 1 a 2 puntos porcentuales;<sup>39</sup> sin embargo, a nivel universitario el porcentaje de asistencia de mujeres es inferior a la de los hombres en prácticamente un punto porcentual,<sup>40</sup> lo cual se refleja en los ingresos. La brecha salarial está situada en un 44% según datos emitidos en el Foro Económico Mundial en 2011,<sup>41</sup> cifra que se profundiza en ocupaciones relacionadas con el comer-

<sup>38</sup> *Mujeres y hombres en México 2011*, p. 159, disponible en: [http://www.inegi.org.mx/prod\\_serv/contenidos/espanol/bvinegi/productos/integracion/sociodemografico/mujeresyhombres/2011/MyH2011.pdf](http://www.inegi.org.mx/prod_serv/contenidos/espanol/bvinegi/productos/integracion/sociodemografico/mujeresyhombres/2011/MyH2011.pdf) (fecha de consulta: 3 de mayo de 2012).

<sup>39</sup> *Ibidem*, p. 69.

<sup>40</sup> *Ibidem*, p. 70.

<sup>41</sup> “Pagan a mujeres bajo salario: INEGI”, disponible en: <http://www.elsiglodetorreon.com.mx/noticia/715231.pagan-a-mujeres-bajo-salario-inegi.html> (consulta: 4 de mayo de 2012).

cio, donde podría ser el ingreso femenino hasta un 52% menor que el de los hombres.<sup>42</sup>

En este sentido, cabe hacer referencia nuevamente al Programa Oportunidades, el cual, como programa integral destinado a la población en extrema pobreza, incluye también acciones para reducir la deserción escolar, siendo beneficiadas principalmente las mujeres.

### B. *En cuestión de trabajo*

La mujer (obligada por las circunstancias económicas actuales o debido al desarrollo personal) se posiciona lentamente en el mundo laboral. En 1950 la población económicamente activa total de México era de 8,345,240 habitantes, de ellos sólo 1,137,646 eran mujeres que trabajaban,<sup>43</sup> mientras que en 2010 la población económicamente activa total de México era de 48,674,959 habitantes, de ellos sólo 17.3 millones eran mujeres que trabajaban,<sup>44</sup> mientras que en 2011 se registraron 49,577,700 habitantes que conformaron la PEA, de los cuales 17.5 millones son mujeres.<sup>45</sup>

El mundo laboral de la mujer presenta una dicotomía: debe trabajar frente al hombre en la igualdad jurídica, para que su trabajo no sea valorado ni a la mitad. Basta un ejemplo para constatar la gravedad del asunto.

De acuerdo con el INEGI, para el 2011<sup>46</sup> hay 21.2 millones varones jefes de familia y 6.9 millones mujeres jefas de familia. Los porcentajes de ingresos en el año 2005 variaban para los hombres entre el 21.1% que percibía sólo un máximo de 2 salarios mínimos y el 4.9% de esos jefes de familia que recibía más de 14 salarios mínimos. Si observamos los mismos datos estadísticos con enfoque de género, nos encontramos que para el mismo año el 40.9% de las mujeres jefas de familia percibía hasta 2 salarios mínimos y sólo el 0.4% más de 14 salarios mínimos.<sup>47</sup> Estos porcentajes reflejan la gran

<sup>42</sup> *Mujeres y hombres en México 2011*, cit.

<sup>43</sup> *Indicadores sociodemográficos de México 1930-2000*, INEGI, p. 197, disponible en: [http://www.inegi.org.mx/prod\\_serv/contenidos/espanol/bvinegi/productos/integracion/sociodemografico/indi\\_sociodem/2001/indi2001.pdf](http://www.inegi.org.mx/prod_serv/contenidos/espanol/bvinegi/productos/integracion/sociodemografico/indi_sociodem/2001/indi2001.pdf) (fecha de consulta: 7 de mayo de 2012).

<sup>44</sup> Resultados de la Encuesta Nacional de Ocupación y Empleo, INEGI, 2011, disponible en: <http://www.inegi.org.mx/inegi/contenidos/espanol/prensa/comunicados/estrucbol.asp> (fecha de consulta: 4 de mayo de 2012).

<sup>45</sup> *Idem*.

<sup>46</sup> *Mujeres y hombres en México 2011*, cit., p. 50.

<sup>47</sup> *Mujeres y hombres 2006*, INEGI, p. 393, disponible en: [http://www.inegi.gob.mx/prod\\_serv/contenidos/espanol/bvinegi/productos/integracion/sociodemografico/mujeresyhombres/2006/myh\\_x\\_3.pdf](http://www.inegi.gob.mx/prod_serv/contenidos/espanol/bvinegi/productos/integracion/sociodemografico/mujeresyhombres/2006/myh_x_3.pdf) (fecha de consulta: 14 de mayo de 2012).

desigualdad salarial entre géneros en nuestro país, pese a que la capacitación para desarrollarlo se encuentre cada vez más en circunstancias similares. En 2010, los mismos indicadores arrojan los siguientes datos:

#### INGRESOS EN SALARIOS MÍNIMOS POR SEXO 2010

<i>Ingresos</i>	<i>Hombres</i>	<i>Mujeres</i>
Menos de 1 sm	2,768,799	3,048,551
Hasta 2 sm	5,614,337	4,512,983
De 2 a 3 sm	6,034,042	2,861,578
De 3 a 5 sm	5,430,639	2,201,564
Superiores a 5 sm	1,852,923	1,066,403

FUENTE: Elaboración propia a partir de datos del INEGI.<sup>48</sup>

En las parejas conyugales mexicanas, las esposas destinan 73 horas y 42 minutos semanalmente a las tareas domésticas y externas, mientras que el marido dedica poco más de 12 horas al trabajo para el hogar y casi 51 horas a la semana en promedio al trabajo externo, lo que en conjunto suma 63 horas semanales.<sup>49</sup>

Aunado a esto tenemos la suspensión total en la evolución de las prestaciones por maternidad, lo cual se ve reflejado en:

- Las prestaciones por maternidad que no se han convertido en prestaciones familiares, donde los hombres puedan ejercer su paternidad y el cuidado de los hijos sea una responsabilidad compartida entre padres y madres trabajadoras.
- La casi inexistencia en la normatividad de compatibilidad de la vida laboral con la familiar, por ejemplo en la compatibilidad del periodo vacacional con el escolar, la reducción de la jornada laboral, los descansos para cuidados infantiles, etcétera.

<sup>48</sup> Reporte sobre la remuneración de la población ocupada en Sinaloa, INEGI, 2010, p. 6, disponible en: <http://www.ceees.com.mx/publico/eventos/uploadfiles//EstudiosEconomicos/reporte%20de%20remuneraciones%20I%20trimestre%20Sinaloa%202010.pdf> (fecha de consulta: 9 de mayo de 2012).

<sup>49</sup> Arroyo, Alejandra *et al.*, *México: mujeres y pleno empleo*, p. 33, disponible en: [http://www.inegi.org.mx/prod\\_serv/contenidos/espanol/bvinegi/productos/integracion/sociodemografico/mujeres\\_yhombres/2010/MyH\\_2010.pdf](http://www.inegi.org.mx/prod_serv/contenidos/espanol/bvinegi/productos/integracion/sociodemografico/mujeres_yhombres/2010/MyH_2010.pdf) (fecha de consulta: 4 de mayo de 2012).

- El requisito de los certificados de no gravidez sigue siendo una violación a los derechos de las mujeres, aunque se trate de expectativas de derechos laborales.

Es por lo anteriormente expresado que las políticas para diseñar empleo para las mujeres y programas de asistencia social deben ser conscientes de las diferencias de género y tender a la equidad. Al respecto, señala Alejandra Arroyo:

El empleo de la mujer y las horas que pasa fuera del hogar son muy importantes no únicamente en el sentido de que le restan atención a la familia, sino también como presencia activa en la sociedad y en la familia. Por ello, el empleo de las mujeres debe ser diseñado para que sea posible que enfrente las responsabilidades familiares, a fin de que la sociedad en el siglo XXI pueda hacer frente a la carencia de valores que, en gran medida, ha dado como resultado la desintegración familiar.<sup>50</sup>

### C. Desde la perspectiva del desempleo

Actualmente tenemos una tasa de desempleo de 4.9%, compuesta por 2,443,429 habitantes. De ellos, 1,563,153 son hombres y 880,276 mujeres;<sup>51</sup> sin embargo, se debe señalar que el empleo informal no se incluye en esa tasa de desempleo y ahí los porcentajes varían considerablemente.

Los empleos informales ascienden a 13,757,750 millones;<sup>52</sup> es decir, de la PEA del país, 28.23% son hombres que se ocupan en un empleo informal, y el 30.44% son mujeres.<sup>53</sup> Empleos sin protección laboral o de seguridad social, que colocan a los trabajadores en situación de vulnerabilidad social, en necesidad de ingresos provenientes de otras fuentes, como la asistencia que puede brindar el PPS.

## IV. A MANERA DE CONCLUSIÓN

El PPS y los programas que se han establecido, como el de Oportunidades, son un magnífico ejemplo de los beneficios que éste proporciona;

<sup>50</sup> *Ibidem*, p. 2.

<sup>51</sup> *Indicadores de ocupación y empleo al primer trimestre 2012*, disponible en: <http://www.inegi.org.mx/Sistemas/temasV2/Default.aspx?s=est&c=25433&t=1> (consulta: 24 de mayo de 2012).

<sup>52</sup> “Con empleo informal: 13.7 millones”, disponible en: <http://www.eluniversal.com.mx/notas/842783.html> (fecha de consulta: 24 de mayo de 2012).

<sup>53</sup> Puede verse en: <http://www.inegi.org.mx/sistemas/bie/cuadrostadisticos/GeneraCuadro.aspx?s=est&nc=715&c=25589> (fecha de consulta: 24 de mayo de 2012).

sin embargo, vale la pena cuestionarnos si la evolución que se está dando en esta etapa de desarrollo de la seguridad social hacia la protección social está cumpliendo con las expectativas no sólo de los más pobres, sino en fortalecer la exigibilidad jurídica de las prestaciones que se otorguen a toda la población.

Es decir: hoy en día, 4 de cada 5 personas en el mundo no se benefician de un nivel de protección social que les permita disfrutar su derecho a la seguridad social.<sup>54</sup>

Y ese 20% que sí lo recibe es porque lo hace a través de mecanismos clásicos como los seguros sociales, donde se encuentran prestaciones definidas dedicadas a dos aspectos fundamentales: atención a la salud de los asegurados y sus beneficiarios, y protección a los medios de subsistencia. Pero esos instrumentos tienen una característica principal, que es la de incluir en sí mismos mecanismos jurídicos de exigibilidad jurídica, como en el caso del IMSS, el ISSSTE y el ISSFAM, los recursos administrativos de la queja, el reembolso de gastos médicos, etcétera,<sup>55</sup> y aquí nos encontramos con que el primer piso del PPS, que otorga servicios esenciales en la niñez, adultez y vejez, se está llevando a cabo por los países por programas asistenciales. En México, los principales ejemplos son: el Seguro Popular de Salud y el Programa Oportunidades antes aludido, pero en ambos casos hablamos de programas asistenciales. Hay un autor español, el doctor Alarcón Caracuel,<sup>56</sup> que señala que la seguridad social está sufriendo un retroceso en su desarrollo, una involución hacia el asistencialismo.

Y con esto no se intenta bajo ninguna circunstancia restar mérito al PPS, por supuesto que es de reconocer la labor que se hace en favor de los grupos más excluidos de la sociedad. El círculo virtuoso del desarrollo planteado por el PPS puede funcionar y ser motor del desarrollo humano en

<sup>54</sup> *Hechos concretos sobre la seguridad social*, disponible en: <http://www.ilo.org/public/spanish/bureau/inf/download/socsec/pdf/socialsecurity.pdf> (fecha de consulta: 4 de mayo de 2012).

<sup>55</sup> Cada instituto de seguridad social en nuestro país cuenta con diversos recursos para inconformarse. Por lo que corresponde al Instituto Mexicano del Seguro Social, podemos decir que los recursos con los que cuenta son el de inconformidad y el de queja regulados por los artículos 294 y 295, y 296, respectivamente, de la Ley del Seguro Social.

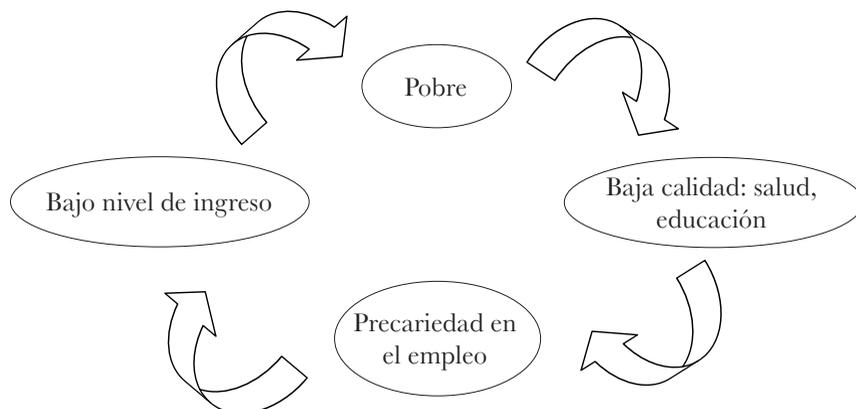
Los recursos del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado son el de reconsideración, regulado por el artículo 28 de su propia ley, y el recurso de revisión, reglamentado por el artículo 89 de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo.

El Instituto de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas Mexicanas cuenta con el recurso de inconformidad y reconsideración reglamentado por los artículos 188 y 196 de su respectiva ley.

<sup>56</sup> Alarcón Caracuel, Manuel R. y González Ortega, Santiago, *Compendio de seguridad social*, 4a. ed., Madrid, Tecnos, 1991, p. 337.

países en desarrollo como el nuestro, y contrarrestar al círculo vicioso de la pobreza:

### CÍRCULO VICIOSO DE LA POBREZA<sup>57</sup>



Sin embargo, no cada programa de este tipo ofrece la certeza, la garantía, que los seguros sociales ofertan o que la seguridad social engloba desde su nombre.

Por ejemplo, el Programa Oportunidades se encuentra focalizado a paliar las condiciones de extrema pobreza de millones de mexicanos, pero no garantiza mediante mecanismos jurídicos específicos el derecho a la obtención de esos apoyos económicos con bases claras y establecidas perdurables más allá de los programas sexenales. Es un escalón en la protección social, pero no se debe olvidar dotar a estos programas de la certeza, de la seguridad que va implícita desde el propio nombre de la seguridad social.

Por último, como se ha podido constatar con datos, el grupo poblacional que más apoyo está recibiendo por los programas asistenciales que en México se pueden ubicar como el primer piso del PPS son las mujeres, porque son el grupo social que más se encuentra en desventaja en un contexto globalizador, donde el trabajo no tiene cabida para las familias con jefatura femenina monoparental, donde la sociedad no ha desarrollado mecanismos eficaces de inclusión para ancianas que no generaron derecho a una

<sup>57</sup> Pobreza, Grupo del Banco Mundial, disponible en: <http://www.docstoc.com/docs/44078646/C%C3%ADrculo-vicioso-de-la-pobreza> (fecha de consulta: 24 de mayo de 2012).

pensión formal, ni al derecho a la atención de su salud. Es por ello que si bien el PPS puede resultar en grandes beneficios para las mujeres al punto de solucionar la desigualdad social por razones de género, constituyéndose como un mecanismo eficaz de protección social, también lo es que puede reducirse a un grupo de programas asistencialistas que únicamente sean paliativos de los problemas actuales. En gran medida depende de las políticas de implementación que el Estado adopte para su inclusión en el país. Por lo que nos resta la duda de cuál será el camino a seguir: ¿programas asistencialistas como el Seguro Popular de Salud o el Programa Oportunidades o verdaderos mecanismos de protección social que otorguen certeza y seguridad jurídica en el otorgamiento de sus prestaciones?

## V. BIBLIOGRAFÍA

- ALARCÓN CARACUEL, Manuel R. y GONZÁLEZ ORTEGA, Santiago, *Compendio de seguridad social*, 4a. ed., Madrid, Tecnos, 1991.
- BLASCO LAHOZ, Francisco *et al.*, *Curso de seguridad social*, 9a. ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2002.
- CARBONELL, Miguel (coord.), *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, comentada y concordada*, 18a. ed., México, Porrúa, 2004, t. I.
- MENDIZÁBAL BERMÚDEZ, Gabriela (coord.), *La seguridad social a grupos vulnerables en un mundo globalizado*, México, UAEM, 2008.
- ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Derecho civil mexicano*, t. II: *Derecho de Familia*, México, Porrúa, 1998.

*Derechos humanos en el trabajo y la seguridad social. Liber Amicorum: en homenaje al doctor Jorge Carpizo McGregor*, editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, se terminó de imprimir el 7 de agosto de 2014 en Impresión Comunicación Gráfica, S. A. de C. V., Manuel Ávila Camacho 689, col. Sta. Ma. Atzahuacán, delegación Iztapalapa, 09500 México, D. F. Se utilizó tipo *Baskerville* en 9, 10 y 11 puntos. En esta edición se empleó papel cultural 70 x 95 de 50 kilos para los interiores y cartulina couché de 162 kilos para los forros; consta de 500 ejemplares (impresión *offset*).







