EL IMPACTO DE LOS DERECHOS HUMANOS LABORALES EN EL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO

Libro en homenaje a María Patricia Kurczyn Villalobos

Andrea Cristina Viteri García
Brenda Areli Hernández Arana
Carlos Humberto Reyes Díaz
(Coordinadores)

Prólogo de:
Adrián Goldin



Maria Patricia Kurczyn Villalobos

Doctora en Derecho por la Facultad de Derecho de la UNAM. Maestra en Sociología por la Universidad Iberoamericana. Docente desde 1966 e Investigadora de tiempo completo en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y miembro del Sistema Nacional de Investigadores Nivel III. Integrante Permanente del Tribunal Universitario de la Universidad Nacional Autónoma de México y Profesora Decana del Consejo Interno del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM a partir de 2021. Fundadora y directora de la Revista Latinoamericana de Derecho Social, autora de diversas obras y publicaciones individuales, en obra colectiva, diccionarios y revistas especializadas de derecho. Segunda Vicepresidenta de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (2019-2022). Consejera de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (2007-2012). Presidenta de la Sociedad Mexicana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (2010-2012 y 2012-2015). Galardonada con el Premio Nacional de Jurisprudencia 2020. Comisionada del Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales (2014-2020).

El impacto de los derechos humanos laborales en el sistema jurídico mexicano

El impacto de los derechos humanos laborales en el sistema jurídico mexicano

Obra en Homenaje a la Dra. María Patricia Kurczyn Villalobos

ANDREA CRISTINA VITERI GARCÍA
BRENDA ARELI HERNÁNDEZ ARANA
CARLOS H. REYES DÍAZ
(Coordinadores)

UNAM
POSGRADO
Derecho

Primera edición, 2022.

El impacto de los Derechos Humanos laborales en el sistema jurídico mexicano. Obra en Homenaje a María Patricia Kurczyn Villalobos.

Edición electrónica.

Coordinadores:
Andrea Cristina Viteri García
Brenda Areli Hernández Arana
Carlos Humberto Reyes Díaz

Diseño de portada y maquetación: José Manuel Guevara García

ISBN: 978-607-30-4503-2

Derechos reservados 2022. Todos los derechos reservados conforme a la ley. Las características de esta edición, así como su contenido, no podrán ser reproducidas o transmitirse bajo ninguna forma o por ningún medio, electrónico, mecánico, incluyendo fotocopiado y grabación, ni por ningún sistema de almacenamiento y recuperación de información sin permiso por escrito del propietario del Derecho de Autor.

© Universidad Nacional Autónoma de México
© Carlos Humberto Reyes Díaz
© Andrea Cristina Viteri García
© Brenda Areli Hernández Arana

Hecho en México.



Directorio

Enrique Graue Wiechers
Rector

Leonardo Lomelí Vanegas
Secretario General

Manuel Torres Labansat
Coordinador General de Estudios de Posgrado

Fernando Guadalupe Flores Trejo
Coordinador del Programa de Posgrado en Derecho

Entidades

Manuel Martínez Justo
Facultad de Estudios Superiores Acatlán

Fernando Macedo Chagolla
Facultad de Estudios superiores Aragón

Raúl Contreras Bustamante
Facultad de Derecho

Pedro Salazar Ugarte
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Héctor Alejandro Ramírez Medina
Coordinador Editorial

Índice

Prologo 11
Adrián Goldin

Estado de derecho: retos y perspectivas 25
Sergio García Ramírez

Los derechos humanos laborales en el constitucionalismo contemporáneo 43
Andrea Cristina Viteri García

El derecho a la seguridad social como derecho autónomo y su impacto en las personas mayores 75
Eduardo Ferrer Mac-Gregor

Hacia los derechos humanos de la burocracia 119
Carlos Reynoso Castillo

Las obras literarias y artísticas creadas bajo relación de trabajo, a la luz de los derechos humanos 143
Eduardo de la Parra Trujillo

La jurisprudencia en méxico, axioma de los derechos humanos laborales 173
José Alfonso Aparicio Velázquez

¿Un nuevo escenario para los datos personales de los trabajadores en la industria 4.0? 207
Óscar Zavala Gamboa

Evolución de la transparencia sindical en méxico 227
Miguel Ángel Pastrana González

Acceso a la justicia y derechos humanos de las personas adultas mayores 251
Maria Ascensión Morales Ramírez

Los derechos humanos laborales en la práctica de las y los operadores jurídicos 277
Tomás H. Natividad Sánchez

La perspectiva de género en la jurisprudencia como instrumento para alcanzar la efectividad de los derechos humanos laborales · 287
Brenda Areli Hernández Arana

La comisión nacional de los derechos humanos y los derechos humanos laborales en méxico· · · · · · · · · · · · · · · 313
Alma Elena Rueda Rodríguez

Consulta, representatividad y aparición de la legitimidad en la reforma a la contratación colectiva mexicana: ¿entre la tutela y el control estatal?· · · · · · · · · · · · · · · · · · · ·

PROLOGO

por Adrián Goldin[1]

Si hemos de reconocer la incontenible incidencia de los procesos en curso de desestandarización contractual creciente en el Derecho del Trabajo, huida y debilitamiento subjetivo del mismo ordenamiento[2], desdibujamiento de los límites entre el trabajo dependiente y el autónomo, entre otras tendencias problemáticas en el moderno devenir del Derecho del trabajo, habrá que considerar otro efecto sobreviniente, como sería el del resquebrajamiento de la "*unicidad regulatoria*" tradicional – un único y gran ordenamiento para la protección de una figura dominante que es la *dependencia laboral* - y la consiguiente tendencia de *segmentación y pluralización de los regímenes de protección laboral,* en cuyo marco el del tradicional trabajador dependiente– es el que en especial, consagran la mayor parte de los ordenamientos laborales - habrá de ser sólo uno más entre algunos otros y ya no el único, pues v.gr., y por ahora, podrían sumarse otros como los de los teletrabajadores, los trabajadores reclutados por medio de plataformas informáticas , los de los "call centers", los autónomos económicamente dependientes, y otros por venir.

Si así sucediera, parece probable que junto a los estatutos de cada una de las categor*ías resultantes de aquel hipotético* proceso de *pluralización reglamentaria*, el Derecho del Trabajo albergue también un esquema básico y generalizado de tutela – una suerte de *derecho común del trabaj*o del que forman parte ya mismo, cuanto menos, los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo proclamados por la Declaración de la OIT de 1998 (*la libertad de asociación y la li-*

---

[1] Profesor Emérito de la Universidad de Buenos Aires. Presidente Honorario de la Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

[2] Tema que enuncié en mi "*Labour Subordination and the Subjective Weakening of Labour Law*", en Boundaries and Frontiers of Labour Law (Davidov and Langille, eds), Hart Publishing, Oxford 2006

bertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva, la eliminación del trabajo forzoso u obligatorio, la abolición del trabajo infantil y la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación.), los derechos personalísimos – inespecíficos, en la sutil designación que les asignara Carlos Palomeque[3]- y probablemente, los demás contenidos de la Garantía Laboral Universal (condiciones de trabajo básicas, salario vital adecuado, límites a las horas de trabajo, salud y seguridad en el lugar de trabajo) *postulada en el Informe de la Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo de la OIT, producido en los primeros meses de 2019.*

Siendo más nítido el perfil y las fuentes de los Derechos Fundamentales consagrados como tales en la recordada Declaración de 1998, vale la pena dedicar unos párrafos a los llamados derechos personalísimos o "inespecíficos", sin duda componentes también del plexo de los Derechos Humanos Laborales de los que, sólo a título ilustrativo, me permito recordar algunos como los de intimidad y privacidad, opinión y expresión, libertad ideológica y religiosa, preservación de la propia imagen, no discriminación, cumplimiento de deberes familiares, restricción en el tratamiento de los datos sobre el asalariado, evaluación de datos genéticos, prevención de excesos en el uso de nuevas tecnologías de control laboral, preservación de la privacidad de la correspondencia electrónica, entre otros.

Si bien no es sencillo discernir la distinción conceptual entre derechos fundamentales en el trabajo, derechos humanos laborales derechos personalísimos en el trabajo – y no pretendo abordar la cuestión en esta oportunidad – me permitiré detenerme apenas unos párrafos en estos últimos pues requieren tal vez alguna mayor elaboración.

---

[3] Tal el modo en que les llama Manuel Carlos Palomeque ("Los derechos laborales en la Constitución Española", Madrid, CEC, 1991) en terminología que "ha hecho carrera".

Su incorporación relativamente reciente constituye, para Antoine Jeammaud[4], el aspecto positivo de las tendencias de *individualización* del Derecho del Trabajo. De la *individualización* concebida como revalorización de la condición personal del trabajador en el marco del contrato de trabajo y no, esta vez, a la que parecen apuntar más bien las tendencias de *individualización en el campo de las fuentes del derecho* - menos ley, menos convenio colectivo, más contrato individual – que son expresión de ya tradicionales demandas empresarias de flexibilidad laboral. Junto al reforzamiento del papel de la autonomía contractual individual como fuente reguladora del contrato de trabajo, se produce "una mayor sensibilidad a los intereses individuales, una revalorización del perfil subjetivo del contrato de trabajo...la persona del trabajador adquiere un relieve en todas las dimensiones que, con anterioridad, permanecía más limitada en base a la necesidad, todavía vigente, de reequilibrar con la fuerza colectiva la desigualdad de poder a nivel individual". La "personalización" del contrato de trabajo, tanto respecto a la norma estatal como a la autonomía colectiva, tiene como una de sus consecuencias – también como una de sus causas – el acentuar la importancia de los derechos personalísimos en la esfera individual"[5].

¿Cómo explicar esta tendencia de exaltación de derechos personalísimos, precisamente en tiempos de fuerte resistencia a cualquier forma de valorización de la lógica de protección? Sostiene el propio Jeammaud que se trata de la reacción del ordenamiento jurídico a nuevos datos contextuales que entornan y fortalecen el estado de sujeción laboral, relacionados con la utilización de tecnologías de

[4] Cfr. Jeammaud, Antoine, "Le droit du travail en proie aux changements" Texto destinado a una obra colectiva sobre los cambios del derecho bajo la dirección de Michel Miaille, que aparecería en 1997 en la Colección Derecho y Sociedad, Ed. LGDJ, en manuscrito fotocopiado.

[5] Cfr. del Rey Guanter, Salvador, "Derechos fundamentales de la persona y contrato de trabajo: notas para una teoría general" en Relaciones Laborales (Madrid) No. 3, 1995 pág. 181 y sgtes, en part. pág. 200.

control y con nuevas formas de gestión empresaria, como la definición de "valores y cultura de la empresa" (a los que el trabajador debe ajustarse), el escrutinio cada vez más riguroso de las condiciones personales del trabajador al momento del ingreso y, agrego yo, durante su desempeño (no sólo aptitudes y nivel de formación, también aspectos de su personalidad y de su vida privada), el desarrollo de las tecnologías para diversas formas de control ejercidas sobre el personal y el de las comunicaciones electrónicas y las posibilidades de injerencia en su privacidad, la multiplicación de los empleos en que se asume la representación de la empresa y el contacto directo con los clientes, etc. . La expansión de los poderes empresariales, siguiendo la lógica de sus propias demandas de flexibilidad, y los procesos de intelectualización, desmaterialización[6] y desestandarización del trabajo que aparejan formas novedosas de control, desbordan los alcances de los instrumentos más tradicionales de la tutela, concebidos para un cierto tiempo, un cierto modo, un cierto lugar de realización de las prestaciones laborales y hacen necesario modos más refinados y diversos para preservar la dignidad del trabajador, expresada esta vez en sus derechos personalísimos, crecientemente agitados por los rigores impuestos por esas nuevas formas de vinculación.

Ambos niveles – el de las relaciones con el Estado y el que corresponde a las relaciones entre los particulares - en todo caso se retroalimentan; tanto en la intensidad de las lesiones que infieren al sistema de libertades, cuanto en la generación de las respuestas compensatorias. En América Latina la extendida implantación de las dictaduras militares y la atroz dimensión de algunas de sus acciones, habilitaron – tras su agotamiento - un desarrollo particularmente rico y profundo del pensamiento sobre los Derechos Humanos y un fortalecimiento notable de sus garantías. Lo que ha

---

[6] Cfr, Jean-Emmanuel Ray en *"De Germinal a Internet. Une nécessaire evolution du critère du contrat de travail"*. Droit Social 7/8 Julio/Agosto 1995 pág. 647.

tenido una influencia significativa en la exaltación de los derechos personalísimos, en cuanto se expresan en el lugar de trabajo. Esa reivindicación de los derechos se corresponde también, desde luego, con el dominante espíritu libertario emergente de la recuperación del estado de derecho y de las instituciones de la democracia y la república.

Tal vez sea esa inasibilidad creciente de las nuevas formas de sujeción, cuya opacidad las sustrae al alcance de los instrumentos más tradicionales de tutela, la que contribuya también a explicar la importancia que asume una de las propiedades que denotan a estos derechos personalísimos; se trata de su *plasticidad* que permite que, además de ocupar los intransferibles espacios que les son propios, le habiliten para la cobertura de los *intersticios* (a los que deben ajustarse) en la compleja trama de relaciones e intereses generados por aquellas novedosas formas de sujeción. *Plasticidad* que es propia de su formulación amplísima y su relativa indeterminación, mucho más si no han sido objeto de expreso tratamiento legal, y le dota de aptitud para acompañar un espacio de la realidad (el de las relaciones de producción) en permanente transformación A diferencia de las normas específicamente laborales de protección del trabajador, que deben cumplirse de modo "literal" y según sus propios términos, los derechos fundamentales de la persona como tal, en cuanto se esgriman en el contexto de un vínculo de trabajo dependiente, admiten un mucho más "flexible" y matizado proceso de reconocimiento.

La importancia del tema de los Derechos Humanos Laborales se corresponde íntimamente con la de la distinguida académica a la que se rinde homenaje por medio de esta obra. Siendo Patricia Kurczyn una de las juristas mexicanas más reconocidas en su país y en el exterior, parece innecesario recorrer minuciosamente su biografía y tal vez baste decir que obtuvo su licencia y doctorado en la UNAM, con mención honorifica en la primera y mención especial unánime en el segundo. Que realizó actividades en el ex-

terior, como en la Universidad Attile Jozsef de Szeged, Hungría y la Universidad de Bolonia, Italia, y que enseña en aquella misma Facultad de Derecho de la UNAM desde 1966. Se ha desempeñado como investigadora de tiempo completo en el Instituto de Investigación Jurídicas, cuya área de Derecho Social ha coordinado y dirige la prestigiosa Revista Latinoamericana de Derecho social desde su fundación en 2005.

Esas aptitudes y otras que aquí, por lo expresado más arriba se omiten, explican que haya sido designada miembro de número de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, y sea, además, socia fundadora del Capítulo México de la Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social.

El 14 de mayo de 2014 fue designada por el H. Senado de la República como Comisionada del Instituto Federal de Acceso a la Información y Protección de Datos (IFAI), hoy Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales (INAI). Había sido antes miembro del Consejo Consultivo de la Comisión Nacional de Derechos Humanos y antes aún, Directora del Centro de Rehabilitación Femenil de la ciudad de México

Más que merecido es, por lo tanto, el homenaje que le tributa esta obra que tengo el honor de prologar relativa, dedicada precisamente, a "El Impacto de los Derechos Humanos Laborales en el Sistema Jurídico Mexicano", cuyo contenido reseñaré muy brevemente.

La primera Sección de la obra está dedicada al "Estado de Derecho y los Derechos Humanos Laborales". Bien hacen los coordinadores de la obra de iniciar su texto con un tratamiento del Estado de Derecho, cuyo primer capítulo está a cargo de Sergio García Ramírez, Profesor Emérito de la UNAM, y lleva por título "Estado de Derecho: Retos y perspectivas". Es que, en efecto, la existencia y respeto del Estado de Derecho es marco inexcusable y condición de ejercicio efectivo de los derechos humanos – los generales

y también, en particular, los laborales. En su contribución, el Prof. García Ramírez destaca su dimensión vertical: el derecho de los ciudadanos a su respeto por el poder público. Se considera la democracia representativa, que es condición moderna del Estado de derecho, y demanda la participación electoral de los ciudadanos – sin ella el fenómeno democrático está ausente - pero sin dudas lo trasciende y tiene entre sus componentes sustantivos y definitorios, precisamente la preservación de los derechos humanos. El autor no elude considerar los riesgos que afrontan tanto el Estado de derecho como los derechos humanos, que deben sustraerse al "éxito de ciertas corrientes autoritarias, encabezadas por líderes "fuertes" o carismáticos" con ofertas atractivas", así como a las explosiones de populismo que se manifiestan aquí y allá; en nuestros países y también en el resto del mundo.

Andrea Cristina Viteri García, también ella profesora de la UNAM, se propuso tratar el tema de "Los Derechos humanos laborales en el constitucionalismo moderno", con inmediata evocación de tres instancias fundamentales en su construcción: la Constitución de México de 1917 y la Constitución de Weimar de 1919, junto a la creación de la Organización Internacional del Trabajo tras la terminación de la gran guerra en 1919 y la creciente valorización operativa de las normas constitucionales e internacionales del trabajo como parte central de ordenamiento positivo. La autora examina también el proceso de transformación de los derechos humanos laborales" hasta la adquisición de su actual relevancia jurídica, particularmente en el campo de la organización y acción sindicales y su sesgo corporativo, así como su ulterior reflujo flexibilizador. Ello así en su tránsito hacia el "ahora denominado Estado Constitucional de Derecho" desde el que la Constitución asumiera un rol dominante.

La segunda sección de la obra lleva por título "Temas relevantes de Derechos Humanos laborales. El primer capítulo de esta sección está a cargo del Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, aborda la cuestión del "De-

recho a la Seguridad Social como derecho autónomo y su impacto en las personas mayores", reproduciendo en lo esencial su propio voto emitido en la Sentencia del caso *Muelle Flores vs. Perú* del 6 de marzo de 2019. El autor señala que el caso *Muelle Flores* consagra de modo específico la justiciabilidad directa del derecho humano a la seguridad social, reconociéndose su presencia implícita en la Carta de la OEA y su protección en la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José, en particular en su artículo 26. Y destaca que es la primera vez que la Corte que preside aborda de manera directa el derecho a la seguridad social como derecho autónomo y justiciable y, en ese marco, la particular consideración de la persona mayor con discapacidad en tanto individuo que requiere especial tratamiento tutelar. Allí la Corte, señala el autor, se sirve de fuentes y principios del *corpus iuris* internacional, habilitada para ello por el artículo 29 del Pacto de San José, permitiéndole de tal manera actualizar el sentido de los derechos reconocidos por el artículo 26 del mismo. La naturaleza y alcance de las obligaciones que derivan de la protección de la seguridad social, agrega la Corte, incluye aspectos que poseen una inmediata exigibilidad, en tanto otros, tiene un carácter progresivo.

Carlos Reynoso Castillo tomó a su cargo el tema de los Derechos Humanos laborales de la burocracia ("Hacia los derechos humanos de la burocracia") dando cuenta de la necesidad de desarrollo de un proceso de adaptación y reconocimiento de esos derechos y señalando, en particular, que la tradicional visión administrativista de las relaciones burocráticas ha dificultado la consolidación de su carácter laboral, pese al histórico reconocimiento de la intensa estabilidad en el empleo de los trabajadores del sector, posteriormente notablemente flexibilizado. Es desde esa perspectiva que el autor examina con escrúpulo y cuidado el momento por el cual atraviesan los derechos de esos trabajadores, en particular en el campo de sus derechos colectivos. La sustitución frecuente de la burocracia, sostiene, va en detrimento de un funcionamiento adecuado del Es-

tado y del gobierno. Contempla además el reconocimiento amplio de la libertad de asociación consagrado por el artículo 10, ap. C de la Constitución de la Ciudad de *México de 2017* otras instancias reformistas.

Miguel Ángel Pastrana González, profesor de la Facultad de Derecho de la UNAM, considera, a su vez, la "Evolución de la transparencia sindical en México" sosteniendo que el país cuenta con legislación suficiente para asegurar la transparencia sindical, que describe como el "conjunto de disposiciones y actos mediante los cuales los sujetos obligados tienen el deber de poner a disposición de cualquier persona la información pública que poseen". Para el autor, la transparencia sindical es un derecho humano de acceso a la información que preserva los objetivos de las instituciones, en el marco ineludible del respeto a la autonomía y la libertad sindical. En esa tarea, hace propia la perspectiva del Dr. Carlos Reynoso Castillo que distingue en el campo sindical la *transparencia administrativa*, la *transparencia gremial* y la *transparencia sindical en sentido social*. A todo lo largo de su contribución resulta clara su preocupación por transmitir la idea de que la búsqueda de transparencia sindical no debe afectar la esfera de la autonomía sindical. En opinión del autor, el mejoramiento de los estándares de transparencia sindical puede contribuir a la mejora de la crítica percepción social de los sindicatos.

Alfredo Sánchez-Castañeda, investigador y Coordinador del Área de Derecho Social del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, se ocupa del tema "Consulta, representatividad y aparición de la legitimidad en la reforma a la contratación colectiva mexicana: ¿entre la tutela y el control estatal?", en el cual sostiene que la contratación colectiva y la libertad sindical parten de un contexto revolucionario, en donde se delinean dos tipos de movimientos, el sindicalismo corporativo y el no alineado al gobierno. Aquel, trajo consigo una libertad sindical a cambio de subordinación y una contratación sindical simulada. En este contexto, las reformas

de 2017 y 2019 a nivel constitucional y legal respectivamente, trajeron consigo figuras que pretenden dar una protección "real" a la libertad sindical y que estaban ausentes del derecho laboral mexicano como la negociación colectiva, la representatividad sindical y la creación de los tribunales laborales dentro del poder judicial de la federación; sin embargo, a criterio del autor, hay algunos riesgos que persisten por algunas reformas secundarias e instituciones introducidas en la Ley Federal del Trabajo, como el Centro Federal de Conciliación y Registro Laboral que sigue bajo la tutela del gobierno y del ejecutivo y que pudiera caer bajo el control estatal.

Mariano Palacios Alcocer, ex rector de la Universidad Autónoma de Querétaro, analiza la evolución histórica que han tenido las universidades en México como espacios de reflexión crítica, de formación científica y humanística para lograr reconocer la enseñanza libre y laica en la constitución mexicana de 1917. El autor señala que el texto constitucional ha tenido diversas reformas entre las que destaca la reforma de 2011, que pone a los derechos humanos como elemento fundamental de la educación, lo que en materia laboral genera un intenso debate sobre las condiciones de los trabajadores en las Universidades, cuando existe un enorme pasivo laboral de las universidades públicas y el riesgo crítico sobre la viabilidad financiera de algunas de ellas en el corto plazo. Para lograr solucionar este problema el autor sugiere que se inicie un enorme esfuerzo nacional, una férrea voluntad política de los poderes públicos y una seria responsabilidad de las universidades para contar con el apoyo presupuestal suficiente y oportuno para garantizar los derechos humanos laborales de su claustro de profesores.

La tercera sección de la obra se ocupa del tema de "Los Derechos Humanos Laborales en la Sociedad de la Información" y su primer capítulo, que lleva un interrogante a modo de título "¿Un nuevo escenario para los datos personales de los trabajadores en la industria 4.0?" se encuentra a cargo de Oscar Zavala Gamboa, Profesor de la UNAM y de la Escuela Libre de Derecho. El Prof. Zavala Gamboa

considera el impacto que los nuevos desarrollos tecnológicos pueden proyectar sobre la seguridad en el manejo de los datos personales del trabajador, y el riesgo de que esa información llegue a destinos distintos de aquellos para los cuales han sido exteriorizados y se utilicen con fines distintos a los autorizados. El marco propuesto es el de la denominada Industria 4.0, que conlleva la incorporación de elementos como el uso de Sistemas Ciber-f*ísicos (CPS)*, desde la perspectiva del impacto que ella tiene sobre la prestación del trabajo y el empleo y, en particular, sobre las necesidades de protección de los datos personales de los trabajadores en ese contexto. El derecho humano consiguiente del trabajador, señala el autor, consiste en el poder de control sobre la información acerca de su persona, el derecho de decidir qué datos quiere proporcionar a un tercero (en este caso, el empleador o el propio Estado), quién ha de poseerlos y para qué, y el goce de la facultad de oponerse a esa posesión o uso.

Eduardo de la Parra Trujillo, Profesor de la Universidad Panamericana, desarrolla el tema "Las Obras Literarias y Artísticas creadas bajo relación de trabajo, a la luz de los Derechos Humanos. Destaca allí de qué modo en las obras literarias creadas en el marco de una relación laboral se ponen en simultánea acción las disposiciones de tutela del Derecho Autoral y del Derecho del Trabajo. En ese marco, la protección de los autores es de superior intensidad que la que ampara a los "inventores trabajadores" debido a que la Ley Federal del Derecho de Autor, sostiene, es mucho más tuitiva de sus derechos que las de la Propiedad Industrial y, agrega, "…el fuerte influjo que tienen los derechos humanos en la materia autoral… aunque los derechos de autor no son derechos humanos, existe una íntima relación entre ambas clases de derechos, al grado de que si se viola un derecho de autor se transgrede, a la vez, uno o varios derechos humanos". A juicio del Prof. de la Parra Trujillo, el influjo más fuerte del tratamiento de los derechos de autor parece provenir del derecho humano a la protección jurídico autoral y sólo en menor medida al juego de los derechos humanos laborales.

La cuarta y última sección de la obra está dedicada a "La Exigibilidad de los Derechos Humanos Laborales" y es María Ascensión Morales Ramírez, Profesor-Investigadora en la Facultad de Derecho de la UNAM quien ha escrito su primer capítulo sobre "Acceso a la justicia y Derechos Humanos de las personas Adultas Mayores". La autora se propuso explicar las bases conceptuales del acceso a la justicia – tanto en su dimensión normativa cuanto en su perspectiva fáctica - identificar el cumplimiento del derecho de certeza jurídica previsto en la Ley de los Derechos de las Personas Adultas mayores y, en tercer lugar – esta vez "en clave" de la protección no jurisdiccional – determinar los criterios de actuación ante la violación de los derechos humanos de las personas mayores. Con ese objeto, se examinan los criterios emergentes de la jurisprudencia, los informes y recomendaciones de la Comisión Nacional de Derechos Humanos y los instrumentos internacionales en vigor. Desde esas fuentes documentales, la autora contempla diversas dimensiones resultantes del derecho de acceso a la justicia, entre las cuales la más inmediata de la posibilidad efectiva de acceder al sistema judicial, obtener un adecuado servicio de justicia mediante un pronunciamiento judicial justo en tiempo oportuno, y el conocimiento por parte de los ciudadanos de sus derechos y los medios para hacer posible su ejercicio y reconocimiento.

Tomás H. Natividad Sánchez, profesor de la Universidad Panamericana, ha dedicado su contribución a "Los Derechos Humanos Laborales en la práctica de las y los operadores jurídicos". Tras dar cuenta del concepto y alcances de los derechos humanos laborales, se ocupa luego de la práctica de los operadores jurídicos cuyo concepto también define, así como de la importancia de sus funciones y responsabilidades. El autor presta especial atención a los principios y derechos fundamentales en el trabajo contenidos en la Declaración de 1998 – *libertad sindical y reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva, eliminación del trabajo forzoso y del trabajo infantil y de la discriminación en materia de empleo y ocupación* - para enlistar a

continuación los que son a su juicio derechos humanos laborales consagrados por la OIT. Acto seguido, reseña los cambios sufridos por el sistema mexicano de protección del trabajo en el transcurso del tiempo.

El capítulo siguiente de esta última sección, referido en este caso a "La jurisprudencia en México. Axioma de los Derechos Humanos Laborales" ha sido desarrollado por José Alfonso Aparicio Velázquez, Profesor de la Facultad de Derecho de la UNAM, quien sostiene que esa fuente es, en muchos casos "la expresión más vigente de los derechos humanos", que asume desde la perspectiva histórica y la del derecho positivo. Lo hace con el objeto de evaluar la evolución del derecho social mexicano, tanto desde la perspectiva de su jurisprudencia como de la que produce la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Considera también los criterios de diversas autoridades nacionales e internacionales que tienen, a su juicio, funciones formal o materialmente jurisdiccionales, como las Juntas de Conciliación y Arbitraje y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y también las autoridades administrativas del trabajo, órganos constitucionales autónomos, la Organización Internacional del Trabajo y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Seguidamente, Brenda Areli Hernández Arana, Maestra en filosofía del derecho, desarrolla el tema de "La perspectiva de Género en la jurisprudencia como instrumento para alcanzar la Efectividad de los Derechos Humanos Laborales" que también aborda el análisis jurisprudencial, esta vez en el terreno específico de la perspectiva de género y, en particular de la violencia de género. La autora sostiene en sus conclusiones que la problemática de los derechos humanos laborales permite una aproximación transversal, habida cuenta de su interdependencia y el "…diseño e implementación de herramientas como los protocolos de actuación para su debida interpretación".

El último capítulo de esta sección final corresponde a Alma Elena Rueda Rodríguez, Doctora en Formación de la persona y Mercado de Trabajo, quien tomara a su cargo el tema de "La Comisión Nacional de los Derechos Humanos y los Derechos Humanos Laborales en México". Se trata, en la perspectiva de la autora, de la reforma constitucional del año 2011, que modificó el artículo 102 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, hasta entonces impedidos de investigar ciertas violaciones de derechos humanos tales como los de naturaleza laboral. La autora destaca el hecho de que la Comisión Nacional de Derechos Humanos creara una visitaduría para conocer las violaciones a los derechos humanos laborales, ampliando de ese modo el sistema no jurisdiccional de protección de los mismos.

Las palabras que cada una de las autoras y autores dedica a la Profesora Kurczyn, a quien se lee y escucha siempre con respeto e interés por su profundidad y su temple sabio y prudente, son la confirmación más cabal de la justificación de este homenaje, en el que tenemos el honor de participar con este prólogo que aquí concluye.

ESTADO DE DERECHO: RETOS Y PERSPECTIVAS

Sergio García Ramírez[1*]

SUMARIO: *Resumen.* I. *Introducción.* II. *La circunstancia y el Estado de Derecho.* III. *Democracia. IV. Estado de Derecho y derechos humanos. V. Riesgos. VI. Los personajes.*

Resumen: Con este artículo en torno a un tema examinado en otros foros y recogido en una publicación universitaria (Propuestas y elementos en torno a la fiscalización y la globalidad en México, UNAM, 2020), participa el autor en el homenaje colectivo a la doctora Patricia Kurczyn. En las primeras páginas del artículo se destaca la persona y la obra de la doctora Kurczyn como funcionaria pública e investigadora académica. En seguida el autor revisa diversas circunstancias que favorecen y arraigan al Estado de Derecho o militan contra éste. El Estado de Derecho implica el reconocimiento, el respeto y la garantía de los derechos y las libertades de los individuos que se hallan bajo la jurisdicción del Estado, así como el firme compromiso de éste de brindar protección y adecuadas condiciones de ejercicio de los derechos humanos. Para ello se requiere, entre otras cosas, un marco institucional favorable (estructura del Estado). El autor alude, asimismo, a la democracia en diversos sentidos y pone énfasis en la democracia integral, entendida como sistema de vida, que consagran el artículo 3o de la Constitución mexicana (según la fórmula incorporada en reforma de 1946) y el artículo 26 de la Carta Democrática Interamericana. La atención a las legítimas demandas sociales es factor de gobernabilidad, noción que no se reduce a la preservación mecánica del orden público. En este artículo se hace referencia a las "olas democratizadoras" que han aparecido en algunos países, calificadas como "primaveras de la democracia", y también a las tensiones de signo contrario que asedian el desarrollo de aquélla. En la

[1*] Profesor Emérito de la Universidad Nacional Autónoma de México. Investigador Emérito del Sistema Nacional de Investigadores (SNI). Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas. Antiguo profesor de la Facultad de Derecho.

construcción del Estado de Derecho intervienen varios personajes, aludidos en este artículo: el ser humano, el dirigente político, las instancias del poder público (destacan los parlamentos y los juzgadores), ciertos órganos autónomos, los partidos políticos, los medios de comunicación, entre otros actores que operan en la sociedad de nuestro tiempo. El autor invita a entender y atender la heterogeneidad de la sociedad y rechazar versiones de gobierno autoritarias y excluyentes que a la postre provocan la crisis del Estado de Derecho.

I. Introducción

Con esta nota concurro al homenaje que se hace a una maestra, ciudadana y amiga por la que tengo el mayor aprecio y afecto, la doctora Patricia Kurczyn Villalobos. Celebro la feliz iniciativa que se ha tenido --y a la que concurro con plena convicción-- de hacer ese homenaje a través de una obra colectiva, que reúne textos de algunos amigos y colegas de doña Patricia, entre los que me cuento.

Tuve el privilegio de conocer a la hoy doctora Kurczyn cuando ambos participábamos en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. Debo aclarar que ella era una joven estudiante, muy destacada, y yo --mucho mayor en edad-- me desempeñaba como investigador en esa institución universitaria. A partir de ese momento pude observar y admirar el progreso humano y profesional de mi distinguida amiga.

También traté a la doctora Kurczyn cuando se desempeñó, con gran talento y valentía, como directora del Centro de Rehabilitación Femenil, conocido como Cárcel de Mujeres, de la ciudad de México. Su papel en esa misión fue muy destacado, como lo ha sido en todos los ámbitos en que se ha desenvuelto.

Pasado algún tiempo nos reencontramos en el Instituto de Investigaciones Jurídicas, nuestra común casa académica. Asimismo, coincidimos en la Facultad de Derecho, de la que somos egresados. Tuve el privilegio de formar parte del sínodo ante el que sustentó un brillante

examen para obtener --con altos merecimientos-- el grado de doctora en Derecho.

Doña Patricia ha dedicado su docencia y su tarea de investigación al Derecho social, con énfasis en el régimen laboral, que conoce y profesa con maestría. Fue coordinadora del área de Derecho social en el Instituto de Investigaciones Jurídicas. También ha participado, con notable intensidad y acierto, en actividades colegiadas de promoción y defensa profesional, como la Barra Mexicana. Colegio de Abogados.

Me es muy grato, en consecuencia de los antecedentes que he referido --y de la firme y larga amistad que me une con la doctora Patricia Kurczyn--, participar en esta obra. Debo decir que el trabajo que ahora presento, a propósito de una materia que preocupa a los juristas y debe interesan a todos los ciudadanos, fue preparado originalmente para una reunión académica promovida por el Seminario Universitario de Gobernabilidad y Fiscalización, establecido al abrigo de la Facultad de Contaduría y Administración de la Universidad Nacional Autónoma de México y coordinado por mi respetado colega doctor Alfredo Adam Adam. Este trabajo, hasta ahora inédito --julio de 2019--, aparecerá en una edición del citado Seminario.

No pretendo ir muy lejos en el estudio de un asunto tan arduo y complejo como es el Estado de Derecho, ampliamente explorado desde diversas perspectivas. Esa pretensión desbordaría mis fuerzas y el objeto de la deliberación en la que participo. Solamente me referiré a ciertos extremos sobresalientes de esta materia, que se hallan sujetos a debate.

En diversas oportunidades he abordado la materia de esta nota o algunas cuestiones que en ella examino, convocado por el mismo Seminario o por otras instancias públicas y universitarias. Así ocurrió, por ejemplo, en la intervención que tuve en un foro precedente del Seminario, cuyos textos se reunieron en el volumen publicado por éste y la Facultad de Contaduría y Administración bajo el título de *Gobernabilidad. Protección de derechos fundamentales y fiscalización de su cumplimiento* (México, 2018). En consecuencia, sólo podré reiterar, con algunos matices específicos, el análisis emprendido en esos foros.

II. La circunstancia y el estado de derecho

Suelo invocar la autoridad de Ortega y Gasset cuando me refiero a temas como el que hoy me ocupa, con enorme carga histórica, ubicados en un amplio contexto que determina su identificación y sus implicaciones. En sus *Meditaciones del Quijote*, el profesor español señaló que el examen de algunos temas que nos interesan requiere conocimiento sobre la circunstancia en la que aquéllos se plantean, desenvuelven y transitan.

En suma, es preciso hablar del "yo y su circunstancia". Esto sucede cuando pretendemos referirnos, como ocurre ahora, al Estado de Derecho: más allá de sus caracterizaciones, abundantes y diversas, es necesario apreciar la circunstancia, el contorno, el contexto que presiden el análisis y guían la reflexión y, en su hora, la acción que resolvamos. Pensemos, pues, en "México, aquí y ahora", como cuestión de "previo y especial pronunciamiento", que dicen los abogados.

Se afirma que el Estado de Derecho entraña un aparato de libertades y derechos a la mano --y en la vida-- de los individuos, y un correspondiente conjunto de deberes imperiosos y puntuales a cargo del poder público. Cuando existen esos derechos y libertades, adecuadamente estipulados y celosamente garantizados, entendemos que existe un Estado de Derecho. Éste apareja, en consecuencia, un "estado de derechos" individuales y colectivos efectivamente reconocidos y amparados. Puesto en otros términos, conforme a la tradición jurídica anglosajona, que finalmente converge con la nuestra, Estado de Derecho significa primado y eficacia de la *rule of law*.

¿Podemos decir que en nuestra sociedad --la de aquí, la de este momento-- existe un genuino ejercicio, fluido y cotidiano, de los derechos y las libertades de los ciudadanos, atendidos, respetados y garantizados por el poder público? De primera intención, la respuesta podría ser negativa. En este tiempo y en esta circunstancia prevalecen, por lo pronto, la incertidumbre y la confrontación. Éstas nutren nuestra experiencia cotidiana. He sostenido, recogiendo simplemente una convicción generalizada, que tenemos certeza de que nos domina

la incertidumbre, único dato cierto --valga la paradoja-- de la vida colectiva.

En esta situación es preciso revisar los progresos logrados por previas generaciones y acuñados en nuestras leyes y en nuestras expectativas, analizar su pertinencia y su vigencia, afirmarlos y desarrollarlos --conforme a nuestras más profundas e informadas convicciones--, a fin de proveer las soluciones firmes y duraderas que hoy necesitamos y que mañana solicitarán quienes nos releven. Por ahora, muchas de las soluciones que salen al paso son fragmentarias y a menudo desconcertantes. Parecen oriundas de la insatisfacción y la ira, generadoras de discordia y de violencia.

III. Democracia

El estudio del Estado de Derecho --o de derechos-- lleva de la mano al debate sobre la democracia: identidad y realidad, también en nuestro tiempo y en nuestro medio. En el análisis es preciso establecer a qué versión de la democracia nos referimos, considerando que este concepto posee distintas acepciones. Pongamos en la mesa algunas caracterizaciones para entender la democracia que procuramos, alojada y protegida por el Estado de Derecho. Hay diferencias que en ocasiones parecen irreductibles --aunque no lo sean-- y conducen a destinos diferentes.

Hablamos de democracia "representativa", producto de luchas libertarias que colocaron al pueblo en el centro de la escena. En esta versión de la democracia, el pueblo ejerce el poder a través de representantes electos que integran órganos de autoridad emisores de la ley y ejecutores de ésta. En otros términos, el pueblo se halla representado y actúa conforme al mandato que dicta --electoralmente-- a sus representantes.

La democracia representativa se erigió cuando los parlamentos --de origen popular, no apenas estamental o privilegiado-- vencieron al monarca de fuente sobrehumana y asumieron la "voluntad popular". A ella se refieren muchos documentos relevantes de nuestro tiempo, que determinan el rumbo de nuestros derechos y de las obligaciones públi-

cas: así, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de 1969, y la Carta Democrática Interamericana, de 2001.

También hablamos de democracia "participativa", que no se conforma con encauzar la autoridad a través de órganos de representación, por legítimos que sean, sino exige la intervención más o menos directa de los ciudadanos en la adopción de las mayores decisiones colectivas y en la calificación de los actos de gobierno. Esta expresión de la democracia no carece de fronteras: se detiene ante valores fundamentales; no podría impugnar o desconocer los derechos inherentes a la dignidad humana. Es preciso advertir y respetar el lindero que separa las legítimas determinaciones populares de lo que se ha llamado "tiranía de la mayoría".

También se distingue entre la democracia "formal" y la "material", integral o sustantiva. Aquélla se resume --en términos someros-- como un sistema político en el que los ciudadanos, organizados o no en agrupaciones de esta naturaleza, concurren libre y periódicamente a las urnas y eligen a sus gobernantes a través del sufragio, sin coacción ni violencia. Se dice que ésta es una democracia pura y llana, "sin calificativos" que incorporen condiciones, requisitos o matices.

Por su parte, la versión integral o material de la democracia reconoce en ésta ciertas pretensiones sustantivas e identifica en sus actores el perfil que permite "calificarlos", según sus carencias y exigencias. Esta es la expresión de la democracia que recoge el artículo 3º constitucional a partir de la reforma de 1946, redactada en este punto por Jaime Torres Bodet con la concurrencia de Vicente Lombardo Toledano. Se trata de alcanzar un "sistema de vida fundado en el constante mejoramiento económico, social y cultural del pueblo". En la misma línea se inscribe el artículo 26 de la Carta Democrática Interamericana, que, por lo demás, abunda en alusiones a la democracia representativa.

En la caracterización de la democracia bajo este signo sustantivo o integral, agregaré un elocuente comentario de John Dewey. Resumir la democracia en un sistema electoral --señaló el tratadista norteamericano-- equivale a suponer que una iglesia o un hogar son apenas el recinto

material, piedras o tabiques, que aloja a un grupo de creyentes o a una familia, perdiendo de vista los fines que les confieren identidad y dignidad características, más allá de su presencia física.

El Estado de Derecho y su inherente acervo de derechos y libertades --con la necesaria contrapartida de deberes públicos-- es el cauce por el que corre la democracia. Por ello preocupa la fragilidad de las instituciones llamadas a garantizar esos derechos y esas libertades; su debilidad amenaza la subsistencia del Estado de Derecho y de la democracia.

La fragilidad de las instituciones (democráticas) merma el cimiento de la "sociedad democrática", un concepto en boga, guiada o encabezada por conductores demócratas. ¿Cómo podrían sostenerse, desde sus cimientos mismos, el Estado de Derecho, la democracia integral y la sociedad democrática, si se carece de genuinos gobernantes demócratas --más allá del discurso populista, por supuesto-- disciplinados a la ley y dotados de vocación y devoción democráticas? ¿Cómo asegurar Estado, democracia y sociedad, si declina la legitimidad del poder público, sea en su investidura, sea en su ejercicio?

IV. Estado de derecho y derechos humanos

Vuelvo a la reflexión sobre el Estado de Derecho. Cuando emergieron las libertades civiles, al cabo del siglo XVIII, se dijo con énfasis que el fin de la asociación política --ahora diremos: el Estado-- es la preservación de los derechos naturales del ser humano. Así se estipuló en la Declaración (francesa) de los Derechos del Hombre y el Ciudadano, de 1789, y en la Constitución de Apatzingán, nuestra primera carta con pretensión soberana, de 1814.

Ese dogma liberal y humanista coloca en el escenario a los protagonistas de la vida colectiva: individuo, sociedad y Estado, y les asigna jerarquía y papeles específicos. La figura central es el ser humano; las otras son personajes ancilares. Por lo tanto, cada vez que revisamos la situación del ser humano, la sociedad y el Estado deberemos plantearnos su papel en la vida colectiva --aquí y ahora, como he señalado-- y

resolver, a partir de ese planteamiento, si mantenemos en vigor el dogma humanista y liberal que ha velado a lo largo de nuestra historia, en medio de constantes vicisitudes, o estamos redefiniendo dignidad y atribuciones del individuo y el Estado? Si este planteamiento es necesario y útil en cualesquiera circunstancias, lo es más todavía cuando abrimos, explícitamente, una era de transformación. ¿Cómo y hacia dónde?

En una apreciación popular, que constantemente viene a nosotros en esta circunstancia de grave inseguridad y ascenso flagrante de la criminalidad --sin perjuicio de estadísticas optimistas o realistas, como se prefiera, que no niegan u ocultan de veras la situación prevaleciente-- se entiende que el Estado de Derecho corresponde a un "estado de seguridad", identificado por su conexión con el orden público y el manejo policial y judicial de estos problemas. La identificación entre Estado de derecho y desempeño de las fuerzas del orden puede derivar en una pendiente autoritaria. Recordaré la expresión de Raúl Zaffaroni, que hace una paráfrasis del juez Merkl al decir que tras el Estado de Derecho vela el Estado de policía.

Otra versión del mismo tema, a la que *supra* me he referido, considera que el Estado de Derecho lo es de derechos, en el sentido de que mantiene viva y activa la práctica de los derechos y las libertades de los individuos. Acude a este punto lo que el jurista alemán Peter Häberle denomina Constitución antropocéntrica: en el centro se hallan los derechos humanos; a servirles se aplican el poder y la ley.

V. Riesgos

En esta hora --tiempo, como dije, de anunciadas transformaciones en México y en muchos lugares de nuestro mundo-- varios peligros acechan a la democracia, a la sociedad en la que ésta se instala y al Estado de Derecho que garantiza el buen curso de ambas. Es preciso identificar y denunciar esos riesgos, con un examen constante y crítico de sus características y sus manifestaciones. El silencio o el olvido pueden franquear el camino para que los peligros se conviertan en lesiones profundas, du-

raderas, y echen por tierra la construcción del Estado y de la sociedad democrática en la que nos hemos afanado a lo largo de los últimos siglos.

Hay desencanto, e incluso irritación o ira, frente al discurso democrático seguido de fracasos y frustraciones, abandonos y traiciones. Este producto de los desaciertos o las claudicaciones, que menudean, desacredita el discurso y frustra la experiencia de la democracia, a la que se culpa de los errores y abandonos.

También nos enfrentamos, como antes señalé, a una fragilidad evidente de las instituciones originalmente llamadas a sustentar y desarrollar el Estado de Derecho y sus implicaciones democráticas. El deterioro de aquéllas, acosadas por desvíos, protagonismos y desaciertos, puede llevarnos al ominoso camino que culmina en el llamado "Estado fallido", al que Chomsky, destacado expositor de estos hechos, califica como aquél que fracasa en el propósito --esencial para el Estado; germinal y necesario-- de brindar a sus ciudadanos razonables condiciones de seguridad y se convierte, además, en una amenaza para otros Estados.

En esta relación de riesgos, observemos asimismo la aparición reciente de "olas democratizadoras" en algunos países, calificadas como "primaveras de la democracia", que al cabo de poco tiempo y de muchos desaciertos, cesan de ser primaveras y desembocan en otoños o inviernos de las expectativas democráticas.

Entre los riesgos que nos asedian figuran las presiones externas que militan contra el Estado de Derecho y el progreso democrático. No hay duda sobre el éxito de ciertas corrientes autoritarias, encabezadas por líderes "fuertes" o "carismáticos", con ofertas atractivas, que generan presiones para nuestra vida interna y determinan, fronteras afuera, acciones inconsecuentes con el proyecto democrático.

Hoy no impera la tensión humanista y democrática que en otro momento pareció alentar pasos adelante en la vigencia de los derechos humanos y el afianzamiento de la democracia. Las proclamaciones externas, generadas en países con inmenso poder político y económico –y además, tecnológico y militar-- invitan, a menudo, a tomar decisiones que contrarían el progreso histórico.

En la misma línea que ahora me ocupa se hallan las "explosiones" de populismo que han calado en muchos países, no solamente en nuestra América. El populismo de izquierda o de derecha, del que tenemos buenos ejemplos y contra el que debemos precavernos, inicia su incursión en la vida política con reivindicaciones democráticas y promesas atractivas. De esta suerte moviliza ideas y sentimientos, construye poderosas corrientes colectivas, con un "líder" al frente, y desemboca finalmente en imposiciones autoritarias. En el horizonte del populismo aguarda la tiranía, con diversos formatos, pero siempre orientada hacia la concentración del poder y la reducción de derechos, libertades y garantías.

En el cúmulo de riesgos que acechan al Estado de Derecho se halla la tentación de sustituir el imperio de la ley por el del arbitrio, que puede ser de la ocurrencia o el capricho. Es bien sabido que los actos de las autoridades deben ajustarse a la norma fundamental --la Constitución-- y a las disposiciones que de ella emanan. No es admisible que un acto del gobernante soslaye la subordinación a la ley, cuyo cumplimiento constituye un compromiso irrenunciable de los servidores públicos. Al tomar posesión de sus cargos, éstos juran, protestan o prometen acatarla.

El gobernante tampoco puede --o mejor dicho, tampoco debe, porque en la práctica se ha visto que sí "puede"-- hacer de lado la ley bajo el argumento de que los servidores públicos han de ceñir su conducta a la justicia. Pero la ponderación sobre la justicia o la injusticia de la ley queda a discreción del gobernante --no del Congreso, que podría reformar y perfeccionar la ley-- y de sus subalternos. Esto afecta el principio de legalidad y deja al garete la seguridad jurídica.

Consideremos igualmente los retos mayores que se presentan en materia de gobernabilidad. Ésta se asocia al Estado de Derecho y se descifra con diversas caracterizaciones. Si nos sujetamos a un Estado de seguridad mecánica, a toda costa, la gobernanza depende de la eficacia de los medios represivos con que cuenta el poder público: orden y silencio pudieran ser sus insignias. Por supuesto, la adopción de otras versiones del Estado de Derecho, consecuentes con el progreso de la humanidad, la salvaguarda de las personas y el imperio de la libertad y

la justicia, es mucho más que orden público.

Esta genuina gobernabilidad deriva de la capacidad y eficacia del Estado para atender las legítimas demandas sociales. Una sociedad es gobernable en la medida en que el Estado satisface las exigencias de seguridad y justicia, pero también --y como requisito indispensable--, los requerimientos individuales y colectivos en otros ámbitos, que operan para la prevención del malestar social, contra la irrupción del crimen y en favor de la paz: salud, trabajo, educación, por ejemplo.

VI. Los personajes

La construcción de un Estado de Derecho --o de derechos, como hemos afirmado-- y de una sociedad democrática depende también de la existencia y actividad de los personajes que necesariamente operan en favor de aquéllos. Ya señalé que es indispensable que los ciudadanos demócratas --provistos de información y expectativas para serlo y ejercerlo-- cuenten con la conducción de dirigentes del mismo carácter.

Desde luego, el actor primordial, el personaje central del Estado de Derecho, la democracia, la sociedad democrática, es el ser humano, a título --sobre todo-- de ciudadano. Se ha tenido una larga evolución histórica hasta arribar al reconocimiento de los derechos políticos: participación en la marcha de la sociedad y el Estado, a través del sufragio activo y pasivo y por otros medios igualmente relevantes, especialmente si nos atenemos a la versión integral de la democracia. Ese reconocimiento consta en las normas nacionales de mayor jerarquía y en los convenios internacionales sobre derechos civiles y políticos. Igualmente, existe una amplia jurisprudencia doméstica y supranacional sobre esta materia.

La participación del ciudadano requiere una especie de "forja", que ponga en sus manos los medios para que el acceso a las decisiones satisfaga condiciones indispensables, sea individualmente, sea a través de las organizaciones políticas y sociales. La información es uno de esos medios: el ingreso y el desempeño en la vida pública adquieren profundi-

dad y trascendencia cuando el ciudadano se encuentra verdaderamente informado y puede actuar con suficiente conocimiento y, por lo tanto, con plena responsabilidad.

Veamos ahora la figura del dirigente. Tras la apariencia de liderazgos carismáticos, emisores de discursos persuasivos, pueden hallarse personajes con un signo diferente. Lo prueba la historia: véanse las corrientes que proliferaron en el primer tercio del siglo XX y muchas de las que han aparecido en años recientes, generadoras de divisiones y rencores sociales, ímpetus vindicativos, excesos nacionalistas, dilemas que oponen el orden y la seguridad que la sociedad anhela al imperio de la democracia y los derechos humanos, inculpados del desorden y la inseguridad que abruman a muchas sociedades. En este tiempo, el discurso reivindicador y ultranacionalista de los autoritarios se abastece también con los problemas generados por el torrente migratorio que ha aparecido --aunque nunca estuvo ausente-- en Europa y en América.

Quienes se interesan en el examen del Estado de Derecho y de la democracia como sistema de vida --examen y vigencia efectiva-- ponen la mirada en los instrumentos orgánicos que dan consistencia y operatividad al Estado y a la democracia. La historia de esos instrumentos se asocia a las garantías para los derechos humanos y a la buena marcha del Estado en su guarda de la democracia y de la gestión pública. Por supuesto, puede haber y ha habido desaciertos en el camino, pero esto no descalifica, de entrada, la presencia y la operación de aquéllas.

El rescate de la libertad pasó por la distribución en el ejercicio del poder popular, encomendado a órganos distintos y razonablemente distantes los unos de los otros, cifrados en una arquitectura constitucional de frenos y contrapesos. La Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano reconoció que la separación de poderes constituía una garantía --asociada a otras-- para la protección de los derechos fundamentales. El mismo reconocimiento floreció en el constitucionalismo posterior y se halla en el mexicano a partir del movimiento insurgente en el inicio del siglo XIX.

Esta división --o separación, o distribución-- de poderes lleva a considerar el estatuto y el funcionamiento del Poder Judicial. Alguna vez se miró al juzgador como boca que pronuncia las palabras de la ley y se consideró que en los tribunales se depositaba el "poder menos poderoso y peligroso", aunque tenían en su acervo de atribuciones la extraordinaria potestad de controlar a los otros poderes y evitar su desbordamiento con quebranto de la ley y en agravio del ciudadano.

La figura del juzgador ha tenido un notable crecimiento en las últimas décadas, pero también ha experimentado y sigue padeciendo un frecuente asedio desde otros baluartes del poder, que también lo son del imperio y la ambición. Me refiero a baluartes del poder formal, pero igualmente, y no menos, de los poderes informales que han proliferado, desde diversas fuentes, y que hoy disputan al Estado autoridad y dominación.

Cercar o poner sitio al Poder Judicial --o más ampliamente, al Poder Jurisdiccional-- es una forma de mermar derechos y libertades individuales, puesto que la jurisdicción es garante de éstos. No quiero decir, claro está, que la jurisdicción debe hallarse a merced del arbitrio o el capricho de quienes la ejercen, sustraída a deberes precisos e invariables en el marco del Estado de Derecho y la democracia. No es plausible ninguno de estos extremos; ambos afectan al Estado y menguan su pretensión democrática.

El parlamento es otro órgano esencial de la legitimidad democrática y del Estado de Derecho, en el sentido que hemos reconocido a este concepto. Ya me referí a la democracia representativa, que debe mantenerse en pie, incluso frente a las tentaciones de soslayarla a través del diálogo directo --y regularmente mediatizado-- entre el caudillo y el pueblo. El parlamento asumió su misión representativa, a título de receptor de la voluntad popular, en el curso de procesos históricos de gran importancia. Recordemos la "revolución gloriosa" de Gran Bretaña, primero, y el rescate de la función legislativa en la lucha frontal contra el absolutismo, que ocurrió --en las ideas y en las prácticas-- a lo largo del siglo XVIII.

Ahora bien, el propio parlamento debe acreditar su legitimidad y su militancia en favor del Estado de Derecho y de la democracia, y ser analizado y valorado, como el Estado mismo y todos sus entes y agentes, en el espacio en que efectivamente se constituye y desenvuelve: aquí y ahora. Se requiere legitimidad de origen, a través del proceso electoral, y de desempeño, ponderado en la excelencia de la gestión y en el reflejo y el respeto al universo de los ciudadanos, sin que la fuerza numérica dominante constituya un "monopolio" de la virtud y la verdad.

Además de servir a un concepto, el parlamento de "carne y hueso" --como los individuos que lo integran y todos los agentes del Estado-- tiene un tiempo y un espacio; por lo que a nosotros respecta, el tiempo y el espacio de aquí y de ahora: en México, en esta época. En este marco deberemos analizar el quehacer del Poder Legislativo, con enorme trascendencia para los temas que hemos abordado. Ese Poder se ha desempeñado con especial diligencia en los últimos lustros --"legislador motorizado", dice Zagrebelsky, aludiendo al fenómeno general de los congresos obstinados en una caudalosa emisión de leyes y adopción de reformas--, multiplicando enmiendas constitucionales ordenamientos secundarios. La experiencia de "parlamento abierto", si es genuina y tiene buena raíz, puede aliviar los riesgos que entraña un quehacer legislativo "ensimismado".

En años recientes ha cobrado presencia otra formación del poder, extraída de los poderes formales tradicionales, especialmente el Ejecutivo. El Estado, en el que actuaron tres poderes más o menos identificados y deslindados, se ha diversificado, si se permite la expresión. En esta arquitectura estatal han aparecido los órganos constitucionales autónomos, fruto de la crítica y el desencanto con respecto a la gestión del Poder Ejecutivo en determinados ámbitos y a la necesidad de actuar en ellos con eficacia y competencia específica.

La aparición de estos órganos sirve al propósito de desplazar de algunos ámbitos públicos los criterios políticos --en el mal sentido de la palabra-- que campearon en ellos, los intereses personales o de grupo que se beneficiaron o se podrían beneficiar en el manejo de las activi-

dades encargadas a los nuevos órganos --a menudo, intereses tribales, económicos, clientelares--, y las gestiones erróneas o incompetentes que podrían descarrilar o que efectivamente alteraron la buena gestión de la riqueza pública.

Así las cosas, la presencia de estos entes --bien conocidos en el paisaje mexicano: elecciones, recursos naturales, educación, finanzas, estadística, acceso a la información, por ejemplo-- han pasado a ser personajes del Estado de Derecho y garantes de los intereses democráticos en los ámbitos confiados a su gestión, por mandato constitucional. No digo que esta presencia sea perfecta y mucho menos que deba permanecer al margen de valoraciones y revisiones. Lo que sugiero es la conveniencia de entender el desempeño de tales órganos en el marco del Estado de Derecho y la vigilancia democrática, sin deslizarnos en retrocesos o reivindicaciones autoritarias.

No es posible ignorar en esta sencilla reflexión sobre el Estado de Derecho y su inexorable conexión con el rumbo de la democracia, la existencia y acción de otros factores de la vida colectiva. En este espacio figuran, por ejemplo, los partidos políticos, que transitan --dondequiera y aquí mismo-- en condiciones y tormentosas, que ponen en riesgo la democracia caracterizada por la presencia de estas agrupaciones ciudadanas.

Es notoria la crisis de los partidos, sea que los abata el rechazo popular, obligándolos a difíciles reconstrucciones o reformas --que deben tener en cuenta la identidad del partido y la oferta que éste hace al ciudadano--, sea que se vean remplazados por formaciones que asumen el título de partidos y tienen la naturaleza de corrientes populares abanderadas, con apreciable legitimidad, por la ira social y la expectativa de cambios. Estas novedades deben ser examinadas igualmente bajo la luz del (verdadero) Estado de Derecho y el desarrollo de la (auténtica) democracia.

También hay que considerar la actuación de los medios de comunicación social, a los que actualmente se agregan, con vigor extraordinario, las redes sociales liberadas de control y orientación formales, aunque aprovechadas por actores diversos. El periodismo libre, constantemente

asediado y acosado, cumple una función de primer orden en una sociedad democrática. La normativa y la jurisprudencia internacionales han destacado esa función como factor y garante de la democracia y han denunciado interferencias y persecuciones, que van desde el discurso político hasta la acción directa contra los periodistas. Éstos pasaron a integrar un grupo "vulnerable" desde le perspectiva de los derechos humanos; "profesión de riesgo".

Las arremetidas del autoritarismo contra la prensa libre han arreciado en muchos países, cuyos dirigentes combaten las aseveraciones de la prensa --que pudieran ser erróneas, no se desconoce-- con descalificaciones e invectivas que movilizan a la opinión pública y restan espacio al derecho a la expresión. Como se sabe, éste tiene dos vertientes, que deben ser cuidadosamente preservadas: individual, correspondiente al derecho del individuo a expresar opiniones, y social, relativa al derecho de los integrantes de la sociedad a recibir información, punto que destaca sobre todo cuando se trata de información sobre asuntos de interés público en poder del Estado.

Finalmente, diré que en el ámbito al que se refieren mis actuales reflexiones cuenta --y mucho-- lo que solemos invocar con una expresión comprensiva de múltiples y muy diversos actores de la vida colectiva: la sociedad civil. Ésta, que asumió el papel que anteriormente ocupó el pueblo –antiguo residente del discurso y de la norma--, tiene hoy una función descollante.

Son muy diversas las ideas y los propósitos que animan a las agrupaciones de la sociedad civil. En su objeto institucional aparecen objetivos de distintos caracteres: desde el cuidado de la naturaleza y la protección de la infancia hasta la seguridad pública y la reforma de la justicia. Pero no sólo abundan las finalidades institucionales en estas agrupaciones; también hay notable diversidad de orientaciones políticas, implícitas o explícitas.

De ahí la necesidad de apreciar la actividad y atender las promociones de la heterogénea sociedad civil con suficiente conocimiento de la orientación y los propósitos que existen bajo la misma bandera. Obviamente,

el conocimiento no es condición para impedir o bloquear la marcha de esos organismos. Por supuesto, todos llevan en su plan de vuelo la defensa del Estado de Derecho y de los valores y principios de la democracia, aunque sean diversas las interpretaciones que tengan sobre la forma y la naturaleza de estos objetivos.

LOS DERECHOS HUMANOS LABORALES EN EL CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÁNEO

Andrea Cristina Viteri García[1*]

SUMARIO: *Resumen.* I. *Introducción*. II. *La construcción del sistema jurídico laboral mexicano*. III. *La constitucionalización del derecho y su repercusión en México.* IV. *El proceso de constitucionalización del derecho laboral en México.* V. *Conclusiones. Bibliografía.*

Resumen: La concepción actual de los derechos humanos laborales es el resultado de un largo proceso de construcción cuyas clausulas constitucionales, si bien relevantes para la construcción de los sistemas jurídicos nacionales, fueron relegadas a meros programas políticos reduciendo la materia laboral a la dogmática legal. Este entendimiento débil de las normas constitucionales, tras los graves acontecimientos suscitados en la segunda guerra mundial, obligaron a un cambio en la concepción del Estado de Derecho que permitiera reconocer el carácter normativo de las normas constitucionales, en específico de las normas laborales constitucionales, para crear un marco sólido de protección de las personas a nivel interno. Este modelo se consolida con la incorporación a los sistemas jurídicos nacionales de los derechos humanos laborales reconocidos a nivel internacional por la Organización Internacional de Trabajo, Organización de Naciones Unidas, y por el sistema interamericano de derecho humanos. La trascendencia de este nuevo modelo y entendimiento de los derechos humanos es someter al Estado a un orden ius-fundamental centrado sobre todo en las personas que se encuentran bajo su jurisdicción, lo cual repercute significativamente en la interpretación y aplicación de estos derechos en México.

[1*] Profesora de Derechos Humanos de la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho de la UNAM y de Historia Constitucional en la misma Facultad. Especialista en Derecho Laboral y doctorando por esta Casa de Estudios. Miembro de la Comunidad de Egresados de Posgrado en Derecho de la UNAM, A.C. y de la Sociedad Mexicana de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social.

I. Introducción

El presente artículo tiene como intención principal rendir un merecido homenaje a la Doctora Patricia Kurczyn Villalobos, por su brillante trayectoria académica, por su ejemplo como académica, maestra y amiga, y por toda su generosidad al compartir su experiencia y enseñanzas con quienes tuvimos el honor de ser sus alumnos. Gracias Doctora Patricia por todo.

Refiriéndonos al tema central de este análisis, partimos de considerar que en la actualidad, el mundo del trabajo vive tiempos turbulentos debido a un contexto marcado por la globalización, la tecnología, los cambios demográficos y un mercado de trabajo cada vez más volátil, por lo cual es necesario centralizar a la persona como prioridad en la regulación normativa y las políticas públicas; en este contexto, los derechos humanos laborales[2] se han convertido en la base para la construcción de un marco normativo más justo, que busca influir en la integración de la normativa secundaria y en las acciones tomadas por los Estados, bajo parámetros distintos a los tradicionalmente utilizados. Esta transformación en el modelo responde a toda una evolución en la teoría jurídica y constitucional, en la dogmática jurídica, así como en la regulación del derecho internacional de los derechos humanos.

Este modelo inicia con la regulación de derechos humanos laborales, tanto en las constituciones nacionales como en los tratados internacionales, tras un largo proceso de construcción suscitado durante todo el siglo XX. A nivel nacional, la evolución de los derechos laborales fue muy notorio dentro del lapso de las dos grandes guerras, en que se expidieron dos documentos relevantes: La Constitución Político-social de México y la Constitución socialista de Weimar. A nivel internacional,

[2] Utilizamos la denominación derechos humanos laborales debido a que éste es el vocablo más utilizado en el sistema internacional de protección de derechos humanos, así como por su referencia en la reforma constitucional de 2011 que denomina al capítulo I "los derechos humanos y sus garantías"; sin embargo, utilizaremos la doctrina relacionada con los derechos fundamentales del trabajo para analizar la evolución que ha tenido estos derechos en México.

se instituyó la Organización Internacional de Trabajo (OIT) en 1919, para adoptar una legislación del trabajo que permitiera abarcar a todos los Estados y que garantizara un mínimo común de protección a todos los trabajadores[3]. Su labor se consolidó con la creación de la Organización de Naciones Unidas, la expedición de la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), los Pactos Internacionales de 1966 y, a nivel regional, con la creación del sistema interamericano de derechos humanos[4].

Desde su reconocimiento a nivel constitucional, las disposiciones laborales han tenido distintas formas de interpretarse, concebirse y aplicarse, si consideramos que el derecho del trabajo ha cumplido dos funciones ambivalentes: como soporte del modelo económico capitalista y como apoyo al modelo democrático[5]. El problema fue que políticamente existió la tendencia a reducir el diseño del Derecho del Trabajo a la dogmática legalista, que entendió sólo los derechos laborales de origen legal como aquellos que merecían la atención, disminuyendo la relevancia de los derechos de los trabajadores establecidos en la Constitución[6]. Esta tendencia en su momento negó valor jurídico a las cláusulas laborales constitucionales, lo que hizo que se consideraran a éstas como meros programas sujetos a una eventual decisión de los gobernantes y de los legisladores nacionales[7].

De igual forma, durante muchos años la protección de los derechos humanos quedó reservada al ámbito interno de los Estados, especialmente por medio de las declaraciones de derechos en las Constitu-

---

[3] Barbagelata Héctor-Hugo, "El Derecho universal del trabajo", *Revista de la Facultad de derecho,* Montevideo, julio-diciembre 2011, p. 50.

[4] *Cfr.* Molina Herrera Angélica, "Aproximaciones sobre el derecho al trabajo desde la perspectiva de los derechos humanos", *Revista Estudios Socio-jurídicos*, vol. 9, núm. especial, 2007, pp. 168.171.

[5] *Cfr.* Ugarte Cataldo José Luis, "La tutela de derechos fundamentales y el derecho del trabajo: de erizo a zorro", *Revista de derecho*, 2007, Valdivia, Chile, vol. 20, núm. 2, p. 52.

[6] *Idem.*

[7] Barbagelata Héctor-Hugo, *op. cit.*, p. 51.

ciones[8], por lo que los tratados internacionales de derechos humanos tuvieron poca relevancia en su aplicación a nivel nacional. Esto tuvo repercusiones tanto en el diseño del modelo de regulación legal y en la interpretación de estos derechos, que no se sujetaron al contenido de la Constitución o de los tratados internacionales de derechos humanos, sino a las decisiones del Ejecutivo o de los legisladores.

Todo este panorama inició un proceso de transformación a partir del último cuarto del siglo XX, cuando a nivel mundial tomó fuerza la doctrina que reconoce la validez de las disposiciones sobre materia laboral de las constituciones y las normas internacionales[9]. Se trata de un proceso de reconocimiento de la universalización de los derechos humanos laborales, que penetran progresivamente en el entramado de relaciones privadas, superando la fase en la cual eran concebidos como resguardos frente a los avances o abusos de la autoridad[10].

La transformación relevante para este modelo fue el cambio en la concepción del Estado de derecho y el peso de la integración de los derechos humanos a los sistemas nacionales. Desde la teoría jurídica se empezó a replantear el modelo de Estado, para criticar al Estado legalista que había prevalecido desde el siglo XIX. Se buscó una nueva base jurídica que diera sustento material al contenido de la norma, a través de un sistema más plural y protector, en el que la Constitución y los valores contenidos en los derechos humanos, especialmente vinculados con la dignidad, tuvieran un papel destacado en este nuevo esquema. En este modelo los derechos humanos establecidos en los tratados internacionales se volvieron en un referente obligado para la construcción de este nuevo modelo.

Por todo ello, para entender la relevancia de los derechos humanos laborales en la actualidad en México, revisaremos cómo se ha dado

---

[8] *Cfr.* Fix-Zamudio Héctor, "La evolución del derecho internacional de los derechos humanos en las constituciones latinoamericanas", *Derechos y libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas,* Universidad Carlos Madrid III, 1993, España, pp. 225-226.

[9] Barbagelata Héctor-Hugo, *op. cit.*, p. 51.

[10] Rodriguez Mancini Jorge, *Derechos fundamentales y relaciones laborales,* Argentina, Ed. Astrea, p. 48.

este proceso de transformación de los derechos humanos laborales y su actual relevancia en el nuevo paradigma de Estado Constitucional de derecho.

II. La construcción del sistema jurídico laboral mexicano

El art. 123 constitucional fue la primera norma en la que se reconocieron las libertades individuales y la declaración de los derechos sociales del trabajador a nivel mundial. Esta disposición reguló los derechos laborales a fin de que pudieran aplicarse directamente y que se hicieran efectivos para lograr el ideal revolucionario lo cual dependería de la forma en que el Estado cumpliría su nuevo papel[11]. La labor del Estado era limitar a los sujetos calificados como poderosos (patrones) a efecto de lograr que éstos respetaran las condiciones laborales establecidas en la Constitución en favor de los grupos considerados débiles (trabajadores)[12] mediante la intervención en el conflicto social. Desde ese momento la cuestión obrera pasó de una mera relación entre privados al campo del interés público lo que se revelaba en dos funciones: el de la protección a los trabajadores como tales y el de las relaciones entre el capital y el trabajo que quedaban encuadradas en un sistema institucional de coexistencia social[13].

Ahora bien, las posibilidades que el Estado tenía para lograr estos objetivos eran escasas, pues la situación económica y política tras la lucha armada, era caótica y enmarcada en un conflicto constante entre

---

[11] Según la exposición de motivos de la Constitución, el Estado debía …. "intervenir como fuerza reguladora en el funcionamiento del trabajo del hombre … tanto para que en el ejercicio del derecho de contratar no exceda con perjuicio de su salud y agotamiento de sus energías … como para que no se vea obligado por la miseria de aceptar un jornal exiguo". *Cfr.* Bensusán Graciela, *El modelo mexicano de regulación laboral*, FLACSO, Friedrich Ebert Stiftung, Plaza y Valdés Editores, UAM, 2000, pp. 87-88.

[12] Cossío José Ramón, *Cambio social y cambio jurídico,* México, Miguel Ángel Porrúa, ITAM, 2008, p. 124.

[13] Córdova Arnaldo, *La ideología de la Revolución mexicana. La formación del nuevo régimen*, México, Ediciones Era, 1973, p. 234.

los factores de poder que predominaban. Ante ello, el Estado debió buscar mecanismos para solucionar el grave conflicto social, para lo cual se utilizaron varias fórmulas, entre ellas, la política de "conciliación de clases" y las "alianzas" que ya venían funcionando desde la etapa revolucionaria. Estos métodos definieron los rasgos corporativos[14] del nuevo modelo de regulación laboral que se basaron en el control y manejo de las organizaciones sindicales. A partir de ahí la forma de cumplir con los objetivos revolucionarios dependería exclusivamente de las decisiones políticas, que centrarían la regulación de las normas secundarias, la definición de políticas públicas y la conformación del sistema jurídico laboral en el modelo de gobierno que predominaría en México.

La "conciliación de clase" era una política populista que implicaba apoyo y concesiones a las demandas obreras, en tanto no chocaran con los intereses del Estado, sino que se subordinaran a largo plazo al proyecto de consolidación de éste[15]. Las "alianzas" entre los jefes revolucionarios y los líderes de los trabajadores fueron la vía política para conseguir el cumplimiento de los nuevos derechos laborales y la controlada distribución de prestaciones laborales de manera gradual y selectiva sin confrontar directamente con los patrones[16].

---

[14] El modelo de Estado corporativo se formó con la creación del Partido Nacional Revolucionario (PNR) en 1929 que se transformó en el Partido de la Revolución Mexicana (PRM) en 1936 y finalmente en el Partido de la Revolución Institucional (PRI) en 1946. A través de este modelo se centralizaba el poder en el partido y en el titular del ejecutivo, quien se encargaba de distribuir los puestos de autoridad en el aparato de Estado-partido oficial, equilibraba los grupos sociales y mantenía la estabilidad gubernamental. *Cfr.* Córdova, *La formación del poder político en México,* México, Ediciones Era, 1972, p. 54-57.

[15] Tamayo Jaime, "En el interinato de Adolfo de la Huerta y el gobierno de Álvaro Obregón (1920-1924)", *La clase obrera en la Historia de México,* México, Instituto de Investigaciones Sociales UNAM y Editorial Siglo XXI, 1987, p. 18.

[16] Las principales alianzas se concretaron en dos fases: la primera liderada por la Confederación Regional Obrera Mexicana (CROM) creada en 1924, que se convirtió en una pieza clave para el proyecto de desarrollo nacional y que dio inicio al modelo de control sindical a través de la férrea disciplina en el ejercicio de los derechos colectivos al interior de la central. La segunda fase de las alianzas se da a partir de 1936, en que se creó la Central de Trabajadores Mexicano (CTM) a través de la cual los trabajadores serían movilizados en apoyo de las decisiones del Estado y en defensa

En este proceso los trabajadores se convirtieron en corresponsables, incluso cogestores (no equitativos) de las funciones estatales, en tres aspectos: en la gestión del sistema político, en la reproducción pública de la fuerza de trabajo y en la gestión de la economía[17], lo cual influyó en la construcción del sistema de relaciones laborales en México. La primera gestión se lograba a través de la movilización controlada de los sindicatos en apoyo del partido del Estado con sus consecuentes pugnas por el reparto de los puestos de representación [18].

La segunda gestión se logró a través de la representación o la influencia corporativa en la gestión de los beneficios sociales particulares o generales para los trabajadores, en algunos casos con representación formal o en otros haciendo sentir su presencia por la presión o la influencia[19]. Esto lo podemos advertir en la forma cómo se regularon y se aplicaron los derechos establecidos en la LFT y a través de las prácticas llevadas a cabo por el sindicalismo oficial para la distribución de prestaciones económicas. En cuanto a la regulación de los derechos laborales, según la exposición de motivos de la LFT, la ley buscaba cumplir tres objetivos: la protección de la clase trabajadora, la política de conciliación de clases y el control de los derechos colectivos. El carácter protector de las normas laborales lo encontramos en diversos aspectos de la LFT como la reglamentación minuciosa en el contrato de trabajo de las condiciones laborales y la incorporación de principios interpretati-

---

del régimen establecido. *Cfr.* De la Garza Toledo Enrique, "Cultura y Crisis del corporativismo en México", en Barros Horcasitas José Luis, Hurtado Javier, Fernández del Castillo Germán (comp.), *La transición a la democracia y reforma del Estado Mexicano,* Porrúa-Flacso, México, 1991, p. 243, Aguilar García Javier, *Historia de la CTM,* 1936-1990, México, ed. UNAM, 2009, p. 61, Bensusán Graciela, *El modelo mexicano de regulación laboral,* FLACSO, Friedrich Ebert Stiftung, Plaza y Valdés Editores, UAM, 2000, pp. 103 y ss.

[17] De la Garza Toledo Enrique, "Cultura y Crisis del corporativismo en México", en Barros Horcasitas José Luis, Hurtado Javier, Fernández del Castillo Germán (comp.), *La transición a la democracia y reforma del Estado Mexicano,* Porrúa-Flacso, México, 1991, p. 243.

[18] Birzberg Ilán, *Estado y sindicalismo en México,* México, El Colegio de México, 1990, p. 116.

[19] De la Garza Toledo Enrique, *op. cit.,* p. 243.

vos de apoyo compensatorio a favor de los trabajadores[20], los cuales son un referente de construcción del derecho laboral en general.

Entre los derechos que destacan por su alto nivel de protección en la norma tenemos a la estabilidad laboral que se resguardaba a través de un complejo esquema de restricciones que garantizaban al trabajador la permanencia por tiempo indeterminado en su puesto mientras subsista la materia de trabajo (art. 39 LFT)[21]. Todo esto generaba una apariencia de amplia protección a los trabajadores en la norma, sin embargo, en la práctica la mayoría de ellos no gozaban de esta estabilidad, debido a que sólo alcanzaban una alta protección los trabajadores sindicalizados. Desde 1940 en que empezaron los años de bonanza económica, se crearon zonas de alta protección para los trabajadores, sobre todo en las empresas estatales y en las grandes empresas privadas, donde se asentó en plenitud lo que Enrique de la Garza denominó el "patrón contractual de la Revolución mexicana". Esto se logró a través del desarrollo de los contratos colectivos que brindaban una mayor protección en materia de estabilidad laboral y condiciones de trabajo en las grandes empresas, a la par que los sindicatos adquirieron más control de los mercados internos de trabajo[22]. Por todo ello, a pesar de que la norma laboral mexicana era en el texto de las más protectoras a los trabajadores a nivel latinoamericano, en la práctica encontraban una significativa limitante porque sus beneficios no podían extenderse a todos los trabajadores.

La tercera gestión se logró a través de la creación de las instituciones con representación formal de las corporaciones, pero, sobre todo, por medio de la presión y la influencia[23]. Esto lo podemos advertir en las instituciones tripartitas, principalmente la Comisión Nacional de

---

[20] *Cfr.* Marquet Guerrero Porfirio, "Fuentes y antecedentes del derecho mexicano del trabajo", en Kurczyn Villalobos, Patricia, *Derechos humanos en el trabajo y la seguridad social. Liber Amicorum: en homenaje al doctor Jorge Carpizo,* México, IIJ-UNAM, 2014, p. 272.

[21] *Cfr.* Bensusán Graciela, *op. cit.,* pp. 262-263.

[22] Bensusán Graciela, *op. cit.,* pp. 258-259.

[23] De la Garza Toledo Enrique, *op. cit.,* p. 243.

Salarios Mínimos, la Comisión Nacional para la Participación de los Trabajadores en las Utilidades y en algunas mesas directivas del Instituto Mexicano de Seguridad Social, el Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores y el Banco Obrero[24].

En este modelo destaca el papel de las Juntas de Conciliación y Arbitraje (JCA), encargadas de la resolución de controversias de derecho y económicas entre patrones y obreros que fueron creadas para privilegiar la conciliación[25]. El Estado intervendría directamente en la solución de conflictos aplicando principios de equidad y justicia a favor de la parte más débil de la relación laboral, con amplios márgenes de discrecionalidad, sobre todo en la resolución de conflictos individuales y colectivos. Este espacio abrió el paso a la racionalidad material (criterios económicos, políticos y sociales) en la interpretación y aplicación de la legalidad[26].

La Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) afianzó el modelo corporativo, al resolver los casos relacionados con los derechos laborales en base a una interpretación literal de lo establecido en la LFT, sin considerar el contexto político en el cual se manejaba este modelo, lo cual lo encontramos en temas centrales como la estabilidad[27] y las cláusulas de exclusión[28]. De esta manera, la forma de resolver los

---

[24] Bensusán Graciela y Middlebrook Kevin, *Sindicatos y política en México: cambio, continuidades y contradicciones,* FLACSO, UAM-Xochimilco, CLACSO, 2013, pp. 38-39.

[25] Bensusán Graciela (coord.), *Diseño legal y desempeño real: instituciones laborales en América Latina,* México, UAM, Editorial Miguel Ángel Porrúa, 2006, p. 366.

[26] *Ibidem,* p. 257.

[27] En lo relativo a la estabilidad laboral, la Cuarta Sala de la SCJN emitió varios criterios sobre la reinstalación obligatoria de los trabajadores despedidos injustificadamente, señalando en 1941 la obligación del patrón de someterse al arbitraje cuando se trate de despido injustificado. Si bien podríamos decir que este criterio permitió reconocer la obligación de someterse al patrón al arbitraje para facilitar la reinstalación, esto no era suficiente para asegurar la estabilidad laboral, debido a que en la práctica el derecho a la reinstalación era, y sigue siendo, de muy difícil ejercicio. *Cfr.* Beltran Clíment, Juan, *Ley Federal del Trabajo, Comentarios y jurisprudencia,* México, Editorial Esfinge, 2005, pp. 30-31.

[28] Sobre la cláusula de exclusión, la SCJN reconoció su validez en reiterados criterios pese a los cuestionamientos sobre su constitucionalidad. Exigía para su procedencia, el cumplimiento de los requisitos y procedimientos establecidos en la ley o en el

casos perpetuaba este modelo que estaba ligado a la forma cómo se construyó el sistema normativo en México que respondía a un ejercicio político más que normativo.

A esta forma de manejar las relaciones laborales, Graciela Bensusán denominó "flexibilidad corporativa" que se caracterizaba por combinar disposiciones que protegían a los asalariados a través de la estabilidad en el empleo y condiciones mínimas de trabajo, pero que al mismo tiempo mantenían la discrecionalidad estatal y patronal, a través de la intervención en los derechos colectivos, resolución de conflictos y organización del trabajo en la empresa[29]. Esto generaba una abierta o encubierta transgresión de la legalidad con impunidad, discrecionalidad estatal y patronal en la interpretación y o aplicación de las normas y la complicidad sindical que las acompañaba[30].

Este modelo político y social se consolidó entre 1935 y 1940 y perduró hasta 1988, en donde las reformas sociales encaminadas a lograr los objetivos constitucionales se cumplían dentro del programa de Estado modificable según las circunstancias y la correlación de las fuerzas existentes. Entre 1972 y 1982 este modelo se transformó, cuando se agotó el modelo de desarrollo estabilizador, dando paso a una serie de crisis económicas recurrentes que obligaron a reformular la estrategia económica enfocada ahora a un modelo dirigido hacia el sector externo, a recuperar la confianza empresarial, al estancamiento del nivel salarial y al adelgazamiento del Estado.

---

contrato colectivo. En 1975 se dictaron tres criterios sobre este tema: a) la obligación para la empresa de reinstalar al trabajador si se declaraba improcedente la aplicación de esta cláusula, sin que el patrón deba pagar salarios caídos porque no fue su voluntad despedirlo (Jurisprudencia: Apéndice 1975, 5ª. Parte, cuarta sala, tesis 25, p. 323); b) la obligación de los patrones de comprobar la correcta aplicación de la cláusula de exclusión por las dos terceras partes de los trabajadores sindicalizados Jurisprudencia: Apéndice 1975, Quinta parte, cuarta sala, tesis 26, p. 34), y c) la satisfacción de todos los requisitos señalados en el contrato colectivo de trabajo, en los estatutos sindicales y en la LFT (Jurisprudencia: Apéndice 1975, quinta parte, cuarta sala, tesis, 27, p. 35).

[29] *Cfr.* Bensusán Graciela, *op. cit,* pp. 247-248.

[30] *Idem.*

Ante esta situación se planteó, desde un revitalizado neoliberalismo[31] la limitación de la intervención estatal. Se tomaron una serie de *medidas flexibilizadoras* principalmente a través de la contratación colectiva, que permitieron la adecuación de las condiciones laborales a las necesidades de productividad y competitividad de las empresas la cual abarcó todos los procesos de producción (métodos de trabajo, polivalencia, movilidad interna y el ascenso según capacidades), así como las demás condiciones del empleo.

Todo ello llevo a que las relaciones laborales se situaran en un contexto socio político diverso del modelo de "negociación controlada" a un "control sin negociación", cuando se cerraron los márgenes de maniobra estatal para sostener un intercambio político de los sindicatos[32]. En este esquema, el sindicalismo siguió conservando sus recursos de poder tradicionales, pero éstos resultaron inútiles en el marco de los procesos de ajuste y del nuevo modelo exportador, cuando había aumentado ostensiblemente el poder de los empresarios[33]. Por estas razones el corporativismo no fue obstáculo, sino un recurso más para imponer los ajustes[34]. Los márgenes de discrecionalidad del Estado en la intervención de los conflictos laborales fueron particularmente útiles para facilitar la adaptación de las relaciones laborales a las cambiantes exigencias del desarrollo económico, contrarrestando a la rigidez formal de las regulaciones. El modelo de relaciones laborales basado en las tres características establecidas en la norma (protección, conciliación y control sindicatos) mostró una verdadera versatilidad para incorporar el modelo flexibilizador a través de las prácticas de distorsión, de simulación o de incumplimiento sin necesidad de reformar la ley. La contratación colectiva, y en algunos casos, los laudos de las JCA y los criterios jurisprudenciales del Poder judicial de la Federación (PJF)

[31] *Cfr.* Garzón Espinosa Alberto, "El neoliberalismo, características y efectos, *Attac*¸España, julio 2010, https://www.attac.es/2010/07/01/el-neoliberalismo-caracteristicas-y-efectos/ (Consultado 1 de abril del 2019).

[32] *Cfr.* Bensusán Graciela, *op. cit,* nota 11, p. 319.

[33] *Ibidem,* p. 402.

[34] *Ibidem,* p. 398.

promovieron estas posibilidades[35].

En consecuencia, podríamos decir que el modelo corporativo no permitió lograr los objetivos constitucionales, puesto que el sistema de relaciones laborales, establecidos en la norma secundaria y en las políticas públicas que en su momento se construyeron, regularon y cumplieron siguiendo este modelo, impidieron generar condiciones que permitieran la protección de la mayoría de trabajadores.

III. La constitucionalización del derecho y su repercusión en México

A mediados del siglo XX, se dieron una serie de condiciones para que los derechos humanos tomaran fuerza y relevancia ante la cada vez más creciente presencia de gobiernos autoritarios a nivel mundial, la serie de arbitrariedades que se cometieron dentro de estos regímenes y los crímenes de lesa humanidad realizados durante la segunda guerra mundial, que evidenciaron el peligro que podía representar el poder público para la dignidad humana. En Europa se presentaron algunas teorías que cuestionaban la forma en que el Estado de derecho había funcionado, por las atrocidades cometidas en la Alemania Nazi, que en su momento se ampararon en este modelo de Estado para justificar sus acciones.

Estas teorías, criticaron los mecanismos creados para limitar el poder público, entre ellas la primacía de la ley en la administración, la jurisdicción y los ciudadanos. El principio de legalidad expresaba la idea de la ley como acto normativo supremo e irresistible al que, en línea de principio, no era oponible ningún derecho más fuerte, cualquiera que sea su forma y fundamento. La eminente fuerza de la ley se vinculaba a un poder legislativo capaz de la decisión soberana en nombre de una

[35] Existen posturas de que indican que la flexibilización laboral se logró a través de la jurisprudencia en temas como contratación temporal, subcontratación, entre otras. Para una referencia sobre este tema *cfr.* Reynoso Castillo Carlos, *Derecho del trabajo, panorama y tendencias,* México, H. Cámara de Diputados LIX Legislatura, UAM, Miguel Ángel Porrúa, 2006, p. 125.

función ordenadora general[36].

Por ello, el contenido de la ley e incluso los fines de la acción del Estado podían carecer de significado sustantivo desde el punto de vista estrictamente político-constitucional, principalmente en los regímenes totalitarios[37]. Esto producía un vaciamiento que omitía lo que desde el punto de vista constitucional era fundamental, esto es, las funciones y los fines del Estado y la naturaleza de la ley, con lo cual se podía dar el calificativo de Estado de derecho a cualquier situación en la que se excluyese, la eventual arbitrariedad pública y privada y se garantice un mínimo de cumplimiento a la ley, logrado de la manera que fuere. Era irrelevante que la ley impuesta se resolviese en medidas personales, concretas y retroactivas[38].

Ante la crítica de este modelo, surgió la propuesta de una nueva visión del Estado, ahora denominado Estado constitucional de Derecho, que superaba el modelo de estado legalista y en el que la ley estaría sometida a una relación de adecuación, y por tanto de subordinación a un estrato más alto de derecho establecido por la Constitución[39]. Ahora la voluntad de los poderes públicos, estarían sometidos a cumplir parámetros materiales, que obligan a justificar los objetivos que cumplen en sus acciones. En este contexto los derechos humanos y la dignidad humana se convirtieron en premisas básicas del Estado constitucional de derecho, de manera que ni siquiera las mayorías representadas en asambleas legislativas o incluso las posturas que provinieran del ejecutivo, pudieran ir en contra de ellas. El juzgador se convirtió en un elemento clave en la interpretación y aplicación de estos valores y principios.

Ahora bien, el tránsito desde un Estado legalista a un Estado constitucional no se da de un día para otro, ni se genera por el simple cambio normativo y de concepción jurídica, requiere de todo un proceso

---

[36] Zagrebelsky Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia,* España, Editorial Trotta, Quinta edición, 2003, p. 24.

[37] *Ibidem,* p. 22.

[38] *Ibidem*, pp. 22-23.

[39] *Ibidem*, p. 34.

de transformación, el cual ha sido denominado *constitucionalización del derecho*, que se caracteriza por centrarse en una Constitución transformadora que pretende condicionar de modo importante las decisiones de mayoría. Se produce en dos diferentes modalidades: legislativa y jurisdiccional. La primera mediante la acción directa del legislador en la elaboración de las leyes de acuerdo con los principios del orden constitucional y la segunda mediante la actividad de los tribunales constitucionales y ordinarios. Los tribunales constitucionales al tener a su cargo la determinación del alcance de las normas constitucionales, desarrollan éstas y sus criterios orientan a otros operadores jurídicos. Los tribunales ordinarios, a su vez y dependiendo de las reglas de competencia relativas, conforman el ordenamiento jurídico mediante una interpretación y aplicación del orden jurídico conforme a la Constitución[40].

El proceso de constitucionalización hacia un Estado constitucional democrático tiene algunos requisitos que cumplir para que puedan operar según sus objetivos; entre ellos: a) La concepción jurídica de la Constitución; b) La dimensión axiológica (en valores) de las normas constitucionales; c) La existencia de organismos jurisdiccionales (tribunales constitucionales) que utilicen mecanismos hermenéuticos para la interpretación de la norma constitucional; d) La irradiación de las normas constitucionales a todo el ordenamiento jurídico interno[41] y, e) la integración con un ordenamiento que se consolide en el fundamento de la dignidad humana, la cual se articula con el derecho internacional de los derechos humanos.

En cuanto a la concepción jurídica de la Constitución, se refiere al reconocimiento de su fuerte contenido normativo, que va más allá de lo que exigiría la mera organización del poder mediante el establecimiento de las reglas del juego; se trata de la incorporación de principios, derechos y directivas a un texto que se quiere con plena fuerza

---

[40] Sánchez Gil Rubén, *Constitucionalización: influencia de las normas fundamentales sobre contenido y validez del derecho ordinario,* Breviarios Jurídicos, Editorial Porrúa, México, 2006, pp. 75-77.

[41] *Ibidem,* pp. 26-50.

normativa[42]. La ley fundamental ya no se toma por un inconexo grupo de disposiciones simplemente aplicables a hechos determinados y que sólo obliga al Estado, sino como un *sistema de valores* que deben realizar en óptimo grado en todo ámbito de la sociedad[43]. El contenido axiológico se halla claramente determinado por una serie de conceptos que se enfocan en la "dignidad humana" que lo convierte en el principal fin del Estado para lograr los valores que este concepto implica[44]. En el caso de los derechos humanos encontramos principalmente los valores de libertad e igualdad que están vinculados con la dignidad.

Por el reconocimiento a la operatividad de los valores y principios que contienen los derechos humanos, se logra "extraer" del texto constitucional diversas normas que, en virtud de su caracterización, son aplicables a diversos hechos que eludían la enunciación textual de las reglas de la Constitución. La doctrina ha bautizado esta "extracción" de principios constitucionales como "sobreinterpretación" de la Constitución[45].

En lo que respecta al efecto de irradiación de las normas constitucionales se refiere a la incorporación de hechos y situaciones que en el pasado se excluían de él, de modo que donde antes se veía un extenso ámbito discrecional del poder público, ahora se ve un espacio más acotado por diversas normas fundamentales, ya sea expresamente formuladas por el Constituyente o, en un gran número de casos, establecidas de manera implícita a través de la interpretación constitucional, que en todo caso vincule a los actores jurídicos y sociales del modo más extenso posible. El efecto de irradiación de las normas constitucionales se manifiesta primordialmente en la aplicación de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares[46].

---

[42] Prieto Sanchís Luis, *Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación jurídica*, Lima, Palestra Editores, 2007, pp. 115-120.

[43] Sánchez Gil Rubén, *op. cit.*, p. XXVI.

[44] *Ibidem*, pp. 36-37.

[45] *Ibidem*, pp. 44-45.

[46] *Ibidem*, p. 470.

Para consolidar este modelo, el Estado constitucional democrático se orientó hacia un modelo abierto a la innovación producida por los Tratados internacionales de derechos humanos, a cuyo cumplimiento se obligan los Estados con el fin de interpretar los derechos constitucionales conforme a los derechos humanos estipulados en tales tratados; por esta integración el Estado constitucional democrático "pierde su introversión y se orienta hacia un modelo de Estado constitucional cooperativo"[47]. Por ello es fundamental el compromiso de cumplir con los convenios internacionales ratificados por el Estado pues estos son determinantes en su actuación, ya que se integran al bloque de constitucionalidad (Constitución y tratados internacionales).

Estas ideas también tuvieron eco en América Latina, aunque no fue un proceso mecánico y sencillo. Éste debió adaptarse a una realidad marcada por los múltiples problemas de la región como la desigualdad, la pobreza, la exclusión, la garantía deficitaria de los derechos humanos y los problemas de representación política. En ese contexto, la doctrina jurídica y la academia española de los años ochenta tuvieron una especial importancia para la democratización y la consolidación del Estado de derecho en América Latina[48].

En México el fenómeno de la constitucionalización del ordenamiento jurídico se inició con cierta timidez y a lo largo de varias décadas, pero inicialmente bajo el impulso de una natural tendencia de los juristas mexicanos a procurar la máxima eficacia de la Constitución que, aun sin obedecer a un intento deliberado de "constitucionalizar" el sistema jurídico mexicano, condujeron a ello[49].

Si revisamos las distintas condiciones que promovieron la integración del fenómeno de constitucionalización en México, veremos cómo este se ha ido construyendo y fortaleciendo en los últimos años. En

[47] *Ibidem*, p. 22.

[48] Von Bogdandy Armin, Morales Antoniazzi Mariela y Ferrer Mac-Gregor Eduardo, *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Textos Básicos para su comprensión,* México, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro y Max Planck Institute, 2017, p. 42.

[49] Sánchez Gil Rubén, *op. cit.,* pp. 72-73.

cuanto a la concepción jurídica de la Constitución, se dieron varios cambios en la percepción normativa de los derechos humanos y su contenido en valores. El primer paso fue la incorporación de la expresión del concepto de dignidad humana en el artículo 1º constitucional y mayores garantías para el respeto de esta, a través de la reforma publicada en el DOF el 14 de agosto de 2001[50]. Esta le dio mayor relieve y abrió la posibilidad de "sobreinterpretar" este principio para que se efectúe una aplicación del ordenamiento jurídico que lo considere como valor que oriente la interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico[51].

En este ámbito destaca el papel que ha jugado la SCJN y otras instancias para reconocer la existencia de valores y principios constitucionales[52]. Desde 1994 que la SCJN se convirtió en Tribunal constitucional, ha reconocido en su jurisprudencia, la existencia de ciertos principios hermenéuticos como el *pro homine* derivado de la progresividad de los derechos humanos, así como otros principios subyacentes a las disposiciones constitucionales y ha sobreinterpretado el texto fundamental para extraerlos[53]. También la SCJN reconoció en la jurisprudencia el efecto de irradiación de normas constitucionales, principalmente a través de criterios que en su momento superaron la concepción tradicionalmente rigorista de las "garantías individuales" o que aludían a la interpretación conforme a la Constitución de normas ordinarias[54].

Todo este proceso se vino a consolidar con la reforma constitucional en derechos humanos publicada el 10 de junio de 2011, la cual sentó un cambio trascendental y significativo en el entendimiento y protección de estos derechos. Las modificaciones se dieron en diversos artículos y sobre diversos temas, por lo que resaltaremos los más importantes para nuestro estudio. En primer término, se sustituyó el concepto de

[50] *Ibidem*, pp. 77-78.

[51] *Ibidem*, pp. 57-58.

[52] *Ibidem*, pp. 77-78.

[53] Como ejemplo de ello tenemos el reconocimiento de los principios constitucionales de igualdad y de presunción de inocencia, los cuales no se formulaban expresamente en ningún precepto constitucional. *Cfr.* Sánchez Gil Rubén, *op. cit.,* p. 62.

[54] *Ibidem,* p. 61.

garantías individuales por el de *derechos humanos* con la intención de superar ciertas deficiencias estructurales que obstaculizaban la plena eficacia y práctica de estos derechos[55]. A partir de esta reforma, se considera que los derechos humanos son inherentes a la dignidad de la persona y reconocidos por el Estado a través de sus leyes[56], lo que genera un cambio profundo en la legitimidad de los mecanismos de protección de estos derechos, pues su exigencia a partir de esta reforma viene del contenido de los derechos.

También quedó claro que la intención de incluir este cambio de concepción de derechos iba en franca apertura al derecho internacional de los derechos humanos. Así, por ejemplo, en los distintos dictámenes se mencionó que cambiar la denominación del capítulo mencionado, se trataba más que una modificación de términos, de un cambio conceptual del sistema jurídico que tenía como consecuencia el fortalecimiento de los derechos de la persona y la protección de su dignidad en base al estándar adoptado actualmente por el derecho internacional de los derechos humanos y del derecho humanitario, por la doctrina constitucional moderna y por el derecho comparado[57]. Otra parte fundamental de la reforma constitucional fue la incorporación de los principios de *interpretación conforme* y *pro persona* como ejes rectores para adecuar el derecho internacional de los derechos humanos al ámbito nacional[58]. Estos principios se refuerzan con la obligación de toda autoridad, de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, in-

---

[55] *Cfr.* García Ramírez Sergio y Morales Sánchez Julieta, *La reforma constitucional sobre derechos humanos (2009-2011),* México, Editorial Porrúa y UNAM, 2011, p. 66.

[56] *Ibidem,* pp. 66-67.

[57] Sobre los dictámenes, *cfr.* Mireya Castañeda Hernández, "Crónica de la reforma constitucional en materia de derechos humanos en México", en Revista del Centro Nacional de Derechos Humanos, nueva época, año 6, núm. 17, 2011, p. 106.

[58] Ximena Medellín Urquiaga, "Principio *pro persona*", en Metodología para la enseñanza de la reforma constitucional en materia de derechos humanos, Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal/Suprema Corte de Justicia de la Nación/Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, junio de 2013, p. 48.

divisibilidad y progresividad[59].

Ahora bien, los criterios provenientes del Poder Judicial de la Federación y principalmente de la SCJN, fueron significativos para lograr los cambios necesarios en el proceso de constitucionalización, pero fue hasta después de 2007, cuando se dieron cambios en la estructura y política judicial de la SCJN, que la protección de los derechos humanos fue más evidente. A partir de ahí, se iniciaron diversas acciones, como el incremento en el uso de facultades discrecionales, la reinterpretación de varios de sus conceptos, así como el impulso de políticas activas de la comunicación con la sociedad[60]. Estas condiciones se reflejan, en gran medida, en los fallos que se emitieron en la SCJN durante esta época, y en el lenguaje que se utilizó en los asuntos relacionados con los derechos humanos.

Finalmente podemos decir que lo significativo de la etapa en la que nos encontramos, es que existen condiciones que nos permiten afirmar que en México se inició el tránsito hacia un Estado Constitucional de derecho y que esto va a tener un impacto significativo en la forma de cumplir y aplicar la norma secundaria, ahora bajo parámetros más vinculados con la dignidad humana que es la base de los derechos humanos.

IV. El proceso de constitucionalización del derecho laboral en México

El proceso de constitucionalización del derecho del trabajo inició en Europa a mediados del siglo XX, específicamente en Alemania (1958) con la sentencia inaugural de la teoría *Drittwirkung*, referida a la anulación de una cláusula de un contrato de trabajo por vulneración de derechos fundamentales del Tribunal Laboral Federal. A partir de esta teoría se creó la doctrina del *efecto horizontal de los derechos fundamentales*

---

[59] Suárez Avila Alberto, *La protección de los derechos fundamentales en la novena época de la Suprema Corte,* México, UNAM, Editorial Porrúa e IMDPC, 2014, p. 374.

[60] *Ibidem,* p. 330.

entre particulares[61], que ha tenido una sustancial repercusión en la constitucionalización del derecho laboral. Lo que significa esta teoría, según lo ha señalado el Tribunal Federal Constitucional alemán (ATC 382/1996), es que "las normas ius-fundamentales contienen no sólo derechos subjetivos de defensa del individuo frente al Estado, sino que representan, al mismo tiempo, un orden valorativo objetivo, en virtud de lo cual operan como componentes estructurales básicos que ha de informar el entero ordenamiento jurídico".

Su importancia radica en que al reconocer que los derechos humanos en su dimensión objetiva son valores de toda la sociedad y legitiman la existencia del Estado, éste debe en consecuencia dar efectividad a su contenido, la cual se convierte en una obligación que puede hacerse exigible tanto al legislador, como a la administración y a los jueces, de acuerdo con el ámbito de sus competencias[62].

Este proceso de constitucionalización del derecho laboral se dio también en Italia con el *Statuto dei laboratorio* de 1970, en Estados Unidos con la promulgación de diversas normas antidiscriminatorias, especialmente el título VII de la Ley sobre Derechos Civiles de 1964 que prohíbe la discriminación laboral por diversas razones y en América Latina a partir de algunas reformas laborales que se hicieron en Chile en 2001 (Ley. Núm. 19.759), en Colombia a partir de la Sentencia T-629 de 2010[63], en Argentina con algunas sentencias del Tribunal Constitucional 120/83, 88/85, 104/87, 6/88[64], entre otros.

---

[61] Ugarte Cataldo José Luis, "La constitucionalización del derecho del trabajo: la tutela de derechos fundamentales", *Revista Latinoamericana de Derecho Social,* México, Núm. 7, julio-diciembre de 2008, p. 251.

[62] Anzures Gurría José Juan, "La eficacia horizontal de los derechos fundamentales", *Cuestiones constitucionales,* Revista mexicana de Derecho Constitucional, núm. 22, enero-junio 2010, pp. 12-14.

[63] López Daza German Alfonso, "Constitucionalización del Derecho Laboral en Colombia: reconocimiento de derechos laborales a las personas que ejercen la prostitución", *Revista Jurídica Piélagus,* Neiva, Colombia, núm. 11, enero-diciembre de 2012.

[64] Rodríguez Mancini, Jorge, *Derechos fundamentales y relaciones laborales,* Argentina, Editorial Astrea, 2004, p. 49.

En México tanto los cambios políticos como sociales que se iniciaron en los años setenta y la transición hacia un modelo de Estado constitucional han permitido una transformación en la interpretación y aplicación de los derechos humanos laborales.

Esto lo podemos advertir en los criterios que ha dictado la SCJN en los últimos años y en las últimas reformas de la LFT, que han procurado proteger los derechos humanos laborales, principalmente lo relacionado con la libertad sindical, salario digno, igualdad y no discriminación, temas que se han priorizado en algunas interpretaciones del PJF, por las graves condiciones de desigualdad y exclusión que existe en las relaciones laborales mexicanas. Revisaremos estos cambios.

En cuanto a la jurisprudencia del PJF, a partir de 1995 se emitieron algunas interpretaciones favorables a la ampliación de la libertad y el pluralismo sindical. Podríamos decir que a partir de este año "se entró en una fase – si se quiere incipiente- de liberalización de las reglas del juego en el escenario corporativo, por vía de las interpretaciones jurisprudenciales"[65]. Entre las tesis más relevantes sobre el ejercicio de la libertad sindical tenemos:

a. Inconstitucionalidad de la Ley Federal de Trabajadores al Servicio del Estado (LFTSE) que aplicaba a los trabajadores de los organismos descentralizados que, si bien integran la administración pública federal descentralizada, no forman parte del Poder Ejecutivo Federal, por lo cual sus servidores no se rigen por las normas del apartado B del artículo 123 constitucional sino al apartado A de la disposición referida[66].

b. Inconstitucionalidad de la LFTSE (art. 68) al establecer el principio de sindicato único por dependencia que obligaba a los empleados públicos federales a afiliarse a la Federación de Sindicatos de Tra-

---

[65] Bensusán Graciela, *op.cit.,* p. 384.

[66] organismos descentralizados de carácter federal. Su inclusión en el artículo 1º. De la ley federal de los trabajadores al servicio del estado, es inconstitucional. Jurisprudencia por reiteración, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,* Novena Época, Tomo III, febrero de 1996, p. 52, Pleno, tesis P./J 1/96.

bajadores al Servicio del Estado[67]. La jurisprudencia va en el sentido que nuestra Constitución consagra, respecto a la libertad sindical, un elemento pleno de universalidad, partiendo del derecho personal de cada trabajador a asociarse y reconociendo un derecho colectivo, una vez que el sindicato adquiere existencia y personalidad propias, por lo que la sindicación única viola la libertad sindical consagrada en el artículo 123, apartado "B", fracción X de la Constitución[68].

c. Inconstitucionalidad de los artículos 395 y 413 de la Ley Federal del Trabajo, referidos a las cláusulas de exclusión, que constituyen una violación de los derechos señalados en los artículos 5, 9 y 123 apartado A, fracción XVI de la Constitución Política mexicana, debido a que ésta sólo autoriza que pueda privarse a una persona de su trabajo lícito por resolución judicial, cuando se afecten derechos de tercero o por resolución gubernativa. Además, estas cláusulas son notoriamente contrarias a los principios de libertad sindical y de asociación, que garantizan a la persona la libertad de pertenecer a cualquier asociación o sindicato, o bien, de renunciar a ellos[69].

d. Sindicatos. La autoridad laboral está facultada para cotejar las actas de asamblea relativas a la elección o cambio de directiva, a fin de verificar el cumplimiento de los requisitos formales que rigieron el procedimiento conforme a sus estatutos, o subsidiariamente, a la Ley Federal del Trabajo, esto con la intención de que la autoridad pueda comparar el procedimiento y el resultado de las actas con las reglas adoptadas libremente en los estatutos, a fin de verificar si se cumplieron o no, además para poder determinar si el sufragio y su resultado se apegaron forzosa y necesariamente a los términos de los estatutos formulados libremente por los agremiados. La intención es garantizar el derecho a la libertad sindical establecido en el artículo 123, aparta-

---

[67] Jurisprudencia por reiteración, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo IX, mayo de 1999, Pleno, tesis P./J 43/99, p. 5.

[68] *Cfr.* Ríos Estavillo Juan José, "La tesis jurisprudencial 43/1999, Sindicación única. Las leyes o estatutos que la prevén violan la libertad sindical consagrada en el artículo 123, apartado "B", fracción X, constitucional". p. 258.

[69] Amparo directo en revisión 1124/2000, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Segunda Sala, SCJN, Novena Época, t. XIII, mayo de 2001, Tesis 2ª. LIX/2001, p. 443. Tesis aislada.

dos A, fracción XVI y B, fracción X, de la Constitución y al Convenio 87 de la OIT[70].

En lo referente al salario digno, la contradicción de tesis 107/2006-SS resuelto por la Segunda Sala de la SCJN el 30 de agosto de 2006, el Alto Tribunal reconoció el derecho fundamental de toda persona al goce y protección efectiva del salario, que permite el desempeño del trabajo en libertad, el respeto a la dignidad de la persona, así como un nivel de vida individual y/o familiar adecuado, lo que conlleva deberes de abstención y promoción dirigidos a los poderes públicos y particulares a esos efectos, así como medidas prohibitivas tendentes a evitar actos que induzcan desviar el salario de su finalidad[71].

De igual forma, tenemos varias tesis y ejecutorias sobre discriminación en el ámbito laboral, que además de ser precedentes relevantes para futuras reformas constitucionales y legales que han reconocido el ejercicio de derechos humanos laborales. Así tenemos la referente a la oferta de trabajo discriminatoria por razones de edad[72], la igualdad de género entre hombre y mujer para acceder al servicio de guardería del Instituto Mexicano del Seguro Social en el Estado de México[73], y, el derecho de parejas del mismo sexo a inscribir a su cónyuge en el seguro social[74]. En estos dos últimos casos se han hecho importantes reformas legislativas para establecer en la norma estos dos derechos.

En 2018, la SCJN dictó el amparo directo 8/2018 referido al derecho de acceso a la seguridad social de las trabajadoras doméstica. En este sonado caso, la SCJN reconoció que la existencia de este derecho

---

[70] Contradicción de tesis 30/2000-SS, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,* Segunda Sala, Novena Época, t. XII, septiembre de 2000, 2ª./J. 86/2000, p. 140.

[71] *Cfr.* Silva Fernando García, "La constitucionalización de los convenios de la OIT", en Cienfuegos Salgado, David, *et al., El derecho mexicano contemporáneo. Retos y dilemas,* México, IIJ-UNAM, 2012, p. 571.

[72] Amparo directo en revisión 992/2014, Primera Sala, SCJN, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación,* Libro 13, diciembre de 2014, t. I, p. 225.

[73] Amparo en Revisión 59-2016, Segunda Sala, SCJN, 29 de junio de 2016

[74] Amparo en Revisión 710-2016, Segunda Sala, SCJN, 11 de noviembre de 2016.

humano implica la obligación del Estado de proporcionar, conforme al máximo de sus posibilidades, cobertura de seguridad social, en especial para sectores desfavorecidos. Toda vez que la ley excluía a las trabajadoras domésticas del régimen obligatorio del IMSS, y sin perjuicio de la violación al principio de igualdad (por trato discriminatorio no proporcionado), se concluyó que hay una afectación directa al trabajo decente. Asimismo, la Corte indicó que dar un enfoque de derechos humanos, es un instrumento para combatir un problema complejo (que no admite soluciones sencillas), como lo es el de la pobreza.

Ahora bien, no todas las resoluciones de la SCJN han sido favorables para los trabajadores, existieron algunas que permitían negociar a la baja un contrato colectivo[75], como en la contradicción de tesis 21/95 que señalaba que el art. 394 de la LFT exigía el respeto de los contratos vigentes cuando se firme por primera vez un contrato colectivo, interpretando que la ley se refiere a los contratos individuales de trabajo y no a los contratos colectivos existentes, pues a criterio de la Corte, la ley no permite que en la empresa coexistan varios contratos colectivos, desconociendo lo establecido en el artículo 388- fracción II y III- de la ley que menciona esta posibilidad en caso de coexistencia de sindicatos gremiales o de éstos con sindicatos de empresa[76].

En cuanto a la reforma laboral, en los últimos años se hicieron dos modificaciones a la Ley Federal del Trabajo que han sido relevantes para ampliar la interpretación de los derechos humanos laborales: las reformas de 2012 y 2019. La reforma de 2012, lograda tras más de veinte años de discusiones de varios proyectos presentados por distintos partidos, buscó primordialmente "modernizar" y "adecuar" la legislación laboral a las necesidades del mercado de trabajo actual. Su tendencia era evidentemente patronal, sin embargo, entre las propuestas

---

[75] Contrato colectivo. En su revisión se pueden reducir las prestaciones pactadas por las partes, siempre y cuando se respeten los derechos mínimos constitucionales y legales del trabajador. Contradicción de tesis 21/95, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Segunda Sala, Novena Época, t. IV, agosto de 1996, Tesis 2ª./J. 40/96, p. 177.

[76] *Cfr.* Bensusán Graciela, *op. cit.*, p. 387.

específicas, se incluyeron algunos beneficios nuevos para la clase trabajadora del país[77], las cuales se vinculan con los derechos humanos laborales.

Entre ellas, la discreta renovación de la vida sindical que, siguiendo la jurisprudencia dictada por la SCJN, ratifica el principio de libertad sindical a través del avance hacia una mayor transparencia y democracia sindicales. Estos objetivos serían expresados en temas como el acceso a la información de los principales documentos colectivos (reglamentos interiores, registros sindicales y contratos colectivos), mayor detalle sobre los contenidos de los estatutos sindicales en el tema de rendición de cuentas y manejo del patrimonio sindical, la eliminación parcial de la cláusula de exclusión y la votación indirecta en los recuentos. De esta manera, las novedades legislativas en materia sindical, si bien importantes, dejaron intactos temas como la huelga y la contratación colectiva que son relevantes para el ejercicio de la libertad sindical[78].

También se agregó en la reforma laboral ciertos conceptos que complementan las motivaciones y aspiraciones del Derecho laboral mexicano tradicional por integrar un modelo más acorde con los derechos humanos laborales, entre los que tenemos la no discriminación en el empleo, y la protección de grupos vulnerables como niños/niñas y adolescentes, mujeres, jornaleros agrícolas o trabajo doméstico, temas en los cuales la reforma laboral proponía algunas mejorías y renovaciones al marco jurídico laboral[79] como las siguientes: definición y distinción del acoso y hostigamiento sexual, definición de igualdad sustancial entre hombres y mujeres, ampliación del período de descanso de mujer embarazada, prohibición de requerir certificado de embarazo a las mujeres para ingresar al empleo, permiso de paternidad, prohibiciones y obligaciones en caso de violación de derechos.

---

[77] Reynoso Castillo Carlos, "La reforma laboral mexicana. Elementos para su discusión", *Alegatos,* México, núm. 85, septiembre-diciembre de 2013, p. 1038.

[78] *Idem*.

[79] *Ibidem,* pp. 1039-1040.

También se incluyó el concepto de trabajo decente que la OIT creó hacia fines de los años noventa que incluye temas como la libertad sindical, la seguridad en el trabajo, la no discriminación y la abolición del trabajo infantil, entre otros[80]. Podríamos decir que la forma que adopta el trabajo decente la LFT amplía considerablemente lo que debe entenderse por derechos humanos laborales, pues incluye como derechos algunos que se excluyeron de la Declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo de la OIT de 1998.

La segunda reforma de relevancia a la LFT se publicó en mayo del 2019, la cual significó un cambio trascendental en materia jurisdiccional, principalmente en lo referido a los tribunales encargados de resolver los conflictos obrero-patronales, el procedimiento laboral y las reglas procesales, en cumplimiento de la reforma constitucional de 2017. Se eliminaron las Juntas de Conciliación y Arbitraje, tanto en el ámbito federal como local, para remitir la competencia de los conflictos de naturaleza laboral al Poder Judicial Federal y de los poderes judiciales locales.

Se incluyeron nuevas reglas que promovían la libertad sindical, entre ellas las que se refieren al derecho de los trabajadores y patrones, sin ninguna distinción y sin autorización previa, a constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como el de afiliarse a éstas con la sola condición de observar los estatutos de éstas. Estas organizaciones deberán gozar de adecuada protección contra todo acto de injerencia de unas respecto de las otras. Subraya que los procedimientos de elección de sus directivas deberán salvaguardar el pleno ejercicio del voto personal, libre, directo y secreto de los integrantes (arts. 357, 357 bis y 358 de la LFT). Estos derechos se vinculan con lo señalado en el Convenio 98 de la Organización Internacional del Trabajo ratificado recientemente por México.

También se establece que el periodo de duración de las directivas no podrá ser indefinido o de una temporalidad tal que obstaculice la par-

[80] Ídem.

ticipación democrática de los afiliados. Además, las directivas deberán rendir cuenta completa y detallada de la administración de su patrimonio. Para la firma de contrato colectivo, se debe contar con el apoyo de los trabajadores mediante el voto libre, personal y secreto, lo cual constituye una garantía para la protección de la libertad de negociación colectiva. De igual forma, la existencia de un contrato colectivo que abarque a la totalidad de trabajadores no será impedimento para que coexista con otro pacto sindical celebrado con un sindicato gremial.

Se creó el Centro Federal de Conciliación y Registro Laboral como un organismo público descentralizado del gobierno federal, con domicilio en la Ciudad de México, que contará con oficinas regionales para cumplir con dos funciones: como instancia conciliatoria previa a los conflictos ante los Tribunales y para el registro de los contratos colectivos asociaciones sindicales y los reglamentos interiores de trabajo. En cuanto a la conciliación, el procedimiento se tramitará conforme las reglas del art. 684-E, de la cual se obtendrá una constancia de haber agotado la etapa de conciliación prejudicial obligatoria para continuar con el procedimiento jurisdiccional. En cuanto al registro, tendrá como objetivo hacer público los sindicatos existentes para consulta de cualquier persona. Dicho registro podrá ser cancelado por vía judicial cuando sus dirigentes, apoderados y representantes legales incurran en actos de extorsión en contra de los empleadores. Como vemos esta reforma amplía algunos temas que habían quedado pendientes en la reforma de 2012, en materia sindical.

También se incluyó otros temas relevantes vinculados con los derechos humanos laborales, como la obligación patronal de fijar en acuerdo con los trabajadores un protocolo para prevenir la discriminación por razones de género y atención de casos de violencia y acoso u hostigamiento sexual, así como erradicar el trabajo forzoso infantil. También respecto de las trabajadoras/es del hogar, se estableció la obligación patronal de inscribirlos al Instituto Mexicano del Seguro Social y pagar las cuotas correspondientes, conforme a las normas aplicables en la materia, lo que proviene de la sentencia dictada por la SCJN en 2018.

Pese a estas reformas quedan algunos rezagos del modelo corporativista que invalidarían las intenciones de lograr un modelo más comprometido con la libertad sindical. Entre estos tenemos, que no se garantiza la independencia del Centro Federal de Conciliación y Registro Laboral, no se establece un mecanismo de conciliación en este centro para los procedimientos de huelga, entre otras.

De esta forma vemos como el proceso de constitucionalización está permeando en la materia laboral y en la protección de los derechos humanos laborales concretado en diversas tesis y jurisprudencias, así como en reformas a la LFT que han supuesto una ruptura al tradicional modelo de Estado corporativo, por un sistema más plural y protector que tiene incidencia directa en la forma como se entienden las obligaciones de las autoridades desde los derechos humanos laborales, lo que se encuentra en construcción.

V. Conclusiones

Como hemos visto a lo largo de este breve análisis, México ha transitado por un largo proceso de construcción del sistema de regulación laboral, en el cual encontramos un fuerte contenido social en su origen, específicamente en su regulación a nivel constitucional en 1917, pero que por las condiciones políticas del país se fueron adecuando a las posibilidades que tenían las autoridades para su reglamentación y cumplimiento, supeditando su ejercicio a la voluntad y discrecionalidad del gobierno y los patrones. Por ello, a partir de los cambios políticos de los años setenta, y más específicamente desde las modificaciones al PJF de 1994, de la reforma constitucional de 2011 y de las reformas a la Ley Federal del Trabajo de 2012 y 2019 se abrieron nuevos cauces para establecer un nuevo sistema de relaciones laborales, ahora teniendo como eje central a los derechos humanos.

La importancia de este nuevo modelo es que someten a los Estados a un orden iusfundamental que se integra por la Constitución, los tratados internacionales, centrados no únicamente en la relación inter-

nacional entre unos Estados a otros, sino en las personas bajo su jurisdicción, buscando la forma más completa y precisa de protegerlos y de crear mecanismos de exigibilidad de estos derechos. Esto ha generado mayores controles para verificar el cumplimiento de los Estados, sea a nivel internacional o a nivel nacional. A nivel internacional a través de los órganos de control y a nivel interno a través de los jueces federales y locales, y a través de otros órganos de control no jurisdiccional de protección de estos derechos.

Con este cambio se generan mayores posibilidades de reclamo de los trabajadores tanto a nivel nacional como internacional, así como la posibilidad de que las autoridades, sean administrativas o jurisdiccionales, interpreten la norma secundaria en base a los establecido en la Constitución y Tratados internacionales. Esto no es menor si consideramos que su repercusión se verá reflejada tanto en la forma de aplicar estos derechos, en el establecimiento de políticas públicas, en la exigencia de las autoridades de los controles necesarios para verificar el cumplimiento de la norma. Aunque sabemos que los cambios sustanciales requieren de diversos cambios tanto políticos, institucionales, económicos y sociales, encontramos ahora en los derechos humanos laborales una vía que nos puede ayudar a definir con mayor claridad las obligaciones de las autoridades y de los patrones en relación con estos derechos, además de que se basan en la persona y su dignidad.

Bibliografía

AGUILAR GARCÍA, Javier, *Historia de la CTM,* 1936-1990, México, UNAM, 2009.

ANZURES GURRÍA, José Juan, "La eficacia horizontal de los derechos fundamentales", *Cuestiones constitucionales,* Revista mexicana de Derecho Constitucional, México, núm. 22, enero-junio 2010.

BARBAGELATA, Héctor-Hugo, "El derecho universal del trabajo", *Revista de la Facultad de derecho,* Montevideo, julio-diciembre 2011.

BELTRÁN CLÍMENT, Juan, *Ley Federal del Trabajo, comentarios y jurisprudencia,* México, Editorial Esfinge, 2005.

BENSUSÁN, Graciela y MIDDLEBROOK, Kevin, *Sindicatos y política en México: cambio, continuidades y contradicciones,* México, FLACSO, UAM-Xochimilco, CLACSO, 2013.

BENSUSÁN, Graciela, *El modelo mexicano de regulación laboral,* México, FLACSO, Friedrich Ebert Stiftung, Plaza y Valdés Editores, UAM, 2000.

----------, (coord.), *Diseño legal y desempeño real: instituciones laborales en América Latina,* México, UAM, Editorial Miguel Ángel Porrúa, 2006.

BIRZBERG, Ilán, *Estado y sindicalismo en México,* México, El Colegio de México, 1990.

CASTAÑEDA HERNÁNDEZ, Mireya, "Crónica de la reforma constitucional en materia de derechos humanos en México", en Revista del Centro Nacional de Derechos Humanos, nueva época, año 6, núm. 17, 2011.

CÓRDOVA Arnaldo, *La ideología de la Revolución mexicana. La formación del nuevo régimen, México, Ediciones Era, 1973*.

----------, *La formación del poder político en México,* México, Ediciones Era, 1972.

COSSÍO, José Ramón, *Cambio social y cambio jurídico,* México, Miguel Ángel Porrúa, ITAM, 2008.

----------, *Dogmática constitucional y r*égimen autoritario, filosofía del derecho y política, México, Fontamara, 2da edición, 2000.

DE LA GARZA TOLEDO, Enrique, "Cultura y Crisis del corporativismo en México", en Barros Horcasitas José Luis, Hurtado Javier, Fernández del Castillo Germán (comp.), *La transición a la democracia y reforma del Estado Mexicano,* México, Porrúa-Flacso, 1991.

FIX-ZAMUDIO, Héctor, "La evolución del derecho internacional de los derechos humanos en las constituciones latinoamericanas", *Derechos y libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas,* España, Universidad Carlos Madrid III, 1993.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio y MORALES SÁNCHEZ, Julieta, *La reforma constitucional sobre derechos humanos (2009-2011),* México, Porrúa/ UNAM, 2011.

GARZÓN ESPINOSA, Alberto, "El neoliberalismo, características y efectos, *Attac*¸ España, julio 2010, https://www.attac.es/2010/07/01/el-neoliberalismo-caracteristicas-y-efectos/.

LÓPEZ DAZA, German Alfonso, "Constitucionalización del Derecho Laboral en Colombia: reconocimiento de derechos laborales a las personas que ejercen la prostitución", *Revista Jurídica Piélagus,* Colombia, núm. 11, enero-diciembre de 2012.

MARQUET GUERRERO, Porfirio, "Fuentes y antecedentes del derecho mexicano del trabajo", en Kurczyn Villalobos, Patricia, *Derechos humanos en el trabajo y la seguridad social. Liber Amicorum: en homenaje al doctor Jorge Carpizo,* México, IIJ-UNAM, 2014.

MEDELLÍN URQUIAGA, Ximena, "Principio *pro persona*", Metodología para la enseñanza de la reforma constitucional en materia de derechos humanos, Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal/Suprema Corte de Justicia de la Nación/Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, junio de 2013.

MOLINA HERRERA, Angélica, "Aproximaciones sobre el derecho al trabajo desde la perspectiva de los derechos humanos", *Revista Estudios Socio-jurídicos*, vol. 9, núm. especial, 2007.

PRIETO SÁNCHIS, Luis, *Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación jurídica,* Lima, Palestra Editores, 2007.

REYNOSO CASTILLO, Carlos, *Derecho del trabajo, panorama y tendencias,* México, H. Cámara de Diputados LIX Legislatura, UAM, Miguel Ángel Porrúa, 2006.

----------, "La reforma laboral mexicana. Elementos para su discusión", *Alegatos,* México, núm. 85, septiembre-diciembre de 2013.

RÍOS ESTAVILLO, Juan José, "La tesis jurisprudencial 43/1999, Sindicación única. Las leyes o estatutos que la prevén violan la libertad sindical consagrada en el artículo 123, apartado "B", fracción X, constitucional".

RODRÍGUEZ MANCINI, Jorge, *Derechos fundamentales y relaciones laborales,* Argentina, Ed. Astrea.

SÁNCHEZ GIL, Rubén, *Constitucionalización: influencia de las normas fundamentales sobre contenido y validez del derecho ordinario,* Breviarios Jurídicos, Editorial Porrúa, México, 2006.

SILVA GARCÍA, Fernando, "La constitucionalización de los convenios de la OIT", en Cienfuegos Salgado, David *et al., El derecho mexicano contemporáneo. Retos y dilemas,* México, IIJ-UNAM, 2012.

SUÁREZ ÁVILA, Alberto, *La protección de los derechos fundamentales en la novena época de la Suprema Corte,* México, UNAM, Editorial Porrúa e IMDPC, 2014.

TAMAYO, Jaime, "En el interinato de Adolfo de la Huerta y el gobierno de Álvaro Obregón (1920-1924)", *La clase obrera en la Historia de México,* México, Instituto de Investigaciones Sociales UNAM y Editorial Siglo XXI, 1987.

UGARTE CATALDO, José Luis, "La tutela de derechos fundamentales y el derecho del trabajo: de erizo a zorro", *Revista de derecho*, Chile, vol. 20, núm. 2, 2007.

----------, "La constitucionalización del derecho del trabajo: la tutela de derechos fundamentales", *Revista Latinoamericana de Derecho Social,* México, Núm. 7, julio-diciembre de 2008.

VON BOGDANDY, Armin, *et. al.*, *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Textos Básicos para su comprensión,* México, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro y Max Planck Institute, 2017.

ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia,* España, Editorial Trotta, Quinta edición, 2003.

EL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL COMO DERECHO AUTÓNOMO Y SU IMPACTO EN LAS PERSONAS MAYORES[1*]

Eduardo Ferrer Mac-Gregor[2**]

SUMARIO: *Resumen.* I. *Introducción*. II. *El Derecho a la Seguridad Social como derecho autónomo y su importancia para el Derecho Internacional*. III. *La falta de ejecución de sentencias sobre derechos sociales y su impacto en las personas mayores*. IV. *La importancia del caso Muelle Flores para la jurisprudencia interamericana: la obligación de "debida diligencia excepcional". Bibliografía.*

Resumen: Se puede decir que uno de los mayores retos dentro de las sentencias de la Corte Interamericana referidos a los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales, es que estos derechos sean tratados de modo autónomo, y no de manera derivada de algún otro. Esto sucedía con el derecho humano a la seguridad social, cuya derivación se efectuaba del derecho a la propiedad privada, lo cual no abonaba lo suficiente a la justiciabilidad directa de este derecho. Es con el caso Muelles Flores vs. Perú, que se encuentra la apertura a la justiciabilidad directa de este derecho humano con suficiente grado de especificidad, al ser establecida su existencia y reconocimiento implícito en la Carta de la OEA y su protección y alcance en la Convención Americana.

I. Introducción

La sentencia en el caso *Muelle Flores Vs. Perú* (en adelante "la Sentencia" o "Muelle Flores")[3] abona a la línea jurisprudencial interamericana en materia de derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (en

---

[1*] El presente trabajo constituye esencialmente el voto razonado emitido en el *Caso Muelle Flores Vs. Perú* (Sentencia de 6 de marzo de 2019).

[2**] Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas y profesor en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM).

[3] *Cfr. Caso Muelle Flores Vs. Perú. Excepciones Preliminares, fondo, reparaciones y costas,* sentencia de 6 de marzo de 2019, serie C, núm. 375.

adelante "los DESCA" o "derechos sociales"). La Sentencia reafirma la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante "la Cort IDH" o "el Tribunal Interamericano"), para analizar violaciones autónomas del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante "la Convención Americana" o "Pacto de San José")[4].

El caso *Muelle Flores* constituye un importante precedente para el Sistema Interamericano. Por primera vez, la Corte IDH aborda de manera directa el *derecho a la seguridad social*, como derecho autónomo y justiciable mediante el artículo 26 de la Convención Americana, declarando su violación y estableciendo estándares relevantes al tratarse la víctima de *un individuo en situación de especial protección por ser una persona mayor con discapacidad*[5].

En la Sentencia se reitera que el artículo 26 de la Convención Americana protege aquellos derechos que derivan de las normas económicas,

---

[4] *Cfr. Caso Acevedo Buendía y otros ("Cesantes y Jubilados de la Contraloría") Vs. Perú. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas,* sentencia de 1 de julio de 2009, serie C, núm. 198, párrs. 12 a 19; *Caso Lagos del Campo Vs. Perú. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*, sentencia de 31 de agosto de 2017, serie C, núm. 340, párrs. 142 y 145; Opinión Consultiva OC-23/17 sobre *Medio ambiente y derechos humanos (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal - interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2o de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, 15 de noviembre de 2017, serie A, núm. 23, párr. 57; *Caso Trabajadores Cesados de Petroperú y otros Vs. Perú. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*, sentencia de 23 de noviembre de 2017, serie C, núm. 344, párr. 192; *Caso San Miguel Sosa y otras Vs. Venezuela. Fondo, reparaciones y costas*, sentencia de 8 de febrero de 2018, serie C, núm. 348, párr. 220; *Caso Poblete Vilches y otros Vs. Chile. Fondo, reparaciones y costas*, sentencia de 8 de marzo de 2018, serie C, núm. 349, párr. 100; *Caso Cuscul Pivaral y otros Vs. Guatemala. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas,* sentencia de 23 de agosto de 2018, serie C, núm. 359, párrs. 75 a 97*;* y *Caso Muelle Flores Vs. Perú. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas,* sentencia de 6 de marzo de 2019, serie C, núm. 375, párrs. 33 a 37.

[5] "En la actualidad, el señor Oscar Muelle Flores tiene 82 años y sufre discapacidad auditiva severa (hipoacusia) como consecuencia de la pérdida de su audición en uno de los oídos de manera total, hace 15 años, así como de la disminución de la audición del otro. Asimismo, en mayo de 2018, el señor Muelle Flores fue diagnosticado con "demencia senil tipo Alzheimer" y en julio de 2018 sufrió una fractura de la cadera femoral, por la cual se le debió colocar una prótesis". *Caso Muelle Flores Vs. Perú. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas,* sentencia de 6 de marzo de 2019, serie C, núm. 375, párr. 52.

sociales y de educación, ciencia y cultura contenidas en la Carta de la Organización de Estados Americanos (en adelante "Carta de la OEA"). En el caso, la Corte IDH identifica diversas normas de la Carta de la OEA[6] de las cuales es posible derivar el derecho a la seguridad social. Se estima que existe una referencia con el suficiente grado de especificidad del derecho a la seguridad social para establecer su existencia y reconocimiento implícito en la Carta de la OEA. En particular, de los distintos enunciados se advierte que el derecho a la seguridad social tiene como finalidad asegurar a las personas una vida, salud y niveles económicos decorosos en su vejez, o ante eventos que las priven de su posibilidad de trabajar; es decir, en relación con eventos futuros que podrían afectar el nivel y calidad de sus vidas. De ahí que se concluye en la Sentencia que el derecho a la seguridad social es un derecho protegido por el artículo 26 de la Convención Americana[7].

Una vez determinado que el derecho a la seguridad social es protegido por el artículo 26 del Pacto de San José, la Corte IDH procede a delimitar con mayor precisión dicho derecho, teniendo especial consideración la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, ya que

---

[6] Véanse los artículos 3.j), 45.b) y h), y 46 de la Carta de la OEA. Artículo 3.j) al señalar que "la justicia y la seguridad sociales son bases de una paz duradera". Asimismo, el artículo 45.b) establece que "b) [e]l trabajo es un derecho y un deber social, otorga dignidad a quien lo realiza y debe prestarse en condiciones que, incluyendo un régimen de salarios justos, aseguren la vida, la salud y un nivel económico decoroso para el trabajador y su familia, tanto en sus años de trabajo como en su vejez, o cuando cualquier circunstancia lo prive de la posibilidad de trabajar". Asimismo, el artículo 45 establece que "el hombre sólo puede alcanzar la plena realización de sus aspiraciones dentro de un orden social justo", por lo que los Estados convienen en dedicar esfuerzos a la aplicación de ciertos principios y mecanismos, entre ellos el "h) [d]esarrollo de una política eficiente de seguridad social". Por su parte, en el artículo 46 reconocen que "para facilitar el proceso de la integración regional latinoamericana, es necesario armonizar la legislación social de los países en desarrollo, especialmente en el campo laboral y de la seguridad social, a fin de que los derechos de los trabajadores sean igualmente protegidos, y convienen en realizar los máximos esfuerzos para alcanzar esta finalidad". *Cfr. Caso Muelle Flores Vs. Perú. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas,* sentencia de 6 de marzo de 2019, serie C, núm. 375, párrs. 172 y 173.

[7] *Cfr. Caso Muelle Flores Vs. Perú. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas,* sentencia de 6 de marzo de 2019, serie C, núm. 375, párr. 173.

> Los Estados Miembros han entendido que la Declaración contiene y define aquellos derechos humanos esenciales a los que la Carta se refiere, de manera que no se puede interpretar y aplicar la Carta de la Organización en materia de derechos humanos, sin integrar las normas pertinentes de ella con las correspondientes disposiciones de la Declaración, como resulta de la práctica seguida por los órganos de la OEA[8].

En este sentido, el artículo XVI ("Derecho a la Seguridad Social") de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, detalla de manera clara que "*Toda persona tiene derecho a la seguridad social que le proteja contra las consecuencias de la desocupación, de la vejez y de la incapacidad que, proveniente de cualquier otra causa ajena a su voluntad, la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios de subsistencia*"[9]. En aras de establecer con mayor precisión el contenido del derecho y las obligaciones que le son aplicables, el Tribunal Interamericano advierte que el derecho a la seguridad social ha sido ampliamente desarrollado en el ámbito del derecho internacional, en el artículo 9° del Protocolo de San Salvador, en los artículos 22 y 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, así como bajo el mandato de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), como por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante "el Comité DESC"), en aplicación del artículo 9o del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante "el PIDESC")[10]. Finalmente, el Tribunal Interamericano identifica que el derecho a la seguridad social también se encuentra contemplado en los artículos 10° y 11 de la Constitución Política de 1993 del Perú[11].

---

[8] *Cfr.* Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión consultiva OC-10/89 de 14 de julio de 1989, serie A, núm. 10, párr. 43; y *Caso Cuscul Pivaral y otros Vs. Guatemala. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas,* sentencia de 23 de agosto de 2018, serie C, núm. 359, párr. 101.

[9] *Cfr. Caso Muelle Flores Vs. Perú. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas,* sentencia de 6 de marzo de 2019, serie C, núm. 375, párr. 179.

[10] *Cfr. Caso Muelle Flores Vs. Perú. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas,* sentencia de 6 de marzo de 2019, serie C, núm. 375, párrs. 181, 183 y 184.

[11] *Cfr. Caso Muelle Flores Vs. Perú. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas,* sen-

Es importante señalar que la Corte IDH al utilizar las fuentes, principios y criterios del *corpus iuris* internacional como normativa especial aplicable en la determinación del contenido del derecho a la seguridad social, como complemento a la normativa de la Convención Americana, no está asumiendo competencias sobre tratados en los que no la tiene, ni tampoco está otorgando jerarquía convencional a normas contenidas en otros instrumentos nacionales o internacionales relacionados con los DESCA[12]. Por el contrario, la Corte IDH realiza una interpretación de conformidad con las pautas previstas por el artículo 29 del Pacto de San José[13], de tal manera que permita actualizar el sentido de los derechos derivados de la Carta de la OEA que se encuentran reconocidos por el artículo 26 de la Convención Americana[14]. Ha sido la práctica constante de este Tribunal Interamericano[15], que al determinar la compatibilidad de las acciones y omisiones del Estado, o de sus normas, con la propia Convención Americana, la Corte IDH puede interpretar las obligaciones y derechos en ellos contenidos a la luz de otros tratados y normas pertinentes[16].

---

tencia de 6 de marzo de 2019, serie C, núm. 375, párr. 182.

[12] *Cfr. Caso familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia, supra,* párr.143 y *Caso Cuscul Pivaral y otros Vs. Guatemala, supra*, párr. 101.

[13] El artículo 29 de la Convención Americana (que prevé el principio *pro persona*), hace expresa referencia a las normas del Derecho Internacional general para su interpretación y aplicación. *Cfr. Caso Muelle Flores Vs. Perú. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas,* sentencia de 6 de marzo de 2019, serie C, núm. 375, párr. 174; *Caso familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*, sentencia de 25 de noviembre de 2013, serie C, núm. 272, párr. 143; y *Caso Cuscul Pivaral y otros Vs. Guatemala, Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas,* sentencia de 23 de agosto de 2018, serie C, núm. 359, párr. 100.

[14] *Cfr. Caso Muelle Flores Vs. Perú. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas,* sentencia de 6 de marzo de 2019, serie C, núm. 375, párr. 175.

[15] *Cfr. Caso Poblete Vilches y otros Vs. Chile, supra,* párr. 103; *Caso Lagos del Campo Vs. Perú, supra,* párr. 145; *Caso I.V. Vs. Bolivia. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas,* sentencia de 30 de noviembre de 2016, serie C, núm. 329, párr. 168; *Caso familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia, supra,* párr. 129; *Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile. Fondo, reparaciones y costas*, sentencia de 24 de febrero de 2012, serie C, núm. 239, párr. 83; *Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y reparaciones*, sentencia de 24 de febrero de 2011, serie C, núm. 221, párrs. 78 y 121, y *Caso Cuscul Pivaral y otros Vs. Guatemala, supra*, párr. 100.

[16] *Cfr. Caso Muelle Flores Vs. Perú. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas,* sen-

Siguiendo su línea jurisprudencial[17], la Corte IDH considera que la naturaleza y alcance de las obligaciones que derivan de la protección de la seguridad social, incluyen aspectos que tienen una *exigibilidad inmediata*, así como aspectos que tienen un *carácter progresivo*. Al respecto, en la Sentencia se recuerda que, en relación con las primeras (obligaciones de exigibilidad inmediata), los Estados deberán adoptar medidas eficaces a fin de garantizar el acceso sin discriminación a las prestaciones reconocidas para el derecho a la seguridad social, garantizar la igualdad de derechos entre hombres y mujeres, entre otros[18]. Respecto a las segundas (obligaciones de carácter progresivo), la realización progresiva significa que los Estados partes tienen la obligación concreta y constante de avanzar lo más expedita y eficazmente posible hacia la plena efectividad de dicho derecho[19], en la medida de sus recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados[20]. Asimismo, se impone la obliga-

---

tencia de 6 de marzo de 2019, serie C, núm. 375, párr. 174.

[17] *Cfr. Caso Poblete Vilches y otros Vs. Chile. Fondo, reparaciones y costas*, sentencia de 8 de marzo de 2018, serie C, núm. 349, párr. 104; y *Caso Cuscul Pivaral y otros Vs. Guatemala. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas,* sentencia de 23 de agosto de 2018, serie C, núm. 359, párr. 98.

[18] *Cfr.* Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General No. 3: La índole de las obligaciones de los Estados Partes* (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto), 14 de diciembre de 1990, U.N. Doc. E/1991/23, párr. 3, y Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General No. 19, El derecho a la seguridad social (artículo 9°)*, 4 de febrero de 2008, párr. 40.

[19] *Cfr.* Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General No. 3: La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2° del Pacto),* 14 de diciembre de 1990, U.N. Doc. E/1991/23, párr. 9, y Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General No. 19*, *El derecho a la seguridad social (artículo 9°)*, 4 de febrero de 2008, párrs. 40 y 41.

[20] El artículo 26 de la Convención establece: "Artículo 26. Desarrollo Progresivo. Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados".

ción de *no regresividad* frente a la realización de los derechos alcanzados[21]. En virtud de lo anterior, las obligaciones convencionales de respeto y garantía, así como de adopción de medidas de derecho interno (artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana), resultan fundamentales para alcanzar su efectividad.

Como se expresó en la Sentencia, en cada caso bajo estudio, se requerirá determinar qué tipo de las dos obligaciones están en juego frente al derecho a la seguridad social[22]. La Corte IDH nota que el presente caso no versa sobre las obligaciones de progresividad derivadas del artículo 26 de la Convención Americana, sino que se refiere *a la falta de concretización material del derecho a la pensión, como parte integrante del derecho a la seguridad social, del señor Muelle Flores*; debido a la falta de cumplimiento y ejecución

---

[21] *Cfr. Caso Acevedo Buendía y otros ("Cesantes y Jubilados de la Contraloría") Vs. Perú. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas,* sentencia de 1 de julio de 2009, serie C, núm. 198, párrs. 102-103; y *Caso Poblete Vilches y otros Vs. Chile. Fondo, reparaciones y costas*, sentencia de 8 de marzo de 2018, serie C, núm. 349, párr. 104. Véanse también: "Grupo de Trabajo para el Análisis de los Informes Nacionales previstos en el Protocolo de San Salvador". Inicialmente, el Grupo de Trabajo elaboró el Documento "Indicadores de progreso para medición de derechos contemplados en el Protocolo de San Salvador", OEA/Ser.L/XXV.2.1; GT/PSS/doc.2/11 rev.2, de 16 diciembre 2011, realizado con base en las Normas y Lineamientos presentados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Elevado a consulta a los Estados y la sociedad civil y aprobado por la Asamblea General en su XLII Período de Sesiones Ordinarias celebrado en Cochabamba, Bolivia, en junio de 2012 (AG/RES. 2713 (XLII-O/12). En dicha ocasión se abordaron los derechos a la seguridad social, a la salud y a la educación (pág. 13). Posteriormente, tras un segundo agrupamiento de derechos, el Grupo de Trabajo emitió los "Indicadores de progreso para la medición de derechos contemplados en el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales "Protocolo de San Salvador – Segundo agrupamiento de derechos", OEA/Ser.L/XXV.2.1 GT/PSS/doc.9/13, aprobados por la Asamblea General de la OEA mediante la Resolución AG/RES. 2823 (XLIV-O/14), en la Segunda Sesión Plenaria de 4 de junio de 2014. Finalmente, en 2015, el Grupo de Trabajo incorporó ambos agrupamientos de derechos y fueron publicados bajo el título conjunto: "Indicadores de progreso para la medición de derechos contemplados en el Protocolo de San Salvador", OEA/Ser.D/XXVI.11 (2015). En esta ocasión se abordaron los derechos al trabajo y derechos sindicales, a la alimentación adecuada, al medio ambiente sano, y a los beneficios de la cultura (pág. 75). *Cfr.* Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General No. 19, El derecho a la seguridad social (artículo 9°)*, 4 de febrero de 2008, párr. 42.

[22] *Cfr. Caso Muelle Flores Vs. Perú. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas,* sentencia de 6 de marzo de 2019, serie C, núm. 375, párrs. 190, 191 y 202.

de sentencias dictadas a su favor a nivel interno, en el marco de la privatización de la empresa estatal, efectuado luego de su jubilación[23].

Por otra parte, en la Sentencia se abordan aspectos de relevancia para la temática de *las personas mayores*, como grupo en situación de especial vulnerabilidad frente al disfrute de los derechos sociales[24]; así como el particular impacto —material y emocional— que tienen estas personas ante la falta de ejecución de las sentencias internas que tutela el derecho a la seguridad social[25]. En ese sentido, en la Sentencia se enfatiza que

> en un contexto de no pago de la pensión reconocida judicialmente, los derechos a la seguridad social [art. 26 de la Convención Americana], a la integridad personal [art. 5.1 de la Convención Americana] y la dignidad humana [art. 11.1 de la Convención Americana] se interrelacionan, y en ocasiones, la vulneración de uno genera directamente la afectación del otro, situación que se acentúa en el caso de las *personas mayores* [26].

Sobre el particular, la Corte IDH en la Sentencia concluyó que

> *[l]a falta de materialización del derecho a la seguridad social por más de 27 años generó un grave perjuicio en la calidad de vida y la cobertura de salud del señor Muelle, una persona en situación de especial protección por ser una persona mayor con discapacidad*. La vulneración generada por la falta de pago de la pensión se extendió más allá del plazo razonable debido, y al ser este el único ingreso de la víctima, la ausencia prolongada del pago generó indefectiblemente una precariedad económica que afectó la cobertura de sus necesidades básicas, y por ende también su integridad psicológica y moral, así como su dignidad[27].

---

[23] El señor Muelle Flores adquirió su derecho a la pensión bajo un régimen de contribuciones administrado por el Estado, es decir que adquirió el derecho a recibir una pensión luego de haber realizado aportes durante varios años. La legalidad de su incorporación a dicho régimen fue confirmado a nivel interno.

[24] *Cfr. Caso Muelle Flores Vs. Perú. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas,* sentencia de 6 de marzo de 2019, serie C, núm. 375, párr. 207.

[25] *Cfr. Caso Muelle Flores Vs. Perú. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas,* sentencia de 6 de marzo de 2019, serie C, núm. 375, párrs. 204 a 206.

[26] *Cfr. Caso Muelle Flores Vs. Perú. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas,* sentencia de 6 de marzo de 2019, serie C, núm. 375, párr. 204.

[27] *Cfr. Caso Muelle Flores Vs. Perú. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas,* sentencia de 6 de marzo de 2019, serie C, núm. 375, párr. 227.

Teniendo en cuenta esta breve introducción, emito el presente voto para profundizar en algunos aspectos relevantes que surgen de esta sentencia para el futuro del Sistema Interamericano: I. El derecho a la seguridad social como derecho autónomo y su importancia para el derecho internacional (*párrs*. 12-35). II. La falta de ejecución de sentencias sobre derechos sociales y su impacto en las personas mayores (*párrs*. 36-57); y III. La importancia del *Caso Muelle Flores* para la jurisprudencia interamericana: la obligación de "debida diligencia excepcional" (*párrs.* 58-68).

II. El derecho a la seguridad social como derecho autónomo y su importancia para el derecho internacional

A. *Sistema universal*

El derecho a la seguridad social fue contemplado en el Sistema Universal de Derechos Humanos, en la Declaración Universal de los Derechos Humanos en el artículo 22[28]. Sin embargo, la mayor especificidad de este derecho se dio en 1966 en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. En el artículo 9o de dicho tratado, se establece que "[l]os Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social". Particularmente, el Comité DESC, en su Observación General No. 19, sobre el derecho a la seguridad social, ha desarrollado el contenido de dicho derecho[29].

---

[28] Adoptada y proclamada por la Resolución de la Asamblea General 217 A (III) del 10 de diciembre de 1948 en París, el artículo 25 establece que: "1. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad. 2. La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social".

[29] En el presente caso el Tribunal Interamericano recoge el contenido que ha sido desarrollado por el Comité DESC en la Observación General No. 19.

En este entendido es importante destacar importantes parámetros que se incorporan a la jurisprudencia interamericana en materia de seguridad social, y que son concordantes con el contenido que ha sido desarrollado por el Comité DESC; de este modo tenemos, en primer lugar, que el derecho a la seguridad social se puede conceptualizar como el derecho a "[o]btener y mantener prestaciones sociales, ya sea en efectivo o en especie, sin discriminación, con el fin de obtener protección, en diversas circunstancias […] en particular por la falta de ingresos procedentes del trabajo"[30].

Por otro lado, el Comité DESC ha señalado "una serie de elementos fundamentales" que se aplican en cualquier situación o circunstancia, a saber: i) disponibilidad; ii) riesgos e imprevistos sociales: a) atención de la salud, b) enfermedad, c) vejez, d) desempleo, e) accidentes laborales, f) prestaciones familiares, g) maternidad, h) discapacidad, e i) sobrevivientes y huérfanos; iii) nivel suficiente; iv) accesibilidad: a) cobertura, b) condiciones, c) asequibilidad, d) participación e información y e) acceso físico[31].

Cabe destacar que el Comité DESC ha declarado la vulneración del derecho a la seguridad social mediante su sistema de comunicaciones individuales; al respecto, en el año 2017, el Comité DESC se pronunció sobre el tema en el caso *Trujillo Calero Vs. Ecuador,* teniendo como base las Observaciones Generales No. 6 (sobre las personas de edad) y la No. 19 (sobre la seguridad social). Para el Comité DESC, el derecho a la seguridad social es fundamental "para garantizar a todas las personas su dignidad humana[32]. Por otro lado, también estimó que "el artículo 9 del

---

[30] *Cfr.* ONU, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 19, *El derecho a la seguridad social (artículo 9°)*, Aprobada el 23 de noviembre de 2007, párr. 2 y *Caso Muelle Flores Vs. Perú. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas,* sentencia de 6 de marzo de 2019, serie C, núm. 375, párr. 186.

[31] *Cfr. Caso Muelle Flores Vs. Perú. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas,* sentencia de 6 de marzo de 2019, serie C, núm. 375, párrs. 178 a 193.

[32] *Caso Trujillo Calero Vs. Ecuador*, comunicación 10/2015, E/C.12/63/D/10/2015, de 26 de marzo de 2018, párr. 11.1. Véase en igual sentido: ONU, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 19, *El derecho a la seguridad social (artículo 9°)*, 4 de febrero de 2008, párrs. 1 a 3; y *López Rodríguez C., Es-*

Pacto implícitamente reconoce el derecho a las prestaciones de vejez"[33].

B. Sistema africano de derechos humanos

En el caso del Sistema Africano, el derecho a la seguridad social no se encuentra contemplado en la Carta de Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos de 1991. En este entendido, aunque la Carta Africana contempla derechos sociales de manera expresa, también se encuentran una serie de *derechos sociales perdidos*. Así, la Carta de Banjul no hace referencia expresa a una adecuada forma de vida (incluido el derecho a la alimentación, ropa y vivienda), el derecho a la seguridad social o el beneficio de los progresos científicos. Estos derechos "perdidos" en la Carta de Banjul están relacionados con las necesidades socioeconómicas de las personas de la África predominantemente rural y empobrecida, quienes tienen un bajo acceso a agua potable, una vivienda adecuada, alimento, etcétera[34]. Un paso importante fue la adopción en 2016 del Protocolo de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos relativo a los Derechos de las Personas Mayores en África[35], previendo su artículo 7o (Protección Social), que los Estados partes desarrollarán políticas y leyes que garanticen que las personas mayores que se jubilen reciban pensiones adecuadas y otras formas de seguridad social.

C. Sistema europeo de derechos humanos

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante "el Tribunal Europeo" o "la Corte Europea") ha entendido que las prestaciones del sistema de seguridad social pueden ser consideradas un bien al que la

paña, comunicación 1/2013, E/C.12/57/D/1/2013, 20 de abril de 2016, párrs. 10.1 y 10.2.

[33] *Cfr.* Observación General No. 6 (1995) *Sobre los derechos económicos, sociales y culturales de las personas mayores*, párr. 10, y *Cfr.* ONU, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 19, *El derecho a la seguridad social (artículo 9)*, 4 de febrero de 2008, párr. 10.

[34] *Cfr*. Alemahu Yeshanew, Sisay, *The Justiciability of Economics, Social and Cultural Rights in the African Regional Human Rights System,* Intersentia, Cambrige, 2013, pág. 241.

[35] *Protocol to the African Charter on Human and People's Rights on the Rights of Older Persons in Africa*, adoptado el 31 de julio de 2016, en Addis Abeba, Etiopia.

persona tendrían derecho, en la medida en que lo reconociera la legislación nacional, y precisamente por su contribución al sistema de seguridad social; contribución que generaría una expectativa razonable de acceso a la prestación social correspondiente[36]. Este derecho ha sido derivado del derecho de propiedad contemplado en el artículo 1° del Protocolo 1°[37] a partir del concepto de "bienes"[38].

La Corte Europea ha subrayado la particular diligencia que requiere la tramitación de casos en los que la cuestión dirimida es de carácter urgente, identificando, por ejemplo, aquellos casos de naturaleza laboral y disputas sobre pensiones. Concretamente en materia de pensiones, la Corte Europea ha dicho que "[…] es necesaria una diligencia especial en las controversias de carácter laboral, incluidas las controversias sobre pensiones"[39].

Por su parte, en el marco del Comité Europeo de Derechos Sociales[40], es decir, del órgano encargado de supervisar el cumplimiento de la

---

[36] *Cfr.* Santolaya Machetti, Pablo y Díaz Ricci, Sergio M., "Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la protección de grupos vulnerables", en Canosa Usera, Raúl, Fernández Sánchez, Pablo Antonio, García Roca, Javier y Santolaya Machetti, Pablo (Coords.), *El Diálogo entre los Sistemas Europeo y Americano de Derechos Humanos,* Lima, ECB Ediciones S. A. C., 2015, p. 303.

[37] "Toda persona física o jurídica tiene derecho al respeto de sus bienes. Nadie podrá ser privado de su propiedad sino por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la ley y los principios generales del Derecho Internacional. […]".

38 *Cfr. Caso Stec Vs. Reino Unido,* Application núm. 65731/01 65900/01, sentencia de 12 de abril del 2006; *Caso Wessels-Bergervoet Vs. Holanda*, Application núm. 34462/97, sentencia de 12 de noviembre de 2002 y *Caso Andrejeva contra Letonia*, Application *núm.* 55707/00, sentencia de 18 de febrero de 2009.

[39] *Cfr*. Declaración rendida ante fedatario público por Christian Courtis el 30 de agosto de 2018, citando jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos, a saber: casos *Konig v. Alemania*, 28 de junio de 1978, par. 111; *Buchholz v. Alemania*, 6 de mayo de 1981, párr. 52; *Obermeier v. Austria*, 28 de junio de 1990, par. 72; Vacatura v. Italia, 24 de mayo de 1991, párr. 17; *Borgese v. Italia*, 24 de enero de 1992, par. 18; *Ruotolo v. Italia*, 27 de febrero de 1992, párrs. 17; *Doustaly v. Francia*, 23 de abril de 1998, párr. 48; *Thlimmenos v. Grecia*, 6 de abril del 2000, párrs. 60 y 62; *Frydlender v. Francia*, 27 de junio de 2000, par. 45; *Garcia v. Francia*, 26 de septiembre de 2000, par. 14; *Julien v. Francia*, 8 de abril de 2003, par. 31; *Sartory v. Francia*, 24 de septiembre de 2009, párr. 34.

[40] CEDS, *Cfr. Finnish Society of Social Rights Vs. Finland*, Decision on the Merits, Complaint núm. 88/2012, decisión de 9 de septiembre de 2014, párrs. 57 y 59 y *Unione Italiana del Lavoro U.I.L. Scuola-Sicilia Vs. Italy*, Complaint núm. 13/2014, Decision on the merits, Decisión de 24 de enero de 201, párr. 52.

Carta Social Europea, contempla, en el artículo 12, de manera expresa, el derecho a la seguridad social[41]. De este modo, el Comité Europeo de Derechos Sociales ha entendido que el derecho a la seguridad social es un derecho fundamental y que el sistema de seguridad social debe cubrir los riesgos sociales tradicionales proveyendo beneficios adecuados con respecto a la atención médica, las enfermedades, el desempleo, la vejez, las lesiones laborales, la familia, la maternidad, etc. Adicionalmente, ha especificado que los beneficios que se proporcionen dentro de las diferentes ramas de la seguridad social deben ser adecuados y, en particular, los beneficios que sustituyen a los ingresos no deben ser tan bajos como para que los beneficiarios caigan en la pobreza[42]. Cabe precisar que el mismo documento, a diferencia, por ejemplo, del PIDESC, desagrega en otras disposiciones el contenido del derecho a la seguridad social como la protección que tienen las trabajadoras (art. 8°)[43] o el de-

---

[41] "Para garantizar el ejercicio efectivo al derecho a la Seguridad Social, las partes contratantes se comprometen: 1. A establecer o mantener un régimen de Seguridad Social. 2. A mantener el régimen de Seguridad Social en un nivel satisfactorio, equivalente, por lo menos, al exigido para la ratificación del Convenio Internacional del Trabajo (número 102) sobre normas mínimas de Seguridad Social. 3. A esforzarse por elevar progresivamente el nivel del régimen de Seguridad Social. 4. A adoptar medidas, mediante la conclusión de los oportunos acuerdos bilaterales o multilaterales, o por otros medios, sin perjuicio de las condiciones establecidas en esos acuerdos, encaminadas a conseguir: a. La igualdad de trato entre los nacionales de cada una de las partes contratantes y los de las demás partes en lo relativo a los derechos de Seguridad Social, incluida la conservación de las ventajas concedidas por las leyes de Seguridad Social, sean cuales fueren los desplazamientos que las personas protegidas pudieren efectuar entre los territorios de las partes contratantes. b. La concesión, mantenimiento y restablecimiento de los derechos de Seguridad Social, por medios tales como la acumulación de los períodos de seguro o de empleo completados de conformidad con la legislación de cada una de las partes contratantes".

[42] CEDS, *Cfr. Finnish Society of Social Rights Vs. Finland*, Decision on the Merits, Complaint núm. 88/2012, decisión de 9 de septiembre de 2014, párrs. 57 y 59 y *Unione Italiana del Lavoro U.I.L. Scuola-Sicilia Vs. Italy*, Complaint núm. 13/2014, decision on the merits, decisión de 24 de enero de 201, párr. 52.

[43] "Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho de las trabajadoras a la protección de la maternidad, las Partes se comprometen: Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho de las trabajadoras a la protección de la maternidad, las Partes se comprometen: 1) a garantizar a las trabajadoras, antes y después del parto, un descanso de una duración total de catorce semanas, como mínimo, sea mediante vacaciones pagadas, sea por prestaciones adecuadas de la seguridad social o por subsidios sufragados con fondos públicos; 2) a considerar como ilegal que un empleador despida a una mujer durante el período comprendido entre el momento en que comunique su

recho a la asistencia social y médica (art. 13)[44]. También resulta relevante la *Recomendación sobre la Promoción de los Derechos Humanos de las Personas Mayores,* del Consejo de Europa, aprobada en 2014[45].

D. Sistema interamericano de derechos humanos: la interpretación de la corte interamericana en relación con el artículo 26 y el derecho a la seguridad social como derecho autónomo

1. *El derecho a la seguridad social antes del Caso Lagos del Campo Vs. Perú*

En relación con el *derecho a la seguridad social*, la jurisprudencia de la Corte IDH había versado sobre el régimen de pensiones. Al respecto el Tribunal Interamericano ha protegido este derecho, principalmente, a través del derecho a la propiedad privada —bajo la figura de "derechos adquiridos"— (artículo 21 de la CADH), la protección judicial (artículo 25 de la CADH) o a partir del derecho a la igualdad ante la ley y no discriminación (artículos 24 y 1.1 de la CADH).

En el *Caso Cinco Pensionistas Vs Perú* (2003), la Corte IDH consideró

embarazo a su empleador y el fin de su permiso de maternidad, o en una fecha tal que el período de preaviso expire durante ese período; 3) a garantizar a las madres que críen a sus hijos el tiempo libre suficiente para hacerlo; 4) a regular el trabajo nocturno de las mujeres que estén embarazadas, que hayan dado a luz recientemente o que estén criando a sus hijos; 5) a prohibir el empleo de las mujeres que estén embarazadas, que hayan dado a luz recientemente o que estén criando a sus hijos en trabajos subterráneos de minería y en cualesquiera otros trabajos que no sean adecuados por su carácter peligroso, penoso o insalubre, y a adoptar las medidas adecuadas para proteger los derechos de estas mujeres en materia de empleo".

[44] Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a beneficiarse de los servicios sociales, las Partes se comprometen: 1 a fomentar u organizar servicios que, utilizando los métodos de un servicio social, contribuyan al bienestar y al desarrollo de los individuos y de los grupos en la comunidad, así como a su adaptación al medio o entorno social; 2 a estimular la participación de los individuos y de las organizaciones benéficas o de otra clase en la creación y mantenimiento de tales servicios.

[45] Recomendación CM/Rec (2014) 2, del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre la promoción de los derechos de las personas mayores. Adoptada por el Comité de Ministros el 14 de febrero de 2014 durante la 1192ª reunión de viceministros. De conformidad con el primer punto del anexo: "1. El objetivo de esta recomendación es promover, proteger, y asegurar el disfrute pleno y equitativo de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por parte de las personas mayores y promover el respeto de su dignidad inherente".

que no existía duda de que las víctimas de ese caso tenían derecho a una pensión de cesantía después de haber concluido sus labores[46]. Sin embargo, el Tribunal Interamericano no analizó la verdadera naturaleza del derecho —como parte de la seguridad social— sino que desarrolló el régimen de pensiones a la luz del derecho a la propiedad privada. Para ello determinó, en primer lugar, que las pensiones pueden considerarse un derecho adquirido y, en segundo lugar, los parámetros que deben tenerse en cuenta para cuantificar el derecho a la pensión[47].

Respecto del primer punto, el Tribunal Interamericano estimó que un derecho adquirido es "aquel derecho que se ha incorporado al patrimonio de las personas, como lo es las pensiones"; en otras palabras, los pensionistas adquirieron un derecho de propiedad sobre los efectos patrimoniales del derecho a la pensión en los términos del artículo 21 de la Convención Americana[48]. En cuanto al segundo punto, la forma en la que se debería cuantificar la pensión nivelable, la Corte IDH consideró que si bien el derecho a la pensión nivelada es un derecho adquirido, de conformidad con el artículo 21 del Pacto de San José, los Estados pueden poner limitaciones al goce del derecho de propiedad por razones de utilidad pública o interés social. En el caso de los efectos patrimoniales de las pensiones (monto de las pensiones), los Estados pueden reducirlos únicamente por la vía legal adecuada y por los motivos ya indicados. Así, señaló la Corte IDH que el artículo 5° del Protocolo de San Salvador sólo permite a los Estados establecer limitaciones y restricciones al goce y ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales "mediante leyes promulgadas con el objeto de preservar el bienestar general dentro de una sociedad democrática, en la medida que no contradigan el propósito y razón de los mismos" [49].

---

[46] *Caso "Cinco Pensionistas" Vs. Perú. Fondo, reparaciones y costas,* sentencia de 28 de febrero de 2003, serie C, núm. 98, párr. 94.

[47] *Caso "Cinco Pensionistas" Vs. Perú. Fondo, reparaciones y costas,* sentencia de 28 de febrero de 2003, serie C, núm. 98, párr. 95.

[48] *Caso "Cinco Pensionistas" Vs. Perú. Fondo, reparaciones y costas,* sentencia de 28 de febrero de 2003, serie C, núm. 98, párrs. 102 y 103.

[49] *Caso "Cinco Pensionistas" Vs. Perú. Fondo, reparaciones y costas,* sentencia de 28 de fe-

Aunado a la violación del artículo 21 en este caso, el Tribunal Interamericano también consideró que existía una violación al artículo 25 de la Convención Americana, pues en el ámbito interno no se habían ejecutado las sentencias que concedían protección a las pensiones de las víctimas[50].

En el año 2009, en el *Caso Acevedo Buendía y otros (Cesantes y Jubilados de la Contraloría) Vs. Perú* ante la ausencia de restitución de algunos montos pensionarios (entre abril de 1993 y octubre de 2002), siguiendo el precedente del *Caso Cinco Pensionistas*, consideró que existía una violación a los artículos 25[51] y 21[52] de la Convención Americana.

---

brero de 2003, serie C, núm. 98, párr. 116. En otras palabras, la Corte IDH determinó que para restringir el derecho a la pensión nivelable es necesario que se realice un procedimiento administrativo con pleno derecho a las garantías adecuadas, y b) respetar, en todo caso, las decisiones de la administración, las determinaciones que adoptaron los tribunales de justicia. En el caso de las cinco víctimas, el Tribunal Interamericano consideró que no se habían cumplido ninguno de los dos requisitos. *Caso "Cinco Pensionistas" Vs. Perú. Fondo, reparaciones y costas,* sentencia de 28 de febrero de 2003, serie C, núm. 98, párrs. 117 y 118.

[50] *Caso "Cinco Pensionistas" Vs. Perú. Fondo, reparaciones y costas,* sentencia de 28 de febrero de 2003, serie C, núm. 98, párrs. 138 y 141.

[51] Sobre la violación del artículo 25 del Pacto de San José la Corte expresó que: "72. En ese sentido, en los términos del artículo 25 de la Convención, es posible identificar dos responsabilidades concretas del Estado. La primera, consagrar normativamente y asegurar la debida aplicación de recursos efectivos ante las autoridades competentes, que amparen a todas las personas bajo su jurisdicción contra actos que violen sus derechos fundamentales o que conlleven a la determinación de los derechos y obligaciones de éstas. La segunda, garantizar los medios para ejecutar las respectivas decisiones y sentencias definitivas emitidas por tales autoridades competentes, de manera que se protejan efectivamente los derechos declarados o reconocidos. Esto último, debido a que una sentencia con carácter de cosa juzgada otorga certeza sobre el derecho o controversia discutida en el caso concreto y, por ende, tiene como uno de sus efectos la obligatoriedad o necesidad de cumplimiento. Lo contrario supone la negación misma del derecho involucrado". *Caso Acevedo Buendía y otros ("Cesantes y Jubilados de la Contraloría") Vs. Perú. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas*, sentencia de 1 de julio de 2009, serie C, núm. 198, párr. 72.

[52] Sobre la violación del artículo 21 del Pacto de San José la Corte IDH expresó que: *"85. En un caso similar al presente, esta Corte declaró una violación del derecho a la propiedad por la afectación patrimonial causada por el incumplimiento de sentencias que pretendían proteger el derecho a una pensión – derecho que había sido adquirido por las víctimas en aquél caso, de conformidad con la normativa interna. En esa sentencia el Tribunal señaló que, desde el momento en que un pensionista paga sus contribuciones a un fondo de pensiones y deja de prestar servicios a la institución concernida para acogerse al régimen de jubilaciones previsto en la ley, adquiere el derecho a que su pensión se rija en los términos y condiciones previstas en dicha ley. Asimismo, declaró que el derecho*

El Tribunal Interamericano observó que, en total, habían transcurrido más de 11 y 8 años desde la emisión de la primera y última sentencia del Tribunal Constitucional, respectivamente —y casi 15 años desde la sentencia de la Primera Sala Civil Especializada de la Corte Superior de Lima— sin que éstas fueran efectivamente cumplidas. La ineficacia de dichos recursos causó que el derecho a la protección judicial de las presuntas víctimas resultara al menos parcialmente ilusorio, determinando la negación misma del derecho involucrado. En conclusión, la Corte IDH consideró que, de la prolongada e injustificada inobservancia de las resoluciones jurisdiccionales internas derivó el quebranto al derecho a la propiedad reconocido en el artículo 21 de la Convención Americana, que no se habría configurado si dichas sentencias hubiesen sido acatadas en forma pronta y completa[53].

Finalmente, en el 2015, en el caso Ángel Alberto Duque Vs. Colombia, se alegó la exclusión de las víctimas de la posibilidad de obtener una pensión de supervivencia tras la muerte de su pareja; dicha exclusión se debía a que eran una pareja del mismo sexo. Si bien en este caso el tema de fondo eran las pensiones de manera directa, la Corte IDH declaró la violación a la igualdad ante la ley y a la no discriminación —contemplados en los artículos 1.1 y 24 de la CADH—. En este caso, el Tribunal Interamericano concluyó que el Estado no había presentado una justificación objetiva y razonable para que exista una restricción en el acceso a una pensión de sobrevivencia basada en la orientación sexual. En consecuencia, la Corte IDH encontró que la diferenciación establecida en la normativa interna con fundamento en

a la pensión que adquiere dicha persona tiene "efectos patrimoniales" los cuales están protegidos bajo el artículo 21 de la Convención. Consecuentemente, en aquél caso el Tribunal declaró que al haber cambiado arbitrariamente el monto de las pensiones que venían percibiendo las presuntas víctimas y al no haber dado cumplimiento a las sentencias judiciales emitidas con ocasión de las acciones de garantía interpuestas por éstos, el Estado violó el derecho a la propiedad reconocido en el artículo 21 de la Convención". Caso Acevedo Buendía y otros ("Cesantes y Jubilados de la Contraloría") Vs. Perú. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 1 de julio de 2009, serie C, núm. 198, párr. 85.

[53] *Caso Acevedo Buendía y otros ("Cesantes y Jubilados de la Contraloría") Vs. Perú. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas*, sentencia de 1 de julio de 2009, serie C, núm. 198, párr. 90.

la orientación sexual para el acceso a las pensiones de sobrevivencia era discriminatoria y violaba lo establecido en el artículo 24 de la Convención Americana[54].

Por tanto, la Corte IDH observó que la existencia de una normatividad interna vigente que no permitía el pago de pensiones a parejas del mismo sexo, era una diferencia de trato que vulneraba el derecho a la igualdad y no discriminación, por lo que constituyó efectivamente un hecho ilícito internacional. Adicionalmente a lo anterior, ese hecho ilícito internacional afectó al señor Duque, en la medida que esas normas internas le fueron aplicadas[55].

2. *El derecho a la seguridad social después del caso Lagos del Campo: el caso Muelle Flores y otros Vs. Perú*

El *Caso Lagos del Campo vs. Perú* marcó un giro jurisprudencial de la Corte IDH en cuanto a la justiciabilidad directa de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales ante los órganos de protección del Sistema Interamericano, al declararse por primera vez una violación al artículo 26 de la Convención Americana[56]. En el caso, el Tribunal Interamericano declaró que Perú era responsable por la violación al derecho a la estabilidad laboral del señor Alfredo Lagos del Campo, toda vez que ante el despido arbitrario por parte de la empresa donde laboraba, el Estado no adoptó las medidas adecuadas para proteger su derecho[57]. De esta manera se dio paso a una nueva era en la protección directa y autónoma de los DESCA ante el Tribunal Interamericano.

Al igual que lo ha venido haciendo con el derecho al trabajo[58] o el

[54] *Caso Duque Vs. Colombia. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*, sentencia de 26 de febrero de 2016, serie C, núm. 310, párr. 124.

[55] *Caso Duque Vs. Colombia. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*, sentencia de 26 de febrero de 2016, serie C, núm. 310, párr. 125.

[56] Caso Lagos del Campo Vs. Perú. *Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas,* sentencia de 31 de agosto de 2017, serie C, núm. 340, párr. 154 y Resolutivo 5.

[57] Caso Lagos del Campo Vs. Perú. *Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*, sentencia de 31 de agosto de 2017, serie C, núm. 340, párr. 151.

[58] *Caso Lagos del Campo Vs. Perú. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*, sentencia de 31 de agosto de 2017, serie C, núm. 340, párrs. 142 y 145; *Caso Trabajadores*

derecho a la salud[59], la Corte IDH en el caso *Muelle Flores*, considera que el derecho a la seguridad social es plenamente derivable de la remisión que hace el artículo 26 de la Convención Americana a las normas económicas, sociales y de educación, ciencia y cultura contenidas en la Carta de la OEA. Al respecto el Tribunal Interamericano analiza una serie de normas de la Carta de la OEA para identificar que el derecho a la seguridad social es un derecho humano justiciable mediante el artículo 26, para luego establecer con mayor precisión su contenido y obligaciones estatales, acudiendo a la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, al *corpus iuris* internacional y a las normas constitucionales internas[60].

Aun cuando la Corte IDH se había pronunciado sobre la seguridad social (pensiones), en los casos *Cinco Pensionistas* y *Acevedo Buendía*, las diferencias entre esas sentencias y el caso *Muelle Flores* son palpables. Por ejemplo, en una primera aproximación *desde la óptica de personas mayores*, la Corte IDH define que la seguridad social

> es un derecho que busca proteger al individuo de contingencias futuras, que de producirse ocasionarían consecuencias perjudiciales para la persona, por lo que deben adoptarse medidas para protegerla [;] el derecho a la seguridad social buscar proteger al individuo de situaciones que se presentarán cuando éste llegue a una edad determinada en la cual se vea imposibilitado física o mentalmente para obtener los medios de subsistencia necesarios para vivir un nivel de vida adecuado, lo que a su vez podría privarlo de su capacidad de ejercer plenamente el resto de sus derechos. Esto último también da cuenta de uno de los elementos constitutivos del derecho, ya que la seguridad social deberá ser ejercida

---

Cesados de Petroperú y otros Vs. Perú. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 23 de noviembre de 2017, serie C, núm. 344, párr. 192; y *Caso San Miguel Sosa y otras Vs. Venezuela*. *Fondo, reparaciones y costas*, sentencia de 8 de febrero de 2018, serie C, núm. 348, párr. 220.

[59] *Caso Poblete Vilches y otros Vs. Chile. Fondo, reparaciones y costas*, sentencia de 8 de marzo de 2018, serie C, núm. 349, párr. 100; y *Caso Cuscul Pivaral y otros Vs. Guatemala. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas,* sentencia de 23 de agosto de 2018, serie C, núm. 359, párrs. 75 a 97.

[60] Véase *supra*, párrs. 3 a 5, del presente Voto.

de modo tal que garantice condiciones que aseguren la vida, la salud y un nivel económico decoroso[61].

Otro aspecto diferenciador radica en que ahora la Corte IDH puede profundizar en el régimen obligacional sobre un determinado derecho. El Tribunal Interamericano identifica que la seguridad social, derivada de las obligaciones generales de respeto y garantía contenidas en los artículos 1.1 y 2 del Pacto de San José, le son aplicables tanto las obligaciones de carácter inmediato (como por ejemplo, la no discriminación) como aquellas obligaciones que requieren un lapso de tiempo para su implementación, como lo son las obligaciones de carácter progresivo —y, por consiguiente, obligaciones de no regresividad—. Evidentemente, cada caso bajo estudio, requiere determinar qué tipo de obligaciones están en juego frente al derecho a la seguridad social, ya sean obligaciones de respeto frente al derecho, obligaciones de garantía (como podría ser la progresividad) o bien una combinación de ambas. Esta identificación resulta fundamental debido a que demuestra que no en todos los casos en los que se involucra un derecho social necesariamente trae aparejada únicamente una violación a la "obligación de progresividad"[62].

Un tercer aspecto relevante del caso *Muelle Flores*, es que se tiene una panorámica integral de cada una de las violaciones que se presentan en cada caso. Aun cuando la Corte IDH había realizado una encomiable labor en la temática de pensiones al enmarcar las violaciones dentro del contenido del derecho a la propiedad privada (artículo 21) como lo había hecho en el caso *Cinco Pensionistas* y *Acevedo Buendía,* es innegable que ese derecho no abarca el contenido amplio del derecho a la seguridad social[63]; si bien el derecho a la seguridad social contempla aspectos

---

[61] *Cfr. Caso Muelle Flores Vs. Perú. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas,* sentencia de 6 de marzo de 2019, serie C, núm. 375, párr. 183.

[62] *Cfr. Caso Muelle Flores Vs. Perú. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas,* sentencia de 6 de marzo de 2019, serie C, núm. 375, párrs. 190, 191 y 202.

[63] Por ejemplo, en el caso *Vereda la Esperanza Vs. Colombia*, la Corte IDH expresó una aproximación similar en relación al artículo 21 de la Convención Americana, sobre la posibilidad de diferenciar el derecho a la propiedad y el derecho a la vivienda. En este sentido, expresó que: "En tal virtud, este Tribunal considera necesario hacer algunas

monetarios o financieros (pensiones), también implica prestaciones en determinados servicios a los que la persona beneficiaria puede acceder —por ejemplo, servicios médicos preventivos o de urgencia—; lo cual, sin lugar a dudas, escapa del ámbito de protección de la propiedad privada[64]. De allí que la Corte IDH, en su Sentencia, realice la interrelación —más no la subsunción— entre el derecho a la seguridad social y el derecho a la propiedad[65].

Todos y cada uno de estos aspectos que he destacado, brindan una argumentación concreta de las razones por las cuales los derechos sociales —como el derecho a la seguridad social— pueden ser válidamente justiciables de manera autónoma[66]. A lo anterior debemos sumarle que, como lo ha advertido anteriormente el Tribunal Interamericano

> [de una] interpretación literal, sistemática y teleológica [es posible] concluir que el artículo 26 de la Convención Americana protege aquellos derechos que derivan de las normas económicas, sociales y de educación, ciencia y cultura contenidas en la Carta de la OEA. Los alcances de estos derechos deben ser entendidos en relación con el resto de las demás cláusulas de la Convención Americana, por lo que están sujetos a las obligaciones generales contenidas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención y pueden ser sujetos de supervisión por parte de este Tribunal en términos de los artículos 62 y 63 del mismo instrumento [; lo anterior] se fundamenta no sólo en cuestiones formales,

---

precisiones adicionales sobre la inviolabilidad del domicilio y la vida privada, desde la perspectiva del artículo 11.2 de la Convención y sobre el derecho a la vivienda, esto último tomando en consideración que si bien toda vivienda es susceptible de ser protegida mediante el derecho de propiedad, no toda propiedad es necesariamente una vivienda […]". *Cfr. Caso Vereda La Esperanza Vs. Colombia. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*, sentencia de 31 de agosto de 2017, serie C, núm. 341, párr. 241. Cabe precisar que en dicho fallo la Corte IDH no declaró violado el derecho a la vivienda de manera autónoma.

[64] *Cfr.* ONU, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 19, *El derecho a la seguridad social (artículo 9°)*, 4 de febrero de 2008, párr. 2

[65] *Cfr. Caso Muelle Flores Vs. Perú. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas,* sentencia de 6 de marzo de 2019, serie C, núm. 375, párr. 218.

[66] *Cfr. Caso Muelle Flores Vs. Perú. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas,* sentencia de 6 de marzo de 2019, serie C, núm. 375, puntos resolutivos quinto y sexto y párrs. 171 a 209 y 213 a 219.

> sino que resulta de la interdependencia e indivisibilidad de los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, así como de su compatibilidad con el objeto y fin de la Convención, que es la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos[.][67].

Este importante ejercicio interpretativo sobre los derechos y los alcances de los derechos sociales que realiza el Tribunal Interamericano, no es ajeno a su jurisprudencia, pues lo que ha hecho tradicionalmente la Corte IDH ha sido dotar de contenido las disposiciones del Pacto de San José para actualizar el contenido de los artículos frente a las nuevas realidades que se le han ido presentando en su labor jurisdiccional[68].

Es importante resaltar que el Tribunal Interamericano, como todo órgano con funciones jurisdiccionales, tiene el poder inherente a sus atribuciones de determinar el alcance de su propia competencia (*compétence de la compétence*). Para hacer dicha determinación, la Corte IDH debe tener en cuenta que los instrumentos de reconocimiento de la cláusula facultativa de la jurisdicción obligatoria (artículo 62.1 de la Convención) presuponen la admisión, por los Estados que la presentan, del derecho de la Corte IDH a resolver cualquier controversia relativa a su jurisdicción. Además, la Corte IDH ha señalado anteriormente que los términos amplios en que está redactada la Convención Americana indican que el Tribunal Interamericano ejerce una jurisdicción plena sobre todos sus artículos y disposiciones[69].

---

[67] *Caso Cuscul Pivaral y otros Vs. Guatemala. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas,* sentencia de 23 de agosto de 2018, serie C, núm. 359, párr. 97.

[68] Por ejemplo, recientemente la Corte IDH ha interpretado el alcance del artículo 6° de la Convención Americana. Véase *Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde Vs. Brasil. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*, sentencia de 20 de octubre de 2016, serie C, núm. 318. También pueden advertirse los casos relacionados con el derecho a la verdad: *Caso Comunidad Campesina de Santa Bárbara Vs. Perú. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*, sentencia de 1 de septiembre de 2015, serie C, núm. 299, hasta el *Caso Munárriz Escobar y otros Vs. Perú*. *Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas*, sentencia de 20 de agosto de 2018, serie C, núm. 355.

[69] *Cfr. Caso Acevedo Buendía y otros ("Cesantes y Jubilados de la Contraloría") Vs. Perú.*

III. La falta de ejecución de sentencias sobre derechos sociales y su impacto en las personas mayores

A. El derecho al acceso a la justicia en sentido amplio

La Corte IDH ha establecido que "el hecho de que una sentencia se encuentre en etapa de ejecución no excluye una posible violación al derecho a un recurso efectivo", en la medida que "el proceso debe tender a la materialización de la protección del derecho reconocido en el pronunciamiento judicial mediante la aplicación idónea de dicho pronunciamiento"[70].

El Tribunal Interamericano ha indicado que la responsabilidad estatal no termina cuando las autoridades competentes emiten una decisión o sentencia, sino que requiere, además, que el Estado garantice los medios y mecanismos eficaces para ejecutar las decisiones definitivas, de manera que se protejan efectivamente los derechos declarados[71]. Asimismo, el Tribunal Interamericano ha establecido que la efectividad de las sentencias depende de su ejecución. El proceso debe tender a la materialización de la protección del derecho reconocido en el pronunciamiento judicial mediante la aplicación idónea de dicho pronunciamiento[72].

Así, el artículo 25.2.c de la Convención Americana establece el compromiso de los Estados de "garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente [un] recurso" que ampare a las personas contra actos que violen

---

Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 1 de julio de 2009, serie C, núm. 198, párrs. 16 y 17.

[70] *Cfr. Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá. Competencia*, sentencia de 28 de noviembre de 2003, serie C, núm. 104, párr. 73, y C*aso Fornerón e hija Vs. Argentina. Fondo, reparaciones y costas*, sentencia de 27 de abril de 2012, serie C, núm. 242, párr. 107.

[71] *Cfr. Garantías judiciales en estados de emergencia (Arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-9/87 de 6 de octubre de 1987, serie A, núm. 9, párr. 24 y *Caso Cuscul Pivaral y otros Vs. Guatemala. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas,* sentencia de 23 de agosto de 2018, serie C, núm. 359, párr. 169.

[72] *Cfr. Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá. Competencia*, sentencia de 28 de noviembre de 2003, serie C, núm. 104, párr. 73 y *Caso Liakat Ali Alibux Vs. Surinam.* Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 30 de enero de 2014, serie C, núm. 276, párr. 33.

sus derechos fundamentales. Por tanto, la efectividad de las sentencias y de las providencias judiciales "depende de su ejecución […] debido a que una sentencia con carácter de cosa juzgada otorga certeza sobre el derecho o controversia discutida en el caso concreto y, por ende, tiene como uno de sus efectos la obligatoriedad o necesidad de cumplimiento. Lo contrario supone la negación misma del derecho involucrado". En consecuencia, "[l]a ejecución de las sentencias debe ser considerada como parte integrante del derecho de acceso al recurso, que abarque también el cumplimiento pleno de la decisión respectiva"[73].

El derecho al acceso a la justicia en sentido amplio resulta fundamental para los derechos sociales. En muchos casos, los problemas no radican en que no se proteja el derecho a nivel interno, sino en la falta de ejecución de las sentencias en el ámbito doméstico que previamente han reconocido y otorgado el derecho. Lo anterior es fundamental para una tutela judicial efectiva.

Por ejemplo, el Comité DESC ha identificado que en la práctica, las víctimas de violaciones a los derechos reconocidos en el PIDESC enfrentan dificultades para acceder a recursos judiciales efectivos. Así lo señaló expresamente en las últimas Observaciones finales de ocho países que han reconocido la competencia contenciosa de esta Corte IDH;[74]

---

[73] *Caso Acevedo Jaramillo y otros Vs. Perú. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*, sentencia de 7 de febrero de 2006, serie C, núm. 144, párr. 220 y *Caso Furlan y familiares Vs. Argentina. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas,* sentencia de 31 de agosto de 2012, serie C, núm. 246, párr. 209.

[74] *Cfr.* Comité DESC, *Observaciones finales sobre a los informes periódicos quinto y sexto combinados de México*, 17 de abril de 2018, U.N. Doc. E/C.12/MEX/CO/5-6, párr. 5; Comité DESC, *Observaciones finales sobre el quinto informe periódico del Uruguay*, 20 de julio de 2017, U.N. Doc. E/C.12/URY/CO/5, párr. 7; Comité DESC, *Observaciones finales sobre el quinto informe periódico de Costa Rica*, 21 de octubre de 2016, U.N. Doc. E/C.12/CRI/CO/5, párr. 6 y 7; Comité DESC, *Observaciones finales sobre el cuarto informe periódico de la República Dominicana*, 21 de octubre de 2016, U.N. Doc. E/C.12/DOM/CO/4, párr. 5; Comité DESC, *Observaciones finales sobre el segundo informe periódico de Honduras*, 11 de julio de 2016, U.N. Doc. E/C.12/HND/CO/2, párr. 5; Comité DESC, *Observaciones finales sobre el cuarto informe periódico de Chile*, 07 de julio de 2015, U.N. Doc. E/C.12/CHL/CO/4, párr. 7; Comité DESC, *Observaciones finales sobre el cuarto informe periódico del Paraguay*, 20 de marzo de 2015, U.N. Doc. E/C.12/PRY/CO/4, párr. 7; Comité DESC, *Examen de los informes presentados por los Estados Partes de conformidad con los artículos 16 y 17 del Pacto*, *Observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*,

además, esta preocupación la dejó ver de manera implícita respecto de otros dos[75]. La situación se repite al menos en seis países miembros de la OEA que no han reconocido la competencia de la Corte IDH[76].

Asimismo, recientemente, el Comité DESC ha fijado también su preocupación en el hecho de que, pese a existir recursos judiciales, en la práctica existe una falta de cumplimiento efectivo de las sentencias emitidas en las que se han encontrado violaciones a derechos económicos, sociales y culturales[77].

Bajo este panorama, el Comité DESC, desde la Observación General No. 9, sobre la aplicación interna del Pacto, ha establecido que "los medios elegidos para dar cumplimiento al Pacto tienen que garantizar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del mismo"[78]; como lo es garantizar el derecho a la seguridad social mediante la creación de mecanismos internos —coercitivos— que materialicen una sentencia que otorga y reconoce ese derecho[79].

Panamá, 24 de septiembre de 2001, E/C.12/1/Add.64, párr. 9 y 25.

[75] *Cfr*. Comité DESC, *Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de Colombia*, 19 de octubre de 2017, E/C.12/COL/CO/6, párr. 13 inciso c), 45 y 46 inciso c); Comité DESC, *Observaciones finales sobre el tercer informe periódico de Guatemala*, 09 de diciembre de 2014, E/C.12/GTM/CO/3, párr. 6.

[76] *Cfr.* Comité DESC, *Observaciones finales sobre el sexto informe periódico del Canadá*, 23 de marzo de 2016, U.N. Doc. E/C.12/CAN/CO/6, párr. 5; Comité DESC, *Observaciones finales sobre los informes periódicos segundo a cuarto combinados de Guyana*, 28 de octubre de 2015, U.N. Doc. E/C.12/GUY/CO/2-4, párr. 8; Comité DESC, *Observaciones finales sobre el tercer informe periódico de la República Bolivariana de Venezuela*, 07 de julio de 2015, U.N. Doc. E/C.12/VEN/CO/3, párr. 7; Comité DESC, *Observaciones finales sobre los informes periódicos tercero y cuarto combinados de Jamaica*, 10 de junio de 2013, U.N. Doc. E/C.12/JAM/CO/3-4, párr. 6; Comité DESC, *Examen de los informes presentados por los Estados de conformidad con los artículos 16 y 17 del Pacto, Observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, Trinidad y Tobado, 05 de junio de 2002, E/C.12/1/Add.80, párr. 9; Comité DESC, *Examen de los informes presentados por los Estados Partes en virtud de los artículos 16 y 17 del Pacto, Observaciones Finales, San Vicente y las Granadinas*, 02 de diciembre de 1997, E/C.12/1/Add.21, párr. 13.

[77] *Cfr*. Comité DESC, *Observaciones finales sobre a los informes periódicos quinto y sexto combinados de México*, *op. cit.*, párr. 5 y 6; Comité DESC, *Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de Colombia*, *op. cit.*, párr. 18 inciso c).

[78] *Mutatis mutandi,* Comité DESC, Observación General No. 9, *"La aplicación interna del Pacto"*, 1998, párr. 7.

[79] *Cfr. Caso Muelle Flores Vs. Perú. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas,* sen-

Si bien en el presente caso se abordó el derecho a la seguridad social, es necesario recalcar que "estos mecanismos" que se dirigen a concretar una sentencia judicial, aplican a todos los derechos humanos, sean derechos económicos, sociales, culturales o ambientales, o derechos civiles y políticos.

B. La protección de las personas mayores en el derecho internacional y su importancia como grupo en situación de vulnerabilidad.

En el año 1995, el Comité DESC externó que "a diferencia de otros grupos de población, tales como las mujeres y los niños, no existe todavía ninguna convención internacional general relacionada con los derechos de las personas [mayores] y no hay disposiciones obligatorias respecto de los diversos grupos de principios de las Naciones Unidas en esta materia"[80].

El panorama que describía el Comité DESC en 1995, en la actualidad ha cambiado considerablemente. En el seno de Naciones Unidas[81], en mayo de 2014, el Consejo de Derechos Humanos designó a Rosa Kornfeld-Matte, como la primera Experta Independiente para los dere-

---

tencia de 6 de marzo de 2019, serie C, núm. 375, párr. 128.

[80] *Cfr*. Comité DESC, Observación General No. 6, *Los derechos económicos, sociales y culturales de las personas de edad*, 1995, párr. 13.

[81] La primera vez que el tema de las personas mayores se pone de manifiesto en la agenda Internacional fue durante el Plan de Acción Internacional de Viena sobre Envejecimiento en 1982. Con posterioridad, en 1991, la Organización de Naciones Unidas proclamó "Principios de las Naciones Unidas en favor de las personas de edad", en donde se ponían como ejes rectores los principios de independencia, participación, cuidados, autorrealización y dignidad. En 1992, la Asamblea General de las Naciones Unidas, emitió la Proclamación sobre el Envejecimiento en donde se expresó que "[las personas mayores] contribuyen a las sociedades y no son una carga para ellas". Finalmente, el avance más significativo se dio en el 2002, con la Declaración Política y el Plan de Acción Internacional de Madrid sobre el Envejecimiento, en dicha Declaración los Estados se comprometieron a "llevar a cabo la tarea de incorporar eficazmente el envejecimiento en las estrategias, políticas y acciones socioeconómicas, teniendo presente que las políticas concretas variarán en función de las condiciones de cada país". Adicionalmente otros órganos del Sistema Universal mediante Observaciones Generales, Recomendaciones Generales o Informes de Relatores Especiales han abordado la situación de los derechos de las personas mayores.

chos humanos de las personas mayores[82]. Sin detrimento de lo anterior, los mayores avances se han presentado en el Sistema Interamericano y en el Sistema Africano de Derechos Humanos, quienes han creado documentos específicos que consagran derechos concretos para las personas mayores.

En el caso de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, en su artículo 18.4, otorga una protección especial para las personas mayores[83]. El 31 de enero de 2016, se adoptó el Protocolo de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos relativo a los Derechos de las Personas Mayores en África[84].

En el caso del Sistema Interamericano de Derechos Humanos se adoptó, el 15 de junio de 2015, la *Convención Interamericana sobre los Derechos Humanos de las Personas Mayores*, vigente desde el 11 de enero de 2017[85]. Resulta especialmente relevante que el artículo 31 (Acceso a la Justicia) de dicho instrumento internacional, expresa que "Los Estados Parte se comprometen a garantizar la debida diligencia y el tratamiento preferencial a la persona mayor para la tramitación, resolución y ejecución de las decisiones en procesos administrativos y judiciales".

Aunque el Sistema Europeo de Derechos Humanos no cuenta con un instrumento jurídico específico que proteja de manera diferenciada a las personas mayores, la Carta Social Europea establece en su artículo 23, el derecho de las personas mayores a la protección social[86].

---

[82] Este mandato ha permitido visibilizar informes temáticos sobre las personas mayores en lo relativo a la autonomía y cuidados de dichas personas.

[83] "[…] 4. Los ancianos y los minusválidos también tendrán derecho a medidas especiales de protección adecuadas a sus necesidades físicas o morales".

[84] Este Protocolo fue adoptado el 31 de julio de 2016, en Addis Abeba, Etiopia.

[85] Hasta el momento, esta Convención ha sido suscrita, ratificada o se han adherido por los siguientes países: Argentina, Bolivia, Chile, Costa Rica, Ecuador, El Salvador y Uruguay.

[86] "Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho de las personas de edad avanzada a protección social, las Partes se comprometen a adoptar o a promover, directamente o en cooperación con organizaciones públicas o privadas, medidas apropiadas orientadas, en particular: - a permitir que las personas de edad avanzada sigan siendo miembros plenos de la sociedad durante el mayor tiempo posible, mediante: a recursos suficientes que les permitan llevar una vida digna y participar activamente en la vida

Con independencia de lo anterior, los avances más significativos que se han tenido en cuanto en la protección de los derechos de las personas mayores ha sido dentro del acervo jurisprudencial, tanto de la Corte Europea de Derechos Humanos en el cumplimiento de las disposiciones del Convenio Europeo de Derechos Humanos, como por la jurisprudencia de la Corte IDH aplicando las disposiciones de la Convención Americana.

En el caso del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, éste ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre casos que han involucrado a personas mayores sobre temáticas relativas a la desaparición en un hogar de personas mayores de una residente porque sufría Alzheimer[87]; sobre la necesidad de que los procesos sean rápidos por la edad de los accionantes[88]; sobre el cierre de hogares de cuidados para personas mayores[89]; y sobre la protección de la propiedad de personas mayores[90].

C. La jurisprudencia de la corte interamericana sobre personas mayores

En el caso del Tribunal Interamericano podemos identificar dos etapas

---

pública, social y cultural; b la difusión de información sobre servicios y facilidades a disposición de las personas de edad avanzada, y las posibilidades que éstas tienen de hacer uso de ellos; - a permitir a las personas de edad avanzada elegir libremente su estilo de vida y llevar una existencia independiente en su entorno habitual mientras lo deseen y les sea posible hacerlo, mediante: a la disponibilidad de viviendas adaptadas a sus necesidades y a su estado de salud o de ayudas adecuadas para la adaptación de su vivienda; b la asistencia sanitaria y los servicios que requiera su estado; - a garantizar a las personas de edad avanzada que vivan en instituciones la asistencia apropiada, respetando su vida privada, y la participación en las decisiones que afecten a sus condiciones de vida en la institución".

[87] *Caso Dodov Vs. Bulgaria*. Sentencia de 17 de enero de 2008.

[88] *Cfr. Caso Jablonská* Vs. Polonia, (No.60225/00), Sentencia de 9 de marzo de 2004. Final, 9 de junio de 2004; *Caso Codarcea Vs. Rumania*, (No. 31675/04), sentencia de 2 de junio de 2009. Final, 2 de septiembre de 2009; *Caso Styranowski Vs. Polonia*, (No. 28616/95), sentencia de 30 de octubre de 1998; y *Caso Krzak Vs. Polonia*, (No. 51515/99), sentencia de 6 de abril de 2004. Final, 7 de julio de 2004.

[89] *Caso Watts Vs. Reino Unido*, 4 de mayo de 2010.

[90] *Caso Klaus and Iouri Kiladze Vs. Georgia* de 2 de febrero de 2010; y Da Conceição Mateus Vs. Portugal and Santos Januário Vs. Portugal de 08 de octubre de 2013.

jurisprudenciales sobre los casos relacionados con las personas mayores: a) aquella en donde tímidamente y tangencialmente se aborda la situación particular de una persona mayor; y b) aquella en donde la Corte IDH aborda el caso desde un enfoque de "la edad" como factor que impacta de manera diferenciada a las personas mayores y sus derechos.

En cuanto a la primera etapa, en el año 2005, en el caso Y*akye Axa Vs. Paraguay,* el Tribunal Interamericano notó que entre los miembros de la comunidad había personas de "edad avanzada" y estimó que

> [e]n lo que se refiere a la especial consideración que merecen las personas de edad avanzada, es importante que el Estado adopte medidas destinadas a mantener su funcionalidad y autonomía, garantizando el derecho a una alimentación adecuada acceso a agua limpia y a atención de salud. En particular, el Estado debe atender a los ancianos con enfermedades crónicas y en fase terminal, ahorrándoles sufrimientos evitables[91].

Con posterioridad, en el año 2013, en el caso *García Lucero Vs. Chile* que "[la víctima] se encuentra en una situación de especial vulnerabilidad[,] el Tribunal observa que está probado que el señor García Lucero tiene una edad avanzada de 79 años"[92].

En la segunda etapa, encontramos el *leading case* en materia de las personas mayores: el *Caso Poblete Vilches y otros Vs. Chile,* decidido por el Tribunal Interamericano en 2018[93]. El Caso *Poblete Vilches* constituyó la primera oportunidad en la cual la Corte IDH abordó de manera detallada la especial situación de vulnerabilidad y discriminación que viven las personas mayores. Además, en el fallo se consideró que "la edad" —como categoría sospechosa— si bien no se encuentra expresa en el artículo 1 del Pacto de San José, ésta puede interpretarse —de la misma

---

[91] *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo, reparaciones y costas*, sentencia de 17 de junio de 2005, serie C, núm. 125, párr. 175.

[92] *Caso García Lucero y otras Vs. Chile. Excepción preliminar, fondo y reparaciones*, sentencia de 28 de agosto de 2013, serie C, núm. 267, párr. 231.

[93] *Cfr. Caso Poblete Vilches y otros Vs. Chile. Fondo, reparaciones y costas,* sentencia de 8 de marzo de 2018, serie C, núm. 349.

forma en la que lo había hecho con otras categorías no expresas— dentro de la categoría de "u otra condición social"; por lo tanto, la prohibición por discriminación relacionada con la edad cuando se trata de las personas mayores se encuentra tutelada por la Convención Americana.

Este fallo agregó que "la Corte ha señalado que la edad, es también una categoría protegida por esta norma" según lo interpretó en la Opinión Consultiva núm. 18 sobre Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados[94]; por lo que la prohibición de discriminación en el caso de las personas mayores comporta, entre otras cosas, la aplicación de políticas inclusivas para la totalidad de la población y un fácil acceso a los servicios públicos[95].

Cabe destacar que el *Caso Poblete Vilches*[96], fue el primer precedente en el que se declaró violado el derecho a la salud como derecho autónomo, por lo que el Tribunal Interamericano abordó las violaciones de este derecho bajo una óptica de la repercusión en la edad de la persona y las circunstancias particulares del caso; como lo fue el consentimiento informado sustituto o bien cómo deben entenderse los servicios médicos urgentes cuanto está involucrado el derecho a la salud de una persona mayor[97].

Finalmente es importante destacar algunas medidas de reparación que, de no haber abordado la especial situación de vulnerabilidad, hubieran sido desarrolladas bajo otros parámetros. De este modo en la Sentencia del caso se ordenó: i) fortalecer el Instituto Nacional de Geriatría y su incidencia en la red hospitalaria, ii) diseñar una publicación

---

[94] Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, serie A, núm. 18, párr. 101.

[95] *Cfr. Caso Poblete Vilches y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas,* sentencia de 8 de marzo de 2018, serie C, núm. 349, párr. 122.

[96] Para una aproximación a este caso y su importancia, véanse los interesantes trabajos contenidos en la obra colectiva: Morales Antoniazzi, Mariela, y Clérico, Laura (coords.), *Interamericanización del derecho a la salud. Perspectivas a la luz del Caso Poblete de la Corte IDH,* Querétaro, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2019.

[97] *Cfr. Caso Poblete Vilches y otros Vs. Chile. Fondo, reparaciones y costas,* sentencia de 8 de marzo de 2018, serie C, núm. 349, párr. 142.

o cartilla que desarrolle los derechos de las personas mayores en materia de salud y iii) adoptar las medidas necesarias, a fin de diseñar una política general de protección integral a las personas mayores[98].

El segundo caso en el que la Corte IDH abona a la situación de las personas mayores de manera directa y específica, es precisamente el caso *Muelle Flores*, en donde además de abordar las violaciones de un derecho social, la Corte IDH de manera transversal permea importantes estándares en materia de personas mayores desde una perspectiva de la falta de ejecución de las sentencias.

IV. La importancia del caso Muelle Flores para la jurisprudencia interamericana: la obligación de "debida diligencia excepcional"

Los derechos que han sido abordados en apartados anteriores —el derecho a la seguridad social, el derecho a la propiedad y el derecho a un recurso judicial efectivo— tiene una especial repercusión en cuanto al caso en concreto. En la Sentencia, se señala que

> [e]n cuanto al plazo razonable en relación con la etapa de ejecución de sentencias, la Corte resalta que dicho plazo debe ser más breve debido a la existencia de una decisión firme en relación con una materia concreta. Es inadmisible que un procedimiento de ejecución de sentencia distorsione temporalmente lo resuelto en sentencia definitiva o de cualquier otro modo lo desvirtúe o vuelva inoficioso, prolongando exagerada o indefinidamente la situación litigiosa ya resuelta. Ello adquiere mayor relevancia en un proceso de ejecución de sentencias, por medio de las cuales fue reconocido a nivel interno el derecho a la seguridad social […][99].

En estos casos, los derechos involucrados en las sentencias internas que reconozcan derechos humanos —como el derecho a la seguridad social— deben analizarse desde la óptica de particular celeridad en el

[98] *Cfr. Caso Poblete Vilches y otros Vs. Chile. Fondo, reparaciones y costas,* sentencia de 8 de marzo de 2018, serie C, núm. 349, puntos resolutivos 15 y 16.

[99] *Cfr. Caso Muelle Flores Vs. Perú. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas,* sentencia de 6 de marzo de 2019, serie C, núm. 375, párr. 157.

plazo razonable establecida en el artículo 8.1 de la Convención Americana, para la ejecución de la Sentencia. Lo anterior, tal como se ha establecido en la jurisprudencia de la Corte IDH, cobra particular importancia en lo relativo a *la afectación generada en la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso*. El Tribunal Interamericano ha establecido que, si el paso del tiempo incide de manera relevante en la situación jurídica del individuo, resultará necesario que el procedimiento avance con mayor diligencia a fin de que el caso se resuelva en un tiempo breve[100]. Aunque la Corte IDH en su Sentencia denomina a esta obligación de los Estados como un "avance con la mayor diligencia" o "mayor celeridad", esta obligación también ha sido identificada como "*debida diligencia excepcional*".

En este sentido, sobre la razonabilidad de los plazos en casos que involucren afectaciones de una persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha expresado que las autoridades deben actuar con *excepcional diligencia*[101]. En este sentido, las autoridades judiciales deben actuar de forma excepcionalmente diligente en procedimientos que involucren a personas que, por sus condiciones específicas, requieran de atención inmediata; por ejemplo, personas viviendo con VIH/SIDA, ya que lo que está en juego es de crucial importancia (su estado de salud)[102]. Del mismo modo, el Tribunal Europeo también ha considerado que la edad avanzada de los peticionarios requiere una especial diligencia de las autoridades para la

---

[100] *Cfr. Caso Valle Jaramillo y otros Vs. Colombia. Fondo, reparaciones y costas,* sentencia de 27 de noviembre de 2008, serie C, núm. 192, párr. 155 y Caso *Pacheco León y otros Vs. Honduras. Fondo, reparaciones y costas*, sentencia de 15 de noviembre 2017, serie C, núm. 342, párr. 120.

[101] Corte IDH, *Caso Furlan y Familiares Vs. Argentina. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas,* sentencia de 31 de agosto de 2012, serie C, núm. 246, párr. 195; y TEDH, *Caso H. Vs. Reino Unido*, núm. 9580/81, sentencia de 8 de Julio de 1987, párr. 85.

[102] TEDH, *Caso H. Vs. Reino Unido*, (núm. 9580/81), sentencia de 8 de Julio de 1987, párr. 85; *Caso X. Vs. Francia*, (núm. 18020/91), sentencia de 31 de marzo de 1992, párr. 47. En similar sentido, C*aso A. y otros Vs. Dinamarca*, (núm. 20826/92), sentencia de 8 de febrero de 1996), párr. 78.

resolución de sus procesos[103].

Por su parte, el Tribunal Interamericano ha considerado que en casos de personas en situación de vulnerabilidad, como lo es una persona con discapacidad, resulta imperante tomar medidas pertinentes; por ejemplo, la priorización en la atención y resolución del procedimiento por parte de las autoridades a su cargo, con el fin de evitar retrasos en la tramitación de los procesos, de manera que se garantice la pronta resolución o ejecución de los mismos[104]. Por otro lado, también ha considerado que esta obligación se puede aplicar en un proceso penal[105], que tenga como finalidad ser el medio para activar un procedimiento de pago de daños y perjuicios, y en el que se involucren a menores de edad viviendo con VIH/SIDA[106].

Ahora bien, el caso *Muelle Flores*, pone de manifiesto que la edad de una persona mayor es un elemento importante a considerar en este tipo

[103] TEDH, *Caso Jablonská* Vs. Polonia, (No.60225/00), sentencia de 9 de marzo de 2004. Final, 9 de junio de 2004, párr. 43; *Caso Codarcea Vs. Rumanía,* (núm. 31675/04), sentencia de 2 de junio de 2009. Final, 2 de septiembre de 2009, párr. 89; *Caso Styranowski Vs. Polonia*, (núm. 28616/95), sentencia de 30 de octubre de 1998, párr. 57; y *Caso Krzak Vs. Polonia*, (núm. 51515/99), sentencia de 6 de abril de 2004. Final, 7 de julio de 2004, párr. 42.

[104] *Caso Furlan y Familiares Vs. Argentina. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*, sentencia de 31 de agosto de 2012, serie C, núm. 246, párr. 196.

[105] En el caso Gonzales Lluy la Corte especificó que: "315. Tomando en consideración i) que en el presente caso la integridad de Talía estaba en juego; ii) la consecuente urgencia derivada de su condición de niña con VIH, y iii) la crucial importancia en la resolución de los procesos para el acceso de Talía y su familia a una reparación por daños y perjuicios, la Corte concluye que existía una obligación especial de actuar con debida diligencia, y que esta obligación no fue cumplida por el Estado". *Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*, sentencia de 1 de septiembre de 2015, serie C, núm. 298, párr. 315.

[106] *Cfr. Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*, sentencia de 1 de septiembre de 2015, serie C, núm. 298, párrs. 309 a 312. En similar sentido, aunque en lo relativo a las medidas de reparación, en el caso *Cuscul Pivaral y otros Vs. Guatemala*, caso relacionado con violación producida al derecho a la salud por la falta de atención médica a personas con VIH/SIDA, la Corte IDH ordenó que se debería "actuar con especial celeridad en el cumplimiento" de brindar el tratamiento médico y psicológico/psiquiátrico a las víctimas directas y que se encontraban con vida, pues de "su cumplimiento depende la preservación de la salud, la integridad personal y la vida de las víctimas del caso". *Cfr. Caso Cuscul Pivaral y otros Vs. Guatemala. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas*, sentencia de 23 de agosto de 2018, serie C, núm. 359, párrs. 210 y 213.

de circunstancias, debido a que al ser la seguridad social un derecho de carácter alimentario y sustitutivo, tiene importantes impactos en la forma en la que la persona mayor desarrollará el resto de su vida; a mayor abundamiento, si tenemos en consideración que se adquiere una expectativa legítima de recibir una pensión después de los años en los que se laboró.

Lo anterior es de especial relevancia si consideramos que la propia Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, en su artículo 31 —Acceso a la Justicia— establece que "[l]os Estados Parte se comprometen a garantizar la debida diligencia y el tratamiento preferencial a la persona mayor para la tramitación, resolución y ejecución de las decisiones en procesos administrativos y judiciales".

En el caso particular, la Corte IDH constató que la falta de ejecución de las sentencias no solo repercutió en el goce del derecho a la seguridad social sino que desencadenó una serie de consecuencias, tanto de índole física como de carácter emocional. En concreto, es preciso destacar que el señor Muelle Flores, al no poder gozar del derecho a la seguridad social, desarrolló una discapacidad auditiva. Si bien es cierto que al llegar a una avanzada edad las personas pueden encontrar disminuidas las funciones orgánicas del cuerpo humano, si a esta situación le sumamos que no se tiene acceso a un régimen de servicios de salud de carácter preventivo, es lógico que al llegar a una determinada edad, se adquieran limitaciones de cualquier índole. Es fundamental destacar que una persona mayor no necesariamente tendrá una discapacidad por llegar a un estadio específico de su vida, es por ello que la seguridad social juega un rol fundamental —por toda la amplia gama de servicios que incluye— en determinado grupo de personas, como lo son las personas mayores.

Por otro lado, otro tipo de manifestaciones negativas que implica la excesiva dilación en la ejecución de las sentencias que reconocen el derecho a la seguridad social, son los sentimientos de angustia. Si bien en el caso no fue alegado ni por la Comisión Interamericana ni por los

representantes de las víctimas, la Corte IDH identifica que este tipo de afectaciones trascienden el plano material. Es por ello que el Tribunal Interamericano incluye, vía *iura novit curia,* el derecho a la integridad personal (art. 5 de la Convención Americana) y el derecho a la dignidad (derecho que se deriva, en un sentido amplio, del artículo 11 del Pacto de San José).

De este modo, tal como concluye la Sentencia,

> "[l]a falta de materialización del derecho a la seguridad social por más de 27 años generó un grave perjuicio en la calidad de vida y la cobertura de salud del señor Muelle, una persona en situación de especial protección por ser una persona mayor con discapacidad. La vulneración generada por la falta de pago de la pensión se extendió más allá del plazo razonable debido, y al ser este el único ingreso de la víctima, la ausencia prolongada del pago generó indefectiblemente una precariedad económica que afectó la cobertura de sus necesidades básicas, y por ende también su integridad psicológica y moral, así como su dignidad"[107].

El caso *Muelle Flores* nos muestra que la confluencia de diversos factores de vulnerabilidad —que tradicionalmente había sido identificados por la Corte IDH en casos de discriminación contra la mujer[108]—, también pueden operar en situaciones en donde el sexo/género no se encuentren involucrados; en el caso, la "edad" y "la discapacidad auditiva" se encuentran como *múltiples formas de vulnerabilidad* en la vida del señor Muelle Flores, lo cual tiene importantes consecuencias si se tiene en consideración la falta de ejecución de las sentencias que han reconocido el derecho a la seguridad social en el ámbito interno.

Todos estos elementos que permea el Tribunal Interamericano en su Sentencia son de especial relevancia para un grupo social que, por

---

[107] *Cfr.* Caso Muelle Flores Vs. Perú. *Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas,* sentencia de 6 de marzo de 2019, serie C, núm. 375, párr. 227.

[108] Entre otros: C*aso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas,* sentencia de 1 de septiembre de 2015, serie C, núm. 298; y *Caso Cuscul Pivaral y otros Vs. Guatemala. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas*, sentencia de 23 de agosto de 2018, serie C, núm. 359.

muchos años, no encontró protección en los principales instrumentos internacionales de derechos humanos. Además, no es casualidad que los precedentes sobre personas mayores coincida con derechos de carácter social, toda vez que en muchos de los casos, es este grupo en situación de vulnerabilidad —marcados con frecuencia por la pobreza, marginación y exclusión— quienes se vean negados sus derechos básicos. En este sentido "es necesario avanzar en la senda de la igualdad y en la construcción de Estados de bienestar para toda la población, en los que la protección social sea un derecho efectivo" [109].

Bibliografía

ALEMAHU YESHANEW, Sisay, *The Justiciability of Economics, Social and Cultural Rights in the African Regional Human Rights System*, Intersentia, Cambrige, 2013.

Carta de Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos de 1991.

Carta de la Organización de Estados Americanos.

Carta de la Organización de los Estados Americanos.

Carta Social Europea.

Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), *Panorama Social de América Latina, 2018* LC/PUB.2019/3-P, Santiago, 2019.

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General No. 3: La índole de las obligaciones de los Estados Partes* (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto), 14 de diciembre de 1990, U.N. Doc. E/1991/23.

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General No. 19*, 4 de febrero de 2008.

Comité DESC, *Examen de los informes presentados por los Estados de conformidad con los artículos 16 y 17 del Pacto, Observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, Trinidad y Tobado, 05 de junio de 2002, E/C.12/1/Add.80.

[109] Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), *Panorama Social de América Latina, 2018* LC/PUB.2019/3-P, Santiago, 2019, p. 14.

Comité DESC, *Examen de los informes presentados por los Estados Partes de conformidad con los artículos 16 y 17 del Pacto*, *Observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, Panamá, 24 de septiembre de 2001, E/C.12/1/Add.64.

Comité DESC, *Examen de los informes presentados por los Estados Partes en virtud de los artículos 16 y 17 del Pacto, Observaciones Finales, San Vicente y las Granadinas*, 02 de diciembre de 1997, E/C.12/1/Add.21.

Comité DESC, Observación General No. 6, *Los derechos económicos, sociales y culturales de las personas de edad*, 1995.

Comité DESC, Observación General No. 9, *"La aplicación interna del Pacto"*, 1998.

Comité DESC, *Observaciones finales sobre a los informes periódicos quinto y sexto combinados de México*, 17 de abril de 2018, U.N. Doc. E/C.12/MEX/CO/5-6.

Comité DESC, *Observaciones finales sobre el cuarto informe periódico de la República Dominicana*, 21 de octubre de 2016, U.N. Doc. E/C.12/DOM/CO/4.

Comité DESC, *Observaciones finales sobre el cuarto informe periódico de Chile*, 07 de julio de 2015, U.N. Doc. E/C.12/CHL/CO/4.

Comité DESC, *Observaciones finales sobre el cuarto informe periódico del Paraguay*, 20 de marzo de 2015, U.N. Doc. E/C.12/PRY/CO/4.

Comité DESC, *Observaciones finales sobre el quinto informe periódico del Uruguay*, 20 de julio de 2017, U.N. Doc. E/C.12/URY/CO/5.

Comité DESC, *Observaciones finales sobre el quinto informe periódico de Costa Rica*, 21 de octubre de 2016, U.N. Doc. E/C.12/CRI/CO/5.

Comité DESC, *Observaciones finales sobre el segundo informe periódico de Honduras*, 11 de julio de 2016, U.N. Doc. E/C.12/HND/CO/2.

Comité DESC, *Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de Colombia*, 19 de octubre de 2017, E/C.12/COL/CO/6.

Comité DESC, *Observaciones finales sobre el sexto informe periódico del Canadá*, 23 de marzo de 2016, U.N. Doc. E/C.12/CAN/CO/6.

Comité DESC, *Observaciones finales sobre el tercer informe periódico de Guatemala*, 09 de diciembre de 2014, E/C.12/GTM/CO/3.

Comité DESC, *Observaciones finales sobre el tercer informe periódico de la República Bolivariana de Venezuela*, 07 de julio de 2015, U.N. Doc. E/C.12/VEN/CO/3.

Comité DESC, *Observaciones finales sobre los informes periódicos segundo a cuarto combinados de Guyana*, 28 de octubre de 2015, U.N. Doc. E/C.12/GUY/CO/2-4.

Comité DESC, *Observaciones finales sobre los informes periódicos tercero y cuarto combinados de Jamaica*, 10 de junio de 2013, U.N. Doc. E/C.12/JAM/CO/3-4.

Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Da Conceição Mateus Vs. Portugal and Santos Januário Vs. Portugal de 08 de octubre de 2013.

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Grupo de Trabajo para el Análisis de los Informes Nacionales previstos en el Protocolo de San Salvador. Inicialmente, el Grupo de Trabajo elaboró el Documento "Indicadores de progreso para medición de derechos contemplados en el Protocolo de San Salvador", OEA/Ser.L/XXV.2.1; GT/PSS/doc.2/11 rev.2, de 16 diciembre 2011.

Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión consultiva OC-10/89 de 14 de julio de 1989, serie A, núm. 10.

LÓPEZ RODRÍGUEZ, C., España, comunicación 1/2013, E/C.12/57/D/1/2013, 20 de abril de 2016.

MORALES ANTONIAZZI, Mariela, y CLÉRICO, Laura (coords.), *Interamericanización del derecho a la salud. Perspectivas a la luz del Caso Poblete de la Corte IDH,* Querétaro, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2019.

Observación General No. 6 (1995) *Sobre los derechos económicos, sociales y culturales de las personas mayores.*

Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003.

Opinión Consultiva OC-23/17 sobre *Medio ambiente y derechos humanos (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal - interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2o de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, 15 de noviembre de 2017, serie A, núm. 23.

Opinión Consultiva OC-9/87 de 6 de octubre de 1987, serie A, núm. 9.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Protocol to the African Charter on Human and People's Rights on the Rights of Older Persons in Africa, adoptado el 31 de julio de 2016, en Addis Abeba, Etiopia.

Protocolo de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos relativo a los Derechos de las Personas Mayores en África.

Recomendación CM/Rec (2014) 2, del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre la promoción de los derechos de las personas mayores. Adoptada por el Comité de Ministros el 14 de febrero de 2014 durante la 1192ª reunión de viceministros.

SANTOLAYA MACHETTI, Pablo y DÍAZ RICCI, Sergio M., "Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la protección de grupos vulnerables", en Canosa Usera, Raúl, Fernández Sánchez, Pablo Antonio, García Roca, Javier y Santolaya Machetti, Pablo (Coords.), *El Diálogo entre los Sistemas Europeo y Americano de Derechos Humanos,* Lima, ECB Ediciones S. A. C., 2015.

Criterios Jurisprudenciales

Caso "Cinco Pensionistas" Vs. Perú. Fondo, reparaciones y costas, sentencia de 28 de febrero de 2003, serie C, núm. 98.

Caso Acevedo Buendía y otros ("Cesantes y Jubilados de la Contraloría") Vs. Perú. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 1 de julio de 2009, serie C, núm. 198.

Caso Acevedo Jaramillo y otros Vs. Perú. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 7 de febrero de 2006, serie C, núm. 144.

Caso Andrejeva contra Letonia, Application núm. 55707/00, sentencia de 18 de febrero de 2009.

Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile. Fondo, reparaciones y costas, sentencia de 24 de febrero de 2012, serie C, núm. 239.

Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá. Competencia, sentencia de 28 de noviembre de 2003, serie C, núm. 104.

Caso Borgese v. Italia, 24 de enero de 1992.

Caso Buchholz v. Alemania, 6 de mayo de 1981.

Caso Codarcea Vs. Rumania, (No. 31675/04), sentencia de 2 de junio de 2009. Final, 2 de septiembre de 2009.

Caso Comunidad Campesina de Santa Bárbara Vs. Perú. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 1 de septiembre de 2015, serie C, núm. 299.

Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo, reparaciones y costas, sentencia de 17 de junio de 2005, serie C, núm. 125.

Caso Cuscul Pivaral y otros Vs. Guatemala. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 23 de agosto de 2018, serie C, núm. 359.

Caso Dodov Vs. Bulgaria. Sentencia de 17 de enero de 2008.

Caso Doustaly v. Francia, 23 de abril de 1998.

Caso Duque Vs. Colombia. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 26 de febrero de 2016, serie C, núm. 310.

Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 25 de noviembre de 2013, serie C, núm. 272.

Caso *Finnish Society of Social Rights Vs. Finland*, Decision on the Merits, Complaint núm. 88/2012, decisión de 9 de septiembre de 2014.

C*aso Fornerón e hija Vs. Argentina. Fondo, reparaciones y costas*, sentencia de 27 de abril de 2012, serie C, núm. 242.

Caso Frydlender v. Francia, 27 de junio de 2000.

Caso Furlan y Familiares Vs. Argentina. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 31 de agosto de 2012, serie C, núm. 246.

Caso García Lucero y otras Vs. Chile. Excepción preliminar, fondo y reparaciones, sentencia de 28 de agosto de 2013, serie C, núm. 267.

Caso Garcia v. Francia, 26 de septiembre de 2000.

Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y reparaciones, sentencia de 24 de febrero de 2011, serie C, núm. 221.

Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 1 de septiembre de 2015, serie C, núm. 298.

Caso I.V. Vs. Bolivia. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 30 de noviembre de 2016, serie C, núm. 329.

Caso Jablonská Vs. Polonia, (No.60225/00), Sentencia de 9 de marzo de 2004. Final, 9 de junio de 2004.

Caso Julien v. Francia, 8 de abril de 2003.

Caso Klaus and Iouri Kiladze Vs. Georgia de 2 de febrero de 2010.

Caso Konig v. Alemania, 28 de junio de 1978.

Caso Krzak Vs. Polonia, (No. 51515/99), sentencia de 6 de abril de 2004. Final, 7 de julio de 2004.

Caso Lagos del Campo Vs. Perú. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 31 de agosto de 2017, serie C, núm. 340.

Caso Liakat Ali Alibux Vs. Surinam. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 30 de enero de 2014, serie C, núm. 276.

Caso Muelle Flores Vs. Perú. Excepciones Preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 6 de marzo de 2019, serie C, núm. 375.

Caso Munárriz Escobar y otros Vs. Perú. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 20 de agosto de 2018, serie C, núm. 355.

Caso *Obermeier v. Austria*, 28 de junio de 1990.

Caso *Pacheco León y otros Vs. Honduras. Fondo, reparaciones y costas*, sentencia de 15 de noviembre 2017, serie C, núm. 342.

Caso Poblete Vilches y otros Vs. Chile. Fondo, reparaciones y costas, sentencia de 8 de marzo de 2018, serie C, núm. 349.

Caso Ruotolo v. Italia, 27 de febrero de 1992.

Caso San Miguel Sosa y otras Vs. Venezuela. Fondo, reparaciones y costas, sentencia de 8 de febrero de 2018, serie C, núm. 348.

Caso Sartory v. Francia, 24 de septiembre de 2009.

Caso Stec Vs. Reino Unido, Application **núm.** 65731/01 65900/01, sentencia de 12 de abril del 2006.

Caso Styranowski Vs. Polonia, (No. 28616/95), sentencia de 30 de octubre de 1998.

Caso Thlimmenos v. Grecia, 6 de abril del 2000.

Caso Trabajadores Cesados de Petroperú y otros Vs. Perú. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 23 de noviembre de 2017, serie C, núm. 344.

Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde Vs. Brasil. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 20 de octubre de 2016, serie C, núm. 318.

Caso Trujillo Calero Vs. Ecuador, comunicación 10/2015, E/C.12/63/D/10/2015, de 26 de marzo de 2018.

Caso Vacatura v. Italia, 24 de mayo de 1991.

Caso Valle Jaramillo y otros Vs. Colombia. Fondo, reparaciones y costas, sentencia de 27 de noviembre de 2008, serie C, núm. 192.

Caso *Vereda la Esperanza Vs. Colombia.*

Caso Vereda La Esperanza Vs. Colombia. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 31 de agosto de 2017, serie C, núm. 341.

Caso Watts Vs. Reino Unido, 4 de mayo de 2010.

Caso Wessels-Bergervoet Vs. Holanda, Application núm. 34462/97, sentencia de 12 de noviembre de 2002.

TEDH, C*aso A. y otros Vs. Dinamarca*, (núm. 20826/92), sentencia de 8 de febrero de 1996).

---------, *Caso Codarcea Vs. Rumanía*, (núm. 31675/04), sentencia de 2 de junio de 2009. Final, 2 de septiembre de 2009.

---------, *Caso H. Vs. Reino Unido*, núm. 9580/81, sentencia de 8 de Julio de 1987.

---------, *Caso Jablonská Vs. Polonia, (*No.60225/00), sentencia de 9 de marzo de 2004. Final, 9 de junio de 2004.

---------, *Caso Krzak Vs. Polonia*, (núm. 51515/99), sentencia de 6 de abril de 2004. Final, 7 de julio de 2004.

---------, *Caso Styranowski Vs. Polonia*, (núm. 28616/95), sentencia de 30 de octubre de 1998.

---------, *Caso X. Vs. Francia*, (núm. 18020/91), sentencia de 31 de marzo de 1992.

Unione Italiana del Lavoro U.I.L. Scuola-Sicilia Vs. Italy, Complaint núm. 13/2014, Decision on the merits, Decisión de 24 de enero de 201.

HACIA LOS DERECHOS HUMANOS DE LA BUROCRACIA

Carlos Reynoso Castillo[1*]

SUMARIO: *Resumen.* I. *Introducción*. II. *El contexto de los cambios*. III. *Los cambios coyunturales*. IV. *La reforma constitucional en materia de justicia laboral*. V. *La actualización laboral internacional*. VI. *La adaptación de las reglas burocráticas*. VII. *La adecuación de los derechos humanos burocráticos*. VIII. *Conclusiones*. *Bibliografía*.

Resumen: La creación de un marco jurídico para la burocracia no ha estado exenta de dificultades desde su nacimiento, pues se ha disputado los espacios de regulación con otras materias para llegar a reclamar su autonomía. Esto ha significado para el Derecho Burocrático, grandes retos para su configuración, dada su amplia exposición a cambios políticos del momento, pero sobre todo por reformas y modificaciones puntuales que se han venido efectuando a nivel constitucional, lo que sin duda tendrá impacto en el Derecho burocrático, requiriendo un proceso de adaptación y reconocimiento claro de los derechos humanos de los trabajadores al servicio del Estado, de tal suerte que se construya un marco jurídico laboral de la burocracia, cuyo eje sea la dignidad de la persona.

I. Introducción

Agradecemos la amable invitación que nos hizo un grupo de distinguidas laboralistas para rendir homenaje a una destacada laboralista como lo es la Dra. Patricia Kurczyn Villalobos. El Derecho del trabajo se encuentra en el mundo en un amplio y profundo proceso de transformación donde sus conceptos tradicionales, sus principios y ejes principales han sido puestos en la mesa de debate para revisar su actualidad

[1*] Profesor de Derecho del Trabajo en la Universidad Autónoma Metropolitana, Ciudad de México. Asesor en materia laboral.

y pertinencia. México no escapa a este contexto en el cual las reformas a todo el "edificio laboral" están siendo objeto de escrutinio. Es por esto que personas como la Dra. Kurzcyn con sus aportaciones y análisis sobre la enseñanza y difusión del Derecho del trabajo asumen una gran relevancia, ya que precisamente en una época en la cual las opiniones y visiones de coyuntura parecieran dominar el debate, los estudios e investigaciones serias como las que ella ha venido desarrollando desde hace tiempo, se presentan como necesarias; es por ello que celebramos esta iniciativa para rendir homenaje a una destacada laboralista que ha influido para que muchos jóvenes hayan visto en el derecho social una opción de vida profesional.

Varias son las áreas del Derecho del trabajo en donde se han venido dando cambios, en alguna medida pareciera que estamos llegando al fin de un ciclo de modificaciones jurídico laborales en México que iniciaron formalmente por la vía de los hechos y teniendo como aliadas a la jurisprudencia y a la contratación colectiva, allá por los años noventa del siglo pasado, en donde muestro país participaba de manera singular, a diferencia de como lo estaban haciendo la mayoría de los países latinoamericanos, en aquella tendencia flexibilizadora de varias instituciones pilares de Derecho del trabajo, como la estabilidad en el empleo y la organización cotidiana del trabajo. Luego vendrían cambios en varios aspectos de las relaciones laborales, hasta completar el ciclo con las recientes reformas primero en materia de derechos humanos y mas tarde al modelo de justicia laboral y a las reglas en materia de derechos colectivos del trabajo.

Por su parte el Derecho burocrático, en el mismo periodo, venía librando una de sus eternas batallas como son el que desde el terreno del Derecho administrativo se adoptaban medidas que impactaban indirectamente las relaciones laborales de los trabajadores al servicio del Estado. Así, por ejemplo, en sectores particulares de la burocracia, se avanzaba hacia una regulación administrativa de la estabilidad laboral

para personal, por ejemplo relacionado con actividades de seguridad[2]**.** Esta visión administrativista de las relaciones burocráticas pareciera enfatizarse en los últimos años,[3] y ha dificultado la consolidación del carácter laboral de las relaciones burocráticas.

Cabe recordar que desde su nacimiento el Derecho burocrático presentó como uno de sus grandes logros el reconocimiento de una estabilidad en el empleo cuasi absoluta, ya que estableció una serie de requisitos, tanto de forma como de fondo, para poder disolver de manera definitiva una relación laboral.[4] Este planteamiento, se iría degradando al paso de los años, y hoy en día las reglas de la estabilidad en el empleo de los burócratas han sido ampliamente flexibilizadas. Estos cambios no siempre fueron homogéneos al interior de la burocracia, ya que en ocasiones los cambios se daban solo para los denominados trabajadores de confianza y no los de base, o simplemente para grupos de trabajadores de la alta burocracia.

Teniendo como marco estas consideraciones preliminares el objetivo de este trabajo es el de "asomarse" al momento por el cual atraviesan los derechos de los trabajadores del Estado. La intención es presentar algunas reflexiones sobre la situación particular por la que atraviesa el Derecho burocrático en México, a partir del análisis de las modificaciones y adiciones que se han venido dando recientemente a las normas que rigen las relaciones laborales en México y sus implicaciones en materia burocrática, en todas sus áreas de regulación, pero de manera particular en los derechos colectivos de los trabajadores al servicio del Estado. La hipótesis que subyace en estos comentarios es que asistimos a un proceso de transformación profunda de los derechos de los trabajadores del Estado que busca, por lo menos formalmente, dar lugar a un marco jurídico más coherente con los derechos humanos laborales.

---

[2] *Cfr.* Haro R. D. J., "Reflexiones sobre los derechos de los policías en México", *Revista Criminalidad*, Bogotá, vol. 55 (1), enero-abril de 2013, pp. 153 y ss.

[3] *Cfr.* Vargas Morgado, J., *Servidores excluidos del apartado B del artículo 123 constitucional*, México, IIJ-UNAM, p. 749.

[4] *Cfr*. Meléndez George, L.M., *Derecho burocrático, incertidumbre jurídica*, 2ª ed., México, Porrúa, 2011, pp. 125 y ss.

II. El contexto jurídico de los cambios

El Derecho Burocrático, entendido como el conjunto de normas jurídico laborales dirigidas a regular las relaciones de trabajo entre los trabajadores que tiene como patrón al Estado, en general ha sido un campo del Derecho del trabajo poco estudiado, si bien han existido a lo largo del tiempo importantes laboralistas para los cuales esta área ha sido parte de su interés, la amplitud de sus desarrollos doctrinales contrasta con aquéllos del Derecho común del trabajo; sin embargo, es importante regresar de cuando en cuando al mundo de los derechos de los trabajadores al servicio del Estado, no solo porque son una parte importante de las relaciones laborales, sino también porque se trata de un amplio sector del mundo del trabajo que al igual que buena parte de las relaciones laborales, se encuentra en plena transformación.

En efecto hay que recordar cómo la construcción de un marco jurídico para la burocracia no ha estado exenta de dificultades, primero disputando con el Derecho administrativo los espacios de regulación, luego siendo objeto de exclusión del derecho común del trabajo y más tarde delimitando sus fronteras de manera titubeante, para llegar a reclamar su autonomía siempre expuesta a los cambios políticos del momento.

Este arduo camino hacia la construcción de un marco jurídico laboral para la burocracia atraviesa por cambios de gran trascendencia por lo menos en varias dimensiones: una relativa a los cambios de coyuntura propios de los cambios "tradicionales" y cíclicos que se llevan a cabo con motivo de los cambios de los titulares de la administración pública; otra, relacionada con las reformas y modificaciones puntuales que en fechas recientes se han venido dando al marco jurídico general; de igual manera resulta conveniente ver casos excepcionales de regulación de la burocracia en el concierto nacional como la Ciudad de México, y finalmente vale la pena comentar los cambios puntuales que recientemente se han hecho a algunas normas propias del derecho colectivo de los burócratas, para terminar haciendo una reflexión sobre la trascendencia

general y específica que está teniendo la reforma constitucional en materia de derechos humanos del año 2011 en México. Estas son las líneas con base en las cuales se han estructurado los siguientes comentarios.

III. Los cambios coyunturales

Con relación a los cambios de coyuntura**,** cabe anotar que en México existe una práctica desafortunada que consiste en cambiar buena parte de mandos directivos a cargo de la administración pública, en sus diferentes niveles, cada que hay cambio de sus titulares resultado de procesos electorales, que si bien están reconocidos en las diferentes constituciones del país se traducen en una sustitución y generalmente reducción significativa del personal encargado de la administración pública.

En muchas veces la reducción de la plantilla burocrática es el resultado de la reorganización o reconfiguración de la administración pública federal o estatal, a partir del momento en que se crean y desaparecen áreas completas de la administración pública, siempre justificadas en una nueva visión del quehacer público.

Si bien en su mayoría estos cambios afectan sobre todo al personal de confianza de las dependencias púbicas, no así al personal de base, lo cierto es que estas reducciones de personal afectan todo el funcionamiento de la administración pública. En la coyuntura actual, se ha reducido el personal de las dependencias de gobierno federal, en cantidades importantes de trabajadores que tenían, a su vez, diferentes modalidades de contratación, aumentando con ello la incertidumbre de los trabajadores del sector.[5] Las dimensiones de estas reducciones son por ahora importantes pero inciertas, pero parecieran haber empezado a afectar el funcionamiento conveniente de ciertas áreas de la administración pública.

---

[5] Urrutia Alonso, "Ordena Hacienda recorte de personal en dependencias de gobierno", *Diario La jornada*, martes 30 abril 2019, en: https://www.jornada.com.mx/ultimas/2019/04/30/ordena-hacienda-recorte-de-personal-a-dependencias-de-gobierno-9659.html, consultado el 24 de mayo 2019.

Así mismo, se han venido dando debates puntuales y específicos en temas concretos de la burocracia, por ejemplo en materia de remuneraciones, a partir de la decisión del Titular del Poder Ejecutivo Federal en el sentido de establecer un tope máximo de su salario y señalado como límite superior de toda la alta burocracia, así como del personal de los órganos autónomos, lo cual ha dado lugar a un amplio debate, aun sin resolverse de manera definitiva, que ha llegado a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en donde se discute la constitucionalidad de la Ley Federal de Remuneraciones de Servidores Públicos, en que se apoyan esos criterios salariales.[6]

Este tipo de cambios ha ido de la mano también de una serie de modificaciones a la legislación que regula la estructura y funcionamiento, por ejemplo, de la administración pública federal. Es interesante notar como estos cambios que se suceden cada seis años con motivo del cambio del titular del Poder Ejecutivo, se justifican invariablemente en la necesidad de hacer mas eficiente la administración pública, idea ésta que en si misma es loable y contra la cual es difícil no estar de acuerdo, pero que sin embargo, va en contra de una necesaria planeación y sobre todo profesionalización de la burocracia a mediano y largo plazo en el país. La experiencia internacional muestra cómo la sustitución recurrente y periódica de la burocracia, así sea mayormente en el personal directivo y de confianza va en detrimento de un funcionamiento conveniente del Estado, del Gobierno y, en última instancia, del país.

Pero también un cambio legislativo interesante es la promulgación de la nueva Constitución de la Ciudad de México en el año 2017 en donde se asiste a una reivindicación de los derechos de la burocracia, en este caso, de la Ciudad de México, ya que en el artículo 10 denominado de la Ciudad Productiva, en su apartado C "De las relaciones de las instituciones públicas de la Ciudad con sus trabajadores, establece la

---

[6] *Cfr*. Hernández L., "Congreso deberá crear criterios sobre el salario del presidente", *Diario El Economista*, 21 mayo 2019, en: https://www.eleconomista.com.mx/politica/Congreso-debera-crear-criterios-sobre-el-salario-del-presidente-20190521-0008.html, consultado el 24 de mayo 2019.

plena libertad de asociación de la burocracia local "en el marco de un modelo democrático que permita el pleno ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones en la materia", así mismo se garantiza el voto libre, universal y secreto para la elección de las dirigencias sindicales, además de que se garantiza el derecho de huelga en términos de la respectiva ley reglamentaria. De igual manera, se reconoce la bilateralidad en la negociación de las condiciones de trabajo, prevaleciendo los criterios de pluralidad y respeto de las minorías. También se amplían los derechos de los trabajadores de confianza de la burocracia en la Ciudad de México, al señalar que en caso de despido tendrán derecho a una indemnización de tres meses de salario mas veinte días de salario por cada año de servicio. Como se puede advertir estamos ante un conjunto de derechos que se reconocen a la burocracia local y que durante muchos años habían sido objeto de debate o simplemente negados para los trabajadores del Estado, de tal manera que podríamos estar en la antesala de una tendencia nacional que regularice y reconozca derechos para este sector.

IV. La reforma constitucional En materia de justicia laboral

En cuanto a la reforma constitucional del 24 de febrero de 2017, es importante ver como de manera sorpresiva para muchos actores del mundo laboral se modificaron varios aspectos del artículo 123 apartado A, además de los cambios al artículo 107 constitucional. Este cambio fue sorpresivo porque en el contexto político y social en que se dieron no parecía ser la prioridad de un gobierno que no se había mostrado proclive a cambios de esta naturaleza y magnitud; sin embargo, los cambios se presentaron como parte de un análisis, ese sí, iniciado por el Gobierno Federal para identificar formas de mejorar lo que en su momento se denominó la "justicia cotidiana". Estos cambios constitucionales que involucraban el modelo de justicia laboral y al marco jurídico de sindicalismo nacional, abandonaban esquemas y reglas que tenían su origen

en 1917 y que habían acompañado a México a lo largo del siglo XX.[7]

Si bien desde hacía tiempo estas modificaciones habían sido señaladas por un sector del sindicalismo y la doctrina especializada, indicando en el caso de las Juntas de Conciliación y Arbitraje, que se trataba de tribunales que habían dejado de ser eficientes y que reproducían vicios que impedían impartir una justicia laboral imparcial y expedita; así mismo, en cuanto al marco legal de los sindicatos, se señalaba que dichas reglas dieron lugar a un esquema corporativo que también había limitado el pleno ejercicio de la libertad sindical y la contratación colectiva, además de una estrecha cercanía con el poder político más que con sus bases.[8]

De esta manera se iniciaba una etapa histórica en el desarrollo del Derecho del trabajo en México, que en algún sentido se inscribía en las tendencias internacionales en materia de reformas legales de la región, que si bien expresamente no tenían que ver con los trabajadores al servicio del Estado y sus instituciones, si se iniciaba una nueva etapa de cambios al modelo laboral del siglo pasado que, tarde o temprano, habrá de involucrar al Derecho burocrático.

V. La actualización laboral internacional

Como parte de estos cambios al marco jurídico laboral mexicano hay que anotar la ratificación del convenio 98 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), el cual se vino a sumar al ratificado por México Convenio 87 de la OIT; se trata de dos convenios internacionales que se han convertido en pilares fundamentales del reconocimiento y ejercicio de los derechos colectivos en México. Si bien estos dos convenios internacionales no son los únicos que la OIT ha adoptado en

---

[7] *Cfr*. De Buen Lozano, N., "El ciento veintitrés", en José Dávalos (coord.), *El Derecho del trabajo ante el siglo XXI*, *Conferencias magistrales en homenaje al Mtro. Mozart Víctor Russomano*, México, UNAM, 1989, p. 19.

[8] *Cfr*. Trejo Delarbre, R., "Sindicatos desprevenidos ante los cambios en la economía", en SNTE, *Perspectivas sindicales en el proceso de cambio, encuentro internacional sindicalismo y democracia*, México, 1992, pp. 153 y ss.

materia de libertad sindical, si son los mas importantes dada la amplitud de la cobertura que pretenden tener en los diferentes sectores de las economías del mundo. Hay que recordar que existen otros convenios de la OIT relacionados con el tema sindical que México también ha ratificado, como son el Convenio 11 sobre el derecho de asociación en la agricultura de 1937, el Convenio 141 sobre las organizaciones rurales de 1975.

En el caso concreto del Convenio 87 de la OIT establece de manera general, entre otras cosas, que tanto trabajadores como empleadores, sin ninguna distinción y sin autorización previa, tienen derecho a constituir las organizaciones que estimen convenientes; estas organizaciones tienen derecho a redactar sus estatutos y sus reglamentos, a elegir a sus representantes, a organizar la administración de sus organizaciones gremiales, a diseñar su programa y acciones de manera libre; así mismo, se señala que las autoridades deberán abstenerse de toda intervención que tienda a limitar estos derechos o a limitar su ejercicio. Con independencia que cada uno de estos postulados pueden ser confrontados con la mayoría de las novedades traídas por la reforma laboral de 2019 en México, para estudiar su regularidad y legalidad, dando lugar a debates interesantes, lo cierto es que no existe en el Convenio 87 algún señalamiento que indique que estas reglas no deban aplicarse a la burocracia en el país, excepción hecha sobre algunos grupos de la burocracia muy puntuales e identificados; en efecto el art. 7o del Convenio 87 punto 1, señala que la legislación nacional de cada país determinará hasta qué punto las disposiciones y protecciones ahí reconocidas "…*se aplicarán a las fuerzas armadas y a la policía*"; pero no hay en nada que indique que este convenio internacional no se deba de aplicar al resto de los trabajadores al servicio del Estado.

Por su parte el Convenio 98 de la OIT recientemente ratificado por México, apenas en el año 2018, establece, entre otras cosas, que se necesita una adecuada protección contra todo acto de discriminación que limite la libertad sindical, por ejemplo no se puede condicionar el empleo a condición que se afilie a un sindicato o a que no lo pueda dejar;

así mismo, no se puede dar por terminada una relación laboral por razones de su afiliación sindical o participación en actividades sindicales fuera de los horarios de trabajo o con el consentimiento de su patrón, tampoco se deben permitir actos de injerencia en los sindicatos, en su constitución y funcionamiento. En materia de negociación colectiva el Convenio 98 señala que se deben adoptar medidas para estimular y fomentar los procedimientos de "negociación voluntaria" que permitan reglamentar las condiciones de empleo.

Si bien por lo menos en México los espacios de negociación y contratación colectiva de la burocracia han estado a lo largo de los años, mas bien acotados, con el argumento de que las características de las relaciones laborales burocráticas se alejan de la lógica de la ganancia propia del sector privado, lo cierto es que al paso del tiempo se ha venido construyendo una tendencia internacional que, teniendo en cuenta las características de la burocracia, han creado espacios de negociación colectiva en los últimos años, y que ahora que la contratación colectiva aparece plenamente reconocida como un derecho humano, es de esperarse que en los años porvenir, también este tema tenga un espacio de regulación en el Derecho burocrático en países como México.[9]

Cuando echamos un "vistazo" a como el tema de negociación colectiva de la burocracia se ha regulado en otros países, se puede constatar que no estamos ante una novedad y que ya existe, por lo menos en América latina, una experiencia de varios años en este tipo de situaciones, así por ejemplo en Argentina en diferentes momentos se ha dado espacio a la negociación en el sector, por ejemplo con la Ley 2.428/73

[9] "Hay una tendencia sostenida en reconocer el derecho de negociación colectiva de los servidores públicos entre los distintos países de la región. Esto queda evidenciado por recientes regulaciones. Por ejemplo, la reforma del Código de Trabajo de 2016 en Costa Rica que regula en un apartado específico la negociación colectiva en el sector público; el Decreto 160 de 2014 en Colombia que reconoce el derecho de negociación colectiva; la Ley 18.508 de 2009 en Uruguay que regula el derecho de negociación colectiva de los funcionarios públicos. Las dos últimas normas fueron aprobadas luego de una discusión paritaria con las organizaciones de los servidores públicos, en el marco del diálogo social institucionalizado en esos países". *Cfr.* Canessa Montejo, M.F., "El dialogo social en el servicio público en países seleccionados de América Latina", working paper núm. 319, Ginebra, OIT, 2018, p. 4.

y más recientemente con el decreto 447.93, 24.185; así mismo en Chile con las leyes 19.296 y 19.345, al igual que en Panamá con las leyes 8 y 9 de 1983.

Así mismo, y al igual que el Convenio 87, este otro Convenio no establece limitación alguna para que se aplique a la burocracia con excepción de las fuerzas armadas y la policía. Lo que si señala expresamente este Convenio en su artículo 6o es que no se aplica a los funcionarios públicos en la Administración del Estado, es decir no se aplica al personal de alto nivel en la estructura de la administración púbica, pero si se aplicaría al resto del personal de la burocracia.

Como puede advertirse los planteamientos y postulados tanto del Convenio 87 como del Convenio 98 de la OIT, con las salvedades ya señaladas, deben ser observados para los trabajadores al servicio del Estado, y el régimen jurídico que regula su relación laboral. De esta manera, la evolución futura del Derecho burocrático habrá de encontrar en estas normas internacionales referentes que habrán de guiar al legislador mexicano, para crear o fortalecer espacios de negociación de las condiciones de trabajo en el sector público.

De igual manera, en el caso de la OIT es importante anotar que el Comité de Libertad sindical[10] al paso de los años ha venido pronunciándose sobre diferentes aspectos de las relaciones laborales de los trabajadores al servicio del Estado, en las se ha venido pronunciándo sobre la necesidad de que en este sector se respeten también los derechos de estos trabajadores y en particular sus derechos colectivos, con las precisiones y modalidades concretas propias del caso. En estas opiniones la OIT por conducto de este Comité ha insistido en que la libertad sindical debe de respetarse sin ninguna distinción, y que en consecuencia estos trabajadores "…deben gozar del derecho a organizarse para defender sus intereses".[11]

[10] El comité de libertad sindical de la OIT, creado en 1951 se ocupa de examinar las quejas que se presentan por violaciones a la libertad sindical y sus resoluciones son importantes interpretaciones sobre el significado y alcances de los convenios de la OIT en materia sindical.

[11] *Cfr*. OIT, *La libertad sindical, Recopilación de decisiones del Comité de Libertad sindical*, 6ª

Por ahora varias de las recientes reformas a la Ley Federal del Trabajo (LFT), en razón de que reconocen una amplia participación del Poder Ejecutivo Federal por conducto de la futura autoridad administrativa de los centros de conciliación federal y locales, han sido vistas como violatorias de estos dos convenios internacionales, por lo que habrá que estar atentos a los eventuales ajustes con el futuro se pudieran dar a esta legislación, así como a la manera como dichas disposiciones se vayan aplicando e interpretando por los tribunales.

VI. La adaptación de las reglas burocráticas

La adaptación de las normas burocráticas a las que están sujetas los trabajadores al servicio del Estado, han sido objeto de cambios directos e indirectos, por ahora solo quisiéramos anotar tres de esas modificaciones que sin duda habrán de tener un impacto en materia burocrática en los años porvenir, por un lado está la reforma a la Constitución federal y la promulgación de la primera constitución de la Ciudad de México; así mismo, tenemos a la reforma constitucional y legal en materia de justicia laboral y finalmente la reglamentación específica de algunas disposiciones en materia burocrática:

a) En ese proceso de construcción del nuevo Derecho burocrático cabe anotar, por lo vanguardista que parece en el contexto nacional, lo establecido en materia laboral y en particular en materia burocrática en la Constitución de la Ciudad de México. En efecto, como ya se anotaba, el pasado 29 de enero de 2016 se publico en el Diario Oficial de la Federación el Decreto por el que se declaran reformadas y derogadas diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de la reforma política de la Ciudad de México; por medio de estas nuevas disposiciones la capital federal deja de llamarse Distrito Federal para convertirse formalmente en Ciudad de México, así mismo se establece un nuevo estatus político y administra-

ed. Ginebra, 2018, p. 63.

tivo para la Ciudad, no exento de debates y críticas.[12] Esta importante reforma constitucional marcaría el inicio de una nueva etapa en el desarrollo de la Ciudad de México y de los burócratas locales; así mismo, se sentarían las bases y los tiempos para la redacción y promulgación de la primera Constitución de la Ciudad, lo cual ocurriría efectivamente el 5 de febrero de 2017 cuando se publicó en la Gaceta oficial de la Ciudad de México la primera Constitución Política de la Ciudad. Esta disposición en importante por muchas razones, entre otras por la trascendencia en materia de derechos de los trabajadores al servicio de la Ciudad. En efecto, la nueva Constitución, se ocupa en su art. 10 de la "Ciudad productiva", en donde se reconoce al Derecho del trabajo como un derecho humano importante y se concreta en un conjunto de derechos de muy variable naturaleza que incluye, por cierto, a personas que no necesariamente se encuentran en el denominado sector formal de la economía. En particular es de llamar la atención el apartado C "De las relaciones de las instituciones públicas de la Ciudad con sus trabajadores", que comprende a las personas que laboran para los poderes legislativo, ejecutivo y judicial de la Ciudad de México, así como en los organismos autónomos y en las alcaldías: de esa manera se sientan las bases del Derecho burocrático local, en donde se reconoce la plena libertad sindical en el marco de un "modelo democrático", se garantiza el voto libre, universal y secreto para la elección de los dirigentes sindicales; así mismo se garantiza el derecho de huelga en término de cómo la ley lo señale; y en materia de contratación colectiva se señala que "*El principio de bilateralidad regirá en las negociaciones de las condiciones de trabajo, prevaleciendo los criterios de pluralidad y respeto a las minorías. La administración de los contratos colectivos se hará por el conjunto de las representaciones sindicales en razón de la proporción de sus trabajadores, en los términos fijados por la ley.*" De igual manera, se señala que los burócratas locales y en el caso concreto de los trabajadores de confianza, éstos disfrutarán de las medidas de protección al salario y gozarán de los beneficios de la seguridad social, pero además en caso de despido injustificado tendrán derecho a una indemnización de tres meses de salario mas veinte días por cada año

[12] *Cfr*. Cárdenas Gracia, J., *La Constitución de la Ciudad de México. Análisis crítico*, México, UNAM, 2017, pp. 10 y ss.

laborado. Además se creará el Tribunal Local de Conciliación y Arbitraje para dirimir los conflictos entre la burocracia y las dependencias donde labora, dejando de lado la actual competencia que en estos temas tiene el Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje, de igual manera se expedirá la primera Ley de trabajadores al servicio del Estado de la Ciudad de México.

Como puede advertirse este conjunto de disposiciones dirigidas a la burocracia de la Ciudad de México son vanguardistas en más de un sentido ya que superan viejos debates que al paso de los años se habían venido presentando en la doctrina y la jurisprudencia, y donde se ha visto a este sector de los trabajadores como un sector al cual de manera sistemática se le habían negado derechos laborales y en particular derechos colectivos. De esta manera, los nuevos derechos de la burocracia local deben ser vistos también como un intento por alinear y hacer coherente el nuevo marco jurídico con la concepción de los derechos humanos laborales en el país y de manera particular con las normas internacionales que en materia de derechos colectivos laborales están vigentes en el país.[13]

b) Por otra parte las reformas y adiciones a la Ley Federal del Trabajo, de mayo de 2019, son importantes por varias razones, la primera de carácter formal, ya que reglamenta la ya comentada reforma constitucional de febrero de 2017 y que en su momento, así lo establecían los artículos transitorios de dicha reforma, las modificaciones y adiciones a la LFT debieron haber visto la luz a un año de la reforma constitucional, lo cual no sucedió; pero más allá de ese debate sobre la "vacatio legis" que se presentó entre la reforma constitucional y la reglamentación de la misma, el cual sigue latente, cabe anotar que esta reforma se centró básicamente en dos grandes temas, por un lado la propuesta de un nuevo modelo de justicia laboral y por el otro un nuevo marco jurídico de derechos colectivos del trabajo en el país. Ambos temas, constituyen en cualquier modelo de relaciones laborales, pilares fundamentales del funcionamiento laboral, de ahí que al cambiar estos dos grandes temas,

[13] *Cfr*. Concha Malo, M., "La progresividad de los derechos humanos en la Constitución de la Ciudad de México", *Revista Defensor, Revista de derechos humanos*, CDHDF, México, núm. 3, año XV, marzo de 2017, pp. 11 y ss.

se espera que en el futuro habrán de cambiar también el modelo todo de funcionamiento de los derechos y obligaciones de los denominados factores de la producción, capital y trabajo.

En el caso de las novedades en la justicia laboral, se adopta un modelo que pone un gran énfasis en la conciliación, al establecer una instancia obligatoria, prejudicial y administrativa para que las partes, ante de acudir al tribunal puedan dirimir sus diferencias. La conciliación en esta primera etapa estará a cargo de organismos que se crearán en cada uno de los Estados de la República, y uno mas a nivel federal para los temas competencia de esas ramas de la economía consideradas como tales. Así mismo, agotada la instancia administrativa de conciliación, sin arreglo, se podrá acudir a los tribunales laborales ahora adscritos al Poder Judicial. De igual manera cabe señalar que estos cambios han dado lugar a un nuevo derecho procesal de trabajo, que busca ser más expedito, inmediato, transparente y eficiente.

Por otra parte en cuanto al nuevo derecho colectivo del trabajo, cabe anotar que se transforman de manera radical todos los aspectos fundamentales de los derechos colectivos laborales, como son las instancias encargadas del registro sindical, las que ahora se centralizarán a nivel federal para que se haga cargo de este tema la misma instancia encargada de la conciliación federal, así mismo en materia de contratación colectiva se incorporan reglas que buscan verificar y constatar que la opiniones de las bases trabajadoras fueron tomadas en cuenta para la firma de un contrato colectivo; para estos fines se incorporan a la ley laboral sendos procedimientos de consulta a los trabajadores como un elemento de validez del mismo contrato colectivo; así mismo en materia de huelga, se busca por un lado que sean los trabajadores que tengan en todo momento la decisión sobre iniciarla, continuarla o terminarla; y que también el patrón pueda, si así lo considera, someter el conflicto a la decisión de los tribunales cuando una huelga se haya extendido por más de sesenta días.

Si bien estos cambios involucran solamente por ahora a los trabajadores que les aplica la LFT y no a si a la burocracia, no hay duda que estos cambios tan importantes en el país habrán de propiciar, en el corto o mediano plazo, la necesaria actualización del Derecho burocrático.

No hay que olvidar que sigue vigente la disposición que en la LFTSE en el art. 11 señala que en lo no previsto , se aplicará supletoriamente la LFT, de tal manera que, con renovado vigor, tal y como sucedió en los años sesenta del siglo pasado las nuevas disposiciones de la recién reformada LFT, habrán de tener un impacto en la reconfiguración del Derecho burocrático en el futuro; todo ello a pesar de que desde los años sesenta del siglo pasado se discuten los alcances de esta supletoriedad a la que hace referencia la ley burocrática.[14]

Hay que recordar que en estos dos grandes temas de la reciente reforma, justicia laboral y derechos colectivos, el Derecho burocrático actualmente vigente tanto a nivel federal como estatal, corresponden a un modelo laboral que se ideó a mediados del siglo pasado y que correspondía también a una realidad diferente a la actual, a un sistema político que hoy pareciera transformarse, a un contexto en el cual la burocracia existía y se estructuraba con otras lógicas, principios y necesidades. Ese Derecho burocrático esta inevitablemente destinado a cambiar en los años porvenir, sino corre el riesgo de quedar anquilosado en un contexto político, social pero incluso jurídico que lo muestre aislado e incoherente.

c) Junto a esta reglamentación de la reforma constitucional en materia de justicia laboral, y la amplia reforma a la Ley Federal del Trabajo, hay que anotar la reforma puntual burocrática, también de mayo de 2019. En efecto, también el 1 de mayo de 2019 se publicó en el Diario Oficial de la Federación el Decreto por medio del cual se adiciona y derogan diversas disposiciones de la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado (LFTSE), reglamentaria del apartado B del art. 123 constitucional. Se trata de una serie cambios que van en la dirección de hacer coherente la legislación laboral burocrática con los cambios constitucionales en la materia recientemente. La idea central que articula estos cambios se refiere al reconocimiento de la pluralidad sindical en materia burocrática.

---

[14] Ver por ejemplo la tesis "LEY FEDERAL DEL TRABAJO. PROCEDENCIA DE LA APLICACIÓN SUPLETORIA DE LA. A LA LEY FEDERAL DE LOS TRABAJADORES AL SERVICIO DEL ESTADO". Tesis I.60TJ/28, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Época, t. XIV, agosto de año, p. 432.

Así por ejemplo se derogó el artículo 68 de la LFTSE que establecía la unicidad sindical, al señalar que en cada dependencia púbica solo habría un sindicato. Con esta derogación se legaliza una situación que en los hechos ya se venía gestando de tiempo atrás y que había quedado en la ley como letra muerta, ya que la pluralidad sindical burocrática ya había sido reconocida no solo a nivel jurisprudencial, sino también a nivel por ejemplo de los tribunales burocráticos, en los cuales la apertura y reconocimiento a diversas opciones sindicales era un hecho.

Así mismo, el art. 69 de la LFTSE que se refería a una libertad sindical acotada en cuanto al ingreso a un solo sindicato, y que señalaba la imposibilidad de salirse del sindicato una vez habiendo ingresado, se cambia de manera radical para quedar en los siguientes términos:

> *Artículo 69.-* Todos los trabajadores tienen derecho a formar parte de un sindicato y a constituir sindicatos, sin necesidad de autorización previa.
>
> *El trabajador ejercerá en todo momento de su libertad de adhesión o separación en un sindicato.*
>
> *Asimismo, a nadie se le puede obligar a formar parte de un sindicato, a no formar parte de él o a permanecer en el mismo.*
>
> *La elección de las directivas sindicales se hará mediante voto personal, libre, directo y secreto de los afiliados, previa convocatoria que se emitirá con una anticipación no menor a quince días y que se difundirá entre todos los miembros del sindicato.*
>
> *El sindicato deberá notificar la convocatoria al Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje con la misma anticipación, el cual podrá verificar el procedimiento de elección por conducto de los servidores públicos o fedatarios que designe para tal efecto. Las elecciones que no cumplan estos requisitos serán nulas.*

La nueva redacción de este artículo a partir del año 2019 constituye sin duda uno de los cambios más importantes en materia de derechos colectivos de la burocracia en México en la última década. En primer lugar, se reconoce claramente la libertad sindical, y con ella la posibilidad de formar sindicatos sin necesidad de autorización previa, con lo cual el derecho burocrático se alinea con las normas constitucionales e internacionales vigentes en México en el tema. Así mismo se señala que el trabajador tendrá libertad para que en todo momento pueda "adhe-

rirse" o separarse de un sindicato, de esta manera se abre la puerta para avanzar en la eliminación de las denominadas cláusulas de exclusión en virtud de las cuales un sindicato ejercía el control absoluto del ingreso y el egreso a un puesto de trabajo, dando lugar a la posibilidad de que haya nuevas y variadas opciones sindicales y que el trabajador recupere su derecho de optar por alguna de ellas, sin que con ello vaya de por medio su trabajo.

Por otra parte, se ratifican para el sector burocrático los criterios constitucionales en materia de elección de directivas sindicales mediante voto personal, libre y secreto, agregando detalles de procedimiento como el que la convocatoria correspondiente habrá de hacerse con una anticipación de por lo menos 15 días y se difundirá entre los miembros del sindicato. Cabe anotar la participación que tendrá, en materia federal, el Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje al conocer también de la convocatoria para elegir las dirigencias sindicales, pero también para verificar la legalidad de dicha elección, con lo cual se le estarían dando nuevas facultades que no tiene reconocidas en la legislación actual; cabe recordar que el actual y vigente art. 124 de la LFTSE señala cuáles son las facultades del Tribunal, y en ninguna de ellas estaría la que ahora se le encomienda.

Así mismo, en el nuevo art. 71 de la LFTSE, se ratifica la posibilidad de pluralidad sindical y se elimina aquel requisito que señalaba la Ley para el nacimiento de un sindicato y que era el que no hubiera otro previamente registrado en una dependencia pública.

En materia de cancelación de un registro sindical se mantiene la idea de que esto sucederá cuando se disuelva el sindicato, pero se elimina cualquier referencia al supuesto de cancelación que establecía la Ley en el sentido de que también procedería la cancelación si se registrará otro sindicato que fuera mayoritario. De esta manera hay aquí una invitación implícita a la constitución de nuevos sindicatos burocráticos.

La pluralidad sindical burocrática se extiende a la posibilidad de formar organizaciones mas amplias como Federaciones sindicales diversas y ya no a una sola federación como lo establecía el anterior art. 78 de la LFTSE. Estas federaciones se regirán por sus propios estatutos y por lo que establece la misma Ley.

En materia de prohibiciones a los sindicatos prácticamente las mismas quedaron en los mismos términos que la Ley las establecía, salvo el caso de la prohibición de adherirse a organizaciones o centrales obreras o campesinas, supuesto que se derogo, abriendo también aquí a posibilidad de un mayor activismo sindical y político más allá de las dependencias públicas en donde existan.

Toda esta serie de cambios a la legislación laboral burocrática federal, es de esperarse que se replique en la legislación burocrática de cada uno de los Estados de la República con la finalidad de homogenizar el marco jurídico de los derechos colectivos en el sector. Sin duda, para dimensionar de manera adecuada las implicaciones que estos cambios han de tener en el sindicalismos burocrático en México, habrá que hacer el análisis jurídico de los mismos y estar atentos a las interpretaciones que hagan los tribunales de estos cambios, pero también será necesario hacer el análisis político de estas modificaciones ya que, hay que recordar, como el nacimiento y vida de los sindicatos del sector, estuvo íntimamente ligado a un contexto político que lo influyo y determinó, lo cual pareciera ahora empezar a cambiar.

También es oportuno señalar la importante labor que ha venido realizando la jurisprudencia de los últimos años, por medio de la cual se han ido eliminando obstáculos a marco jurídico de los derechos colectivos en este sector y donde las recientes reformas de 2019 en estos temas a la legislación burocrática federal, bien pudieran ser vistas como una etapa de consolidación de un proceso que se venía dando y construyendo desde hace tiempo en las interpretaciones de los tribunales mexicanos.[15]

Estos cambios a la legislación burocrática federal, restituyen en cierta medida una coherencia al modelo sindical burocrático, ya que las normas modificadas limitaban el pleno reconocimiento y ejercicio de derechos humanos laborales para la burocracia, ya señalado por expertos desde hace años[16]. Este "alineamiento" de las normas internacionales y constitucionales con las legales habrá de fortalecer el ejercicio de los derechos de los trabajadores al servicio del Estado.

---

[15] *Cfr*. De la Peña Gutiérrez G. y Rojas Pérez R., *Libertad sindical burocrática, como derecho humano, en Los derechos humanos laborales*, México, CNDH, TFCyA, 2017, pp. 313 y ss.

[16] *Cfr*. Santos Azuela H., *Estudios de derecho sindical y del trabajo*, México, UNAM-IIJ, 1987, p.192.

VII. La adecuación de los Derechos humanos burocráticos

Finalmente cabe anotar algunas consideraciones a lo que es sin duda uno de los cambios mas importantes, no solo al marco jurídico laboral y burocrático en particular, sino al sistema jurídico mexicano en su totalidad, nos referimos a la reforma constitucional en materia de derechos humanos que data del año 2011 en donde se estableció un nuevo artículo primero de la Constitución en los siguientes términos (en la parte conducente):

> *Artículo 1o.* En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.
>
> *Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.*
>
> *Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.*

Esta reforma de gran trascendencia colocó a los derechos humanos en el centro de atención del constitucionalismo nacional, dejando atrás la idea de garantías individuales por un concepto mas amplio. De esta manera los derechos humanos se convierten en el eje a partir del cual debe construirse e interpretarse todo el sistema jurídico mexicano. Es importante destacar que el espectro de derechos a proteger con el nuevo texto constitucional se amplía de manera considerable, ya que, ya no solo se trata de derechos reconocidos expresamente por el texto constitucional, sino también de aquellos derechos reconocidos en normas internacionales que México haya ratificado por el Senado de la

República y que en consecuencia ya formen parte de nuestro sistema jurídico. Estos dos universos normativos, por un lado los derechos de la misma Constitución y por otra los derechos de las normas internacionales, constituyen un factor de gran importancia cuando hablamos de derechos de los trabajadores al servicio del Estado, ya que el derecho burocrático, sobre todo en materia colectiva ha sido históricamente señalado como un conjunto de disposiciones que van en contra del mismo texto constitucional, pero también en contra de normas internacionales, entre las que están aquéllas adoptadas por la Organización Internacional del Trabajo. De esta manera, la reforma en materia de derechos humanos del 2011 debe ser vista como un factor que habrá de catalizar y presionar para que se avance hacia un nuevo Derecho burocrático en México.[17]

VIII. Conclusiones

Como puede verse a partir de estas primeras aproximaciones, el sistema jurídico mexicano y en particular el Derecho del trabajo y con él el Derecho burocrático atraviesa por un momento de importantes transformaciones, una forma de entenderlas es precisamente tratando de estudiarlas como un esfuerzo del Estado mexicano de las últimas décadas de darle coherencia al sistema jurídico todo, intentando de hacer compatibles las normas y reglas de los mas altos niveles normativos, en particular la Constitución y las normas internacionales del trabajo, con el resto del sistema jurídico. Este alineamiento está implicando modificaciones de gran relevancia y una rea donde este cambio es evidente es precisamente en materia de derechos colectivos de la burocracia mexicana.

Todo este proceso de transformación del Derecho del trabajo en general está teniendo su impacto en el Derecho burocrático, y no hay la menor duda de que en los años porvenir, el Derecho Burocrático habrá

---

[17] *Cfr*. Fix-Zamudio H., "Las repercusiones en los ámbitos interno e internacional de la reforma constitucional mexicana sobre Derechos humanos del 10 de junio 2011", en TFCyA, Secretaría de Gobernación (comps.), *El derecho Laboral Burocrático y el Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje, Ensayos temáticos,* México, 2013, p. 21.

de entrar en un proceso de adaptación a las nuevas realidades del país, pero que en ese proceso será guiado en buena medida por un intento de reconocer de forma clara los derechos humanos laborales de los trabajadores al servicio del Estado, de tal manera que se habrá de construir un marco jurídico laboral de la burocracia en el cual haya pleno respeto de derechos que durante mucho tiempo se les habían negado, como son los derechos de sindicalización, contratación colectiva y huelga.

Bibliografía

ACKERMAN, Mario E. (Coord.) *Trabajadores del Estado en Iberoamérica*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1998.

CANESSA MONTEJO, Miguel F., *El dialogo social en el servicio público en países seleccionados de América Latina*, working paper núm. 319, Ginebra, OIT, 2018.

CÁRDENAS GRACIA, Jaime, *La Constitución de la Ciudad de México. Análisis crítico*, México, UNAM, 2017.

CONCHA MALO, Miguel, "La progresividad de los derechos humanos en la Constitución de la Ciudad de México", *Revista Defensor, Revista de derechos humanos, CDHDF*, núm. 3, marzo 2017, núm. 3, año XV.

DE BUEN LOZANO, Néstor, "El ciento veintitrés", en José Dávalos (coord.), *El Derecho del trabajo ante el siglo XXI, Conferencias magistrales en homenaje al Mtro. Mozart Víctor Russomano*, México, 1989.

DE LA PEÑA GUTIÉRREZ, G. y ROJAS PÉREZ, R., "Libertad sindical burocrática, como derecho humano", en TFCyA, *Los derechos humanos laborales*, México 2017.

FIX-ZAMUDIO, Héctor, "Las repercusiones en los ámbitos interno e internacional de la reforma constitucional mexicana sobre Derechos humanos del 10 de junio 2011", en TFCyA, Secretaría de Gobernación, *El Derecho Laboral Burocrático y el Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje, Ensayos temáticos*, México 2013.

HARO R., D.J. "Reflexiones sobre los derechos de los policías en México", *Revista Criminalidad*, Bogotá, vol. 55 (1), enero-abril 2013.

HERNÁNDEZ, L., "Congreso deberá crear criterios sobre el salario del presidente", *Diario El Economista*, https://www.eleconomista.com.mx/politica/Congreso-debera-crear-criterios-sobre-el-salario-del-presidente-20190521-0008.html.

MELÉNDEZ GEORGE, L.M. *Derecho burocrático, incertidumbre jurídica*, 2ª Ed., México, Porrúa, 2011.

OIT, *La libertad sindical, Recopilación de decisiones del Comité de Libertad sindical*, 6ª ed., Ginebra, 2018.

SANTOS AZUELA, H. *Estudios de derecho sindical y del trabajo*, México, IIJ-UNAM, 1987.

TREJO DELARBRE, R. "Sindicatos desprevenidos ante los cambios en la economía", en SNTE, *Perspectivas sindicales en el proceso de cambio. Encuentro internacional sindicalismo y democracia*, México, SNTE, 1992.

URRUTIA, Alonso, "Ordena Hacienda recorte de personal en dependencias de gobierno", *Diario La jornada*, https://www.jornada.com.mx/ultimas/2019/04/30/ordena-hacienda-recorte-de-personal-a-dependencias-de-gobierno-9659.html.

LAS OBRAS LITERARIAS Y ARTÍSTICAS CREADAS BAJO RELACIÓN DE TRABAJO, A LA LUZ DE LOS DERECHOS HUMANOS

Eduardo de la Parra Trujillo[1*]

SUMARIO: *Resumen*. I. *Derechos de autor y derechos laborales: ¿dos caras del mismo derecho humano?* II. *Introducción a la obra creada bajo relación laboral.* III. Técnica legislativa. IV. *Distinción con la obra por encargo*. V. *Situación de los derechos de explotación.* VI. *Titularidad derivada del empleador*. VII. *Situación de los derechos de remuneración*. VIII. *Situación de los derechos morales*. IX. *Las llamadas "obras al servicio oficial"*. X. Software *creado bajo relación laboral*. XI. *Conclusiones*. *Bibliografía.*

Resumen: La concurrencia del derecho laboral y el derecho de autor se presenta con la creación de una obra y calidad trabajador, denotando los mecanismos de protección de cada materia, que por un lado son las cuestiones propiamente laborales y por el otro lo relacionado con la titularidad y ejercicio de los derechos autorales, respectivamente, buscando en todo momento la protección de la dignidad de autor-trabajador. La obra creada bajo relación laboral tiende a confundirse con la obra por encargo, figuras bajo supuestos y consecuencias jurídicas totalmente diferentes que hace necesario su desentrañamiento. El análisis en el presente trabajo se hace desde un enfoque de derechos humanos, para cuestionar si la influencia que estos tienen tanto en los derechos de autor como en los derechos laborales nos explica la peculiar regulación que tiene la obra creada bajo relación de trabajo.

[1*] Doctor en Derecho por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, y Profesor de Propiedad Intelectual en la Facultad de Derecho de la UNAM, la Universidad Panamericana y el Instituto de Propiedad Intelectual y Derecho de la Competencia. Abogado postulante.

I. Derechos de autor y derechos laborales: ¿dos caras del mismo derecho humano?

El Derecho del Trabajo y el Derecho Autoral tienen mucho en común, pues el primera es un derecho tutelar del trabajador y el segundo tiende a proteger al autor; incluso no son pocos los que han querido encuadrar a los derechos de autor dentro del Derecho Social[2]. De hecho, la exposición de motivos de nuestra ley autoral de 1947 advirtió que en la materia existe "un marcado paralelismo con el derecho obrero"[3].

Por tal razón, no debe sorprender que cuando una persona reúne la condición de "autor" simultáneamente a la de "trabajador", las normas legislativas tiendan a ser muy tuitivas, pues el crear una obra en el marco de una relación laboral detonan los mecanismos protectores del Derecho Autoral y del Derecho del Trabajo, lo que, desde luego, no ha estado exento de críticas. Incluso, dentro del marco de las intersecciones entre Derecho Laboral y Propiedad Intelectual, los autores-trabajadores salen mejor librados que los inventores-trabajadores, pues la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) es mucho más tuitiva con los derechos de autor de los primeros, que la Ley Federal del Trabajo (LFT) con las patentes y demás creaciones industriales los segundos, ya que en este último caso las normas legales operan más a favor del empleador[4].

Lo anterior puede encontrar explicación en que las normas de Derecho Autoral suelen ser mucho más tuitivas que las de Propiedad Indus-

---

[2] Acosta Romero, Miguel, "El derecho intelectual y las partes que lo integran", *Revista mexicana del derecho de autor*, México, SEP, año III, núm. 11, julio-diciembre 1992, p. 132; Farell Cubillas, Arsenio, *El sistema mexicano de derechos de autor (apuntes monográficos)*, México, Ignacio Vado, 1966, pp. 72 a 74; Loredo Hill, Adolfo, *Derecho autoral mexicano*, México, 2a. ed., Jus, 1990, pp. 90 y 91.

[3] Pleno, "DERECHO A PERCIBIR REGALÍAS POR LA COMUNICACIÓN O TRANSMISIÓN PÚBLICA DE UNA OBRA, CONTENIDO EN EL ARTÍCULO 26 BIS DE LA LEY FEDERAL DEL DERECHO DE AUTOR. SU CONCEPTO", tesis P./J. 102/2007, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XXVI, diciembre de 2007, p. 6.

[4] Pues de ordinario, el derecho a obtener la patente suele reconocerse a favor del patrón.

trial[5], y que por lo tanto, la combinación de la filosofía de la primera disciplina con la del Derecho del Trabajo, termina imponiendo más cargas y trabas para el empleador. Sin embargo, otra posible explicación es el fuerte influjo que tienen los derechos humanos en la materia autoral.

En efecto, existe un derecho humano poco estudiado: el derecho humano a la protección jurídico-autoral, el cual establece las obligaciones de las autoridades estatales (incluso legislativas) para proteger a los autores como consecuencia de su actividad creativa. El principal sustento de este derecho humano son los arts. 27 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 15 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y 13 del Protocolo de San Salvador[6].

La obligación que tienen los estados derivada del derecho humano a la protección jurídico-autoral, consiste en proteger, en la mayor medida de lo posible, los intereses morales y materiales de los autores, existiendo muchas formas en que los estados pueden cumplir con esa obligación (es una obligación de resultados, con apertura a los medios). Por ejemplo, respecto de la forma en que los estados pueden proteger los intereses económicos de los autores, es muy relevante lo señalado en la Observación General 17 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU:

> 15. La protección de los "intereses materiales" de los autores que figura en el apartado c) del párrafo 1 del artículo 15 pone de manifiesto la estrecha vinculación existente entre esta disposición y el derecho a la propiedad, reconocido en el artículo 27 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y en los instrumentos regionales de derechos humanos, así como el derecho de todo trabajador a una remuneración adecuada (apartado a) del artículo 7 del Pacto). A diferencia de lo que ocurre con otros derechos humanos, los intereses materiales de los autores no guardan una relación directa con la personalidad del

[5] Bien explica Rangel Medina, que las regalías son los salarios de los autores. *Cfr*. Rangel Medina, David, *Derecho intelectual*, México, McGraw-Hill-IIJ de la UNAM, 1998, p. 113.

[6] Todas estas disposiciones reconocen a toda persona el derecho a la protección de sus intereses materiales o morales, sobre las obras de que sean autoras.

creador, sino que constituyen un requisito para el goce del derecho a un nivel de vida adecuado (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto).

16. El período de protección de los intereses materiales en virtud del apartado c) del párrafo 1 del artículo 15 no debe por fuerza abarcar toda la vida de un creador. El propósito de que los autores gocen de un nivel de vida adecuado puede lograrse también mediante pagos únicos o la concesión al autor durante un período determinado del derecho exclusivo a explotar su producción científica, literaria o artística.

Lo que significa que los estados pueden cumplir con esta obligación iusfundamental concediendo derechos de explotación y/o derechos de simple remuneración sobre las obras, pero también pueden cumplirla sin necesidad de otorgar derechos intelectuales, por ejemplo, mediante entregas de despensas, pensiones, etc., a los autores[7]. Empero, la concesión de derechos de autor (derechos ordinarios) es la forma más socorrida por los estados para tutelar el derecho humano a la protección jurídico-autoral (derecho humano).

Esto ya la hemos explicado con anterioridad en otra obra, reiterando aquí lo antes dicho:

> Efectivamente, el derecho a la protección jurídico-autoral es *universal*, en tanto pertenece a todo ser humano. Por el mero hecho de ser personas, todos tenemos un derecho a que, si creamos una obra, el Estado nos brinde cierta protección sobre esa obra. Este no es un derecho que pertenezca sólo a quienes adquieran la calidad de "autor", sino a toda persona, pues existe con independencia de que se haya creado o no una obra, como sucede también con el derecho contra las detenciones arbitrarias, pues no es un derecho que pertenezca únicamente a quienes

[7] "It is important to emphasize that neither the UDHR nor the ICESCR determine that the material and immaterial interests of the creator should be protected by the way of a *property right*. That means that within the scope of these conventions, other means of protection can certainly be envisaged by the legislators. These two texts this leave countries a great room to manoeuvre, while at the same time guaranteeing creators a just remuneration for their work, which makes these judicial instruments particularly modern and flexible means to embed the matter". Geiger, Christophe, "The constitutional dimension of intellectual property" en Torremans, Paul L.C. (coord.), *Intellectual property and human rights*, La Haya, Wolters Kluwer, 2008, p. 112.

> hayan sido víctimas de una detención arbitraria, sino abstractamente a todo individuo. Inclusive, el derecho a la protección jurídico-autoral no está supeditado a que exista una obra, pues se es titular de él desde el momento mismo en que se adquiere la personalidad y no desde el momento en que se cree una obra.
>
> Se aprecia, así, el carácter *incluyente* del derecho a la protección jurídico-autoral, pues todos (autores o no) gozamos de él. Esto se observa claramente en el PIDESC, el Protocolo de San Salvador y la DUDH, en tanto esos instrumentos reconocen el referido derecho fundamental "a toda persona". (…).
>
> Acontece lo contrario con el derecho de explotación, que es esencialmente *singular*, debido a que, de entrada, sólo se confiere originariamente a las personas que tengan la calidad de "autor", como se desprende de los artículos 5°, 12 y 26 de la LFDA. Pero además, si un autor X crea la obra Y, el derecho de explotación sobre esa obra únicamente pertenece a X, por lo que, en principio, nadie más puede ser titular de ese derecho concreto y único sobre la obra Y. De ahí que el derecho de explotación sea, en esencia, *excluyente*.
>
> (…)
>
> Entonces, cuando los citados tratados en materia de derechos humanos hacen referencia al derecho de beneficiarse *materialmente* de las obras de las que una persona sea autora, ¿están hablando del derecho de explotación de los autores (al que nuestra ley llama "derecho patrimonial")? No, en realidad está aludiendo a otro derecho diferente, que es el derecho a la protección jurídico-autoral, cuyo alcance es que su titular (toda persona) pueda exigirle al Estado que realice ciertas actividades (e incluso abstenciones) con el fin de que todo individuo pueda obtener beneficios materiales de las obras que llegue a crear (de ser el caso); lo cual es cosa muy diferente a un derecho de controlar una obra concreta y específica, de tipo excluyente y oponible *erga omnes*[8].

Por lo tanto, aunque los derechos de autor no son derechos humanos, existe una íntima relación entre ambas clases de derechos, al grado

[8] De la Parra Trujillo, Eduardo, *Derechos humanos y derechos de autor: las restricciones al derecho de explotación*, 2a. ed., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2015, pp. 373 a 377.

de que, si se viola un derecho de autor se transgrede, a la vez, uno o varios derechos humanos[9].

De hecho, esta visión iusfundamental de los derechos de autor (es decir, entender los derechos de autor como forma de implementar los derechos humanos), nos lleva a comprender muchas de las disposiciones de la LFDA, como la indisponibilidad de los derechos de simple remuneración, el carácter inembargable de los derechos de explotación, el peculiar sistema de contratación de la ley (que puede causar extrañeza desde una concepción decimonónica del Derecho, pero que está plenamente justificado a la luz de los derechos humanos e, incluso, de la Historia del Derecho[10]), y, desde luego, en las muy peculiares disposiciones que regulan la obra creada bajo relación laboral, como veremos más adelante.

Sin embargo, este fenómeno de constitucionalización (y en especial, el fuerte influjo de los derechos humanos en el Derecho Ordinario) no es privativo del Derecho Autoral, sino también puede apreciarse en el Derecho del Trabajo. Precisamente, el alcance de la tutela iusfundamental a los trabajadores es materia de profundos análisis en la presente antología, hechos por plumas mucho más autorizadas que el suscrito (por lo que remitimos a los respectivos artículos para más detalles); bástenos recordar aquí que el referido Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha dedicado sus observaciones generales 18, 19 y 23 a los derechos al trabajo, a la seguridad social, y a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias.

Bajo todo ese influjo de derechos humanos, analizaremos el artículo 84 de la LFDA, mismo que regula las obras creadas en el marco de relaciones de trabajo, para poder comprender la orientación jurídica de tal disposición.

---

[9] Esto lo ha reconocido en diversas ocasiones nuestra Suprema Corte de Justicia de la Nación (en casos sobre restricciones de derechos patrimoniales a favor de discapacitados, derechos morales, regalías, etc.). En el mismo sentido es destacable la sentencia al caso *Palamara Iribarne vs. Chile*, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

[10] *Cfr*. Guibault, Lucie M.C.R., *Copyright limitations and contracts. An analysis of the contractual overridability of limitations on copyright*, La Haya, Kluwer Law International, 2002, p. 143.

II. Introducción a la obra creada bajo relación laboral

No es raro que, en muchas ocasiones, un autor no crea la obra por iniciativa propia, sino por encontrarse en una situación de subordinación. Existen casos en que a un trabajador se le contrata expresamente con el fin de producir obras, así como casos en que, aunque la esencia de sus funciones no sea la creación de obras, llega a generar algunas para cumplir con su empleo.

Al tratarse de situaciones en las que hay una relación laboral, convergen el Derecho del Trabajo y el Derecho Autoral[11], de manera que corresponde a la primera disciplina regular todas las cuestiones propiamente laborales (como las condiciones de trabajo y la remuneración por el esfuerzo), mientras que le corresponde a la segunda normar lo relativo a la titularidad y ejercicio de los derechos de autor que surgen de la creación subordinada de una obra.

De esta forma, corresponderá a la legislación del trabajo regular la duración de la jornada de trabajo, los días de descanso, las condiciones de trabajo, el salario, etc., del autor. En cambio, la LFDA regula todos los temas relativos a la condición de autor que tiene el empleado, incluyendo la situación de la propiedad intelectual que genere.

Ambos enfoques son insoslayables a la luz de los derechos humanos, pues al fin y al cabo, se debe proteger la dignidad del autor-trabajador, tanto en su dimensión laboral, como en su dimensión intelectual. Por ende, hay que revisar la LFDA para ver si su contenido cumple con las exigencias derivadas de los derechos humanos.

---

[11] Delia Lipszyc explica esto como un choque entre dos disciplinas con particularidades propias, pues mientras que en el Derecho Laboral los frutos del trabajo del empleado corresponden al patrón como contraprestación al salario, en materia autoral el derecho moral es inalienable y los contratos sobre derechos de explotación son de interpretación restrictiva. *Cfr*. Lipszyc, Delia, *Derecho de autor y derechos conexos*, Buenos Aires, UNESCO-CERLALC-Zavalía, 1993, p. 146.

III. Técnica legislativa

En Propiedad Industrial, y concretamente en materia de creaciones industriales (sobre todo, patentes), el legislador federal optó por regular la cuestión de los derechos intelectuales en la Ley Federal del Trabajo (LFT), como se aprecia en su artículo 163[12], y no en la Ley de la Propiedad Industrial[13].

En cambio, en materia de derechos de autor, el legislador adoptó otra técnica: regular el tema de los derechos intelectuales de los trabajadores en la propia LFDA, sin remisión a la legislación laboral, como se puede apreciar en su artículo 84:

> Artículo 84.- Cuando se trate de una obra realizada como consecuencia de una relación laboral establecida a través de un contrato individual de trabajo que conste por escrito, a falta de pacto en contrario, se presumirá que los derechos patrimoniales se dividen por partes iguales entre empleador y empleado.
>
> El empleador podrá divulgar la obra sin autorización del empleado, pero no al contrario. A falta de contrato individual de trabajo por escrito, los derechos patrimoniales corresponderán al empleado.

La razón para esta técnica regulatoria (segregación de la LFT), no parece muy clara, y la exposición de motivos de la LFDA es omisa sobre este punto. Quizás valga la especulación de que una reforma a la LFT se antojaba imposible en 1996 (cuando urgía expedir la LFDA para cumplir con diversos compromisos internacionales en materia de propiedad intelectual[14]), incluso para incluir un texto normativo idéntico

---

[12] Dicha disposición establece que si el invento que fue creado por un empleado forma parte del objeto de su relación laboral y se hizo por cuenta de la empresa, entonces el derecho a solicitar la patente corresponde al empleador. Esto también resulta aplicable para el caso de las invenciones creadas en el ámbito universitario.

[13] Debe recordarse que aunque la Propiedad Industrial es un rama de la Propiedad Intelectual, los derechos de autor son ajenos a aquella disciplina jurídica, por lo que no deben confundirse los derechos industriales (como las patentes y las marcas) con los derechos de autor.

[14] Incluyendo el artículo 1705.3.b, del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, el cual establece: "3. Cada una de las Partes dispondrá que para los derechos

al del artículo 84 citado dentro de la ley laboral, por lo que resultaba más práctico que se incluyera en la nueva ley autoral (y así no agitar las aguas del mundo del trabajo).

Lo que sí queda claro, es que el artículo 84 de la LFDA se limita a temas estrictamente autorales, como lo son la determinación de la titularidad de los derechos de autor y el ejercicio de estos; para todo lo demás, aplica la legislación laboral (por ejemplo, para saber si hay o no relación de trabajo, para determinar cómo se integra el salario, para establecer las prestaciones a favor del autor empleado, etc.).

En otro orden de ideas, Obón León critica el artículo 84 de la LFDA e, incluso, obviando las más elementales reglas de técnica jurídica (*lex posteriori* y *lex specialis*) afirma que esa disposición no es aplicable, sino que debe estarse sólo a la LFT, y por ende, estimarse que, *en todo caso*, los derechos patrimoniales pertenecen al empleador, no al autor[15].

Dicha postura es inatendible, pues al expedirse el artículo 84 de la LFDA, fue precisamente el legislador federal quien estimó que, al caso de los autores-trabajadores, no debían aplicarse las mismas reglas que las destinadas a los trabajadores ordinarios y a los trabajadores-inventores, sino normas laborales especiales, diferentes a las de la LFT. Esto no puede ser ignorado, como propone Obón, máxime que el artículo 84 de la LFDA en nada contraviene el artículo 123 constitucional.

Además de que la LFT nunca ha tocado el tema de la titularidad de los derechos autorales (como ya dijimos, los únicos derechos intelectuales que regula, son los relativos a las invenciones y algunas otras creaciones industriales).

En fin, la propuesta de que siempre el autor quede desprovisto *ex lege* de sus derechos patrimoniales, parece contraria a las exigencias de

---

de autor y derechos conexos: … (b) cualquier persona que adquiera y detente esos derechos económicos en virtud de un contrato, *incluidos los contratos de empleo que impliquen la creación de obras* y fonogramas, tenga la capacidad de ejercitar esos derechos en nombre propio y de disfrutar plenamente los beneficios derivados de tales derechos" (énfasis añadido).

[15] Obón León, Juan Ramón, *La publicidad y el derecho de autor*, México, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 48 y 49.

los derechos humanos, pues tratando de brindar la protección más amplia al trabajador, deben distinguirse los supuestos donde el empleador adquiere la titularidad de ciertos derechos de autor, de aquellos casos donde esto no acontece. El artículo 84 de la LFDA hace una distinción de este tipo, como también lo hacen muchas leyes en la legislación comparada.

IV. Distinción con la obra por encargo.

A veces, en la práctica contractual mexicana, se suele confundir (y hasta equiparar) las figuras de la obra por encargo y la obra creada bajo relación laboral, lo cual es un craso error, ya que se trata de instituciones jurídicas con supuestos y consecuencias de Derecho muy diferentes, como veremos a continuación.

Lo que caracteriza la obra bajo relación laboral (art. 84 LFDA) es la existencia de *subordinación*, entendida tradicionalmente como la obediencia a las instrucciones y reglas del patrón (relación jerárquica). De ahí que se reconozca que la dependencia económica es lo que distingue a la obra creada bajo relación laboral respecto de la obra por encargo[16].

Por tal razón, Raquel Evangelio nos refiere que en una obra creada por encargo: "El autor es independiente respecto del comitente. Ésta es una de las notas que permite diferenciar la obra creada por encargo (civil) y la realizada por un autor asalariado"[17].

En este sentido, explica con acierto Serrano Migallón:

> Asimismo; además de la obra hecha mediante contrato de prestación de servicios profesionales, cuyo marco jurídico es netamente civil en sus consecuencias contractuales, la Ley Federal del Derecho de Autor,

---

[16] Chaves, Antonio, "Las obras realizadas por encargo. La figura del autor asalariado – El tema en el derecho de los países latinoamericanos" en VV.AA., *I Congreso iberoamericano de propiedad intelectual. Derecho de autor y derechos conexos en los umbrales del año 2000*, Madrid, Ministerio de Cultura, 1991, t. I, p. 435.

[17] Evangelio Llorca, Raquel, *El encargo de obra intelectual*, Madrid, Dykinson, 2006, p. 28.

> regula la obra hecha bajo relación laboral. En sentido normativo, esta figura se diferencia de la obra hecha por encargo por la naturaleza jurídica que se mantiene en su origen, la relación laboral es una figura jurídica de orden público y de interés social, sus consecuencias no son las mismas que las de un acto jurídico estrictamente civil[18].

En la misma tónica nos indica Fernández-Arias: "En la Ley Federal del Derecho de Autor de México existe una preocupación inicial por enmarcar la situación de excepcionalidad en su previo elemento básico, que es la regulación cierta del establecimiento de una relación laboral"[19].

Esto significa que el régimen jurídico derivado del artículo 84 (obra creada bajo relación de trabajo) de la LFDA es diferente al que surge de los artículos 83 y 83 Bis (obra por encargo) de la misma ley, y por tanto, son mutuamente excluyentes, pues la obra, o se creó bajo relación laboral, o bien se creó bajo una relación civil de prestación de servicios.

Una vez dicho lo anterior, hay que señalar que la relación de trabajo a la que se refiere el artículo 84 de la ley autoral, no puede entablarse entre dos personas morales. Esto no sólo porque, al igual que en las obras por encargo, únicamente las personas físicas pueden ser autores (art. 12 de la LFDA) como consecuencia de que sólo tal clase de personas tienen intelecto para crear una obra, sino también porque, de acuerdo con el artículo 8° de la LFT, sólo son trabajadores las personas físicas[20].

Asimismo, en forma similar a lo que acontece en el encargo de obra, cuando hay relación laboral el empleador no adquiere la calidad de autor o coautor de la obra producida, ya que no la crea por sí mismo (como exige el art. 12 de la ley autoral), sino a través de un trabajador, quien será el verdadero autor.

Sobre el particular, Ricardo Antequera explica con atino:

---

[18] Serrano Migallón, Fernando, *Marco jurídico del derecho de autor en México*, 2a. ed., México, Porrúa / FD / UNAM, 2008, p. 119.

[19] Fernández-Arias Shelly, Carlos, *Derecho sustantivo de autor en las legislaciones de España e Iberoamérica*, Madrid, Colegios Notariales de España, 2003, p. 521.

[20] Sobre lo sujetos de la relación laboral, *véase*, De Buen Lozano, Néstor, *Derecho del trabajo*, 17a. ed., México, Porrúa, 2005, t. I, p. 489.

> Pero resulta que la creación es un acto personal y si bien el autor empleado debe cumplir con sus obligaciones de carácter laboral e incluso recibir instrucciones respecto al género de la obra o a las características generales de la misma, la forma de expresión le es propia y por tanto nadie puede despojarlo de su condición de creador. Si el patrón fuera el creador, no contrataría al autor[21].

Amén de que, en infinidad de casos, el patrón es una persona moral, por lo que jurídica y fácticamente es imposible que cree una obra, y por ende, que tenga la calidad de autor.

V. Situación de los derechos de explotación

Ya que sabemos que la obra creada bajo relación laboral es una figura diferente al encargo de obra, corresponde analizar cuál es el régimen concreto que establece la ley para las creaciones asalariadas. Comenzaremos con los derechos de explotación.

Los derechos de explotación, son aquellos que nuestra LFDA llama "derechos patrimoniales" (art. 24, entre otros) y la Suprema Corte de Justicia de la Nación "derechos de explotación o derechos patrimoniales en sentido estricto"[22]. Conceden la exclusividad en la utilización de la obra (controlar, autorizando o prohibiendo, cual uso público de la producción creada).

Para determinar las consecuencias jurídicas de la creación de obras bajo relación laboral, en sede de derechos de explotación, el artículo 84 de la LFDA distingue entre: *(a)* relaciones laborales derivadas de contrato individual de trabajo, y *(b)* las que tienen otra fuente.

---

[21] Antequera Parilli, Ricardo, "Los grandes principios del derecho de autor y los derechos afines o conexos a la luz de la jurisprudencia comparada y comentarios" en Antequera Parilli, Ricardo, *Estudios de derecho de autor y derechos afines*, Madrid, Reus-Fundación AISGE, 2007, p. 40.

[22] Pleno, "DERECHO A PERCIBIR REGALÍAS POR LA COMUNICACIÓN O TRANSMISIÓN PÚBLICA DE UNA OBRA, CONTENIDO EN EL ARTÍCULO 26 BIS DE LA LEY FEDERAL DEL DERECHO DE AUTOR. SU CONCEPTO", *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XXVI, diciembre de 2007, p. 6.

Cuando hay dicho *contrato individual de trabajo*, se estará a lo que pacten las partes sobre a quién le corresponderán los derechos de explotación. Es decir, dichos acuerdos deben contener una cláusula donde se convenga qué sucederá con los derechos de explotación, siendo lícito señalar que todos esos derechos corresponderán en exclusiva al empleador (lo más común), o al trabajador, o que habrá cotitularidad, o que la reproducción y distribución corresponden al patrón, y la comunicación pública y transformación al empleado, o que se repartan territorios (dentro o fuera del país), etc. Las opciones para el contenido de esta cláusula son amplias y sólo están limitadas por las reglas de contratación de derechos de explotación previstas en la propia LFDA.

Desafortunadamente, el desconocimiento del régimen jurídico de los derechos de autor en el foro mexicano (más propenso a guiarse, en esta materia, por creencias o suposiciones, que por la normatividad en materia de propiedad intelectual), ha llevado a que en la práctica existan pocos contratos individuales de trabajo que contemplen una cláusula de derechos de autor (ya no digamos una cláusula correctamente redactada desde el punto de vista técnico), incluso en industrias donde se generan contenidos creativos para su explotación.

Por el contrario, si no hay pacto expreso sobre derechos de autor en el contrato individual de trabajo, entonces la LFDA establece una *presunción* de que los derechos de explotación se los repartirán 50% el patrón y 50% el autor, es decir, habrá una cotitularidad. Esta situación es algo extraña, y poco común en la legislación comparada, donde lo usual es que esta clase de presunciones sean a favor del empleador[23]. Aunque esto no resulta del todo descabellado a la luz de los derechos humanos,

---

[23] De ahí que algún sector de nuestra doctrina haya criticado esta disposición, como sucede con Solorio, para quien se trata de una regla muy estricta. *Cfr.* Solorio Pérez, Óscar Javier, *Derecho de la propiedad intelectual*, México, Oxford University Press, 2010, p. 267.
Asimismo, Caballero y Jalife critican el art. 84, pues en su opinión a las obras bajo relación laboral deberían aplicar las mismas consecuencias jurídicas que a las obras por encargo. *Véase.* Caballero Leal, José Luis, y Jalife Daher, Mauricio, "Comentarios a la Ley Federal del Derecho de Autor" en *Legislación de derechos de autor*, México, Sista, 1998, pp. IX y X.

máxime que ante el silencio busca apoyar al creador. De hecho, es posible detectar aquí el influjo iusfundamental el derecho humano a la protección jurídico-autoral, así como de los derechos humanos laborales.

La última hipótesis que contempla el artículo 84 de la LFDA, es el caso de que la *relación de trabajo no derive de contrato individual*[24], al cual no resultan aplicables las consecuencias jurídicas del primer párrafo del artículo en comento. Por lo que, en este supuesto, los derechos de explotación siguen correspondiendo al autor, como se puede apreciar *in fine* en el citado artículo.

Así, la "importancia de la existencia del contrato individual de trabajo por escrito aparece cuando en su carencia se otorgan los derechos patrimoniales al empleado"[25].

Esto, además de implicar una situación muy tuitiva para el trabajador, es congruente con el artículo 30 de ley autoral, mismo que establece que toda transmisión de derechos de explotación debe constar por escrito. Por lo tanto, si no hay contrato individual de trabajo por escrito, no hay transmisión (parcial o total) del derecho de explotación al empleador, ni siquiera de forma presuntiva.

Ahora bien, si es el contrato colectivo de trabajo el que contiene la cláusula de derechos de autor, tal pacto es inocuo y no privará de derecho alguno al autor, pues como claramente determina el artículo 84 de la LFDA, la disposición de derechos de autor debe pactarse en un contrato individual de trabajo.

---

[24] Como es sabido, puede haber relación de trabajo sin que exista contrato individual, pues la teoría adoptada por nuestra LFT es que la relación laboral es fuente de derechos del trabajador, con independencia del acto o causa que le dio origen. *Cfr.* De la Cueva, Mario, *El Nuevo derecho mexicano del trabajo*, México, 21a. ed., Porrúa, 2007, t. I, pp. 181 y ss.
En el mismo sentido, nos refiere el profesor Dávalos: "Basta con que se preste el servicio para que nazca la relación laboral; esto quiere decir que puede existir relación de trabajo sin que exista previamente un contrato de trabajo (…) Es suficiente con que se dé la prestación de un trabajo personal y subordinado para que exista la relación de trabajo (…) El derecho del trabajo no protege los acuerdos de voluntades, sino al trabajo mismo". Dávalos, José, *Derecho individual del trabajo*, México, 12a. ed., Porrúa, 2002, p. 101.

[25] Fernández-Arias Shelly, Carlos, *op. cit.*, p. 521.

Podemos sintetizar y esquematizar lo anterior de la siguiente forma:

Supuesto normativo	Consecuencia jurídica
1) Existe contrato individual de trabajo y contiene una cláusula de derechos de autor.	Los derechos de explotación corresponderán de la forma en que lo hayan acordado las partes (pudiendo ser una cesión expresa de derechos).
2) Existe contrato individual de trabajo, pero no contiene pacto sobre los derechos de autor.	Aplica la presunción legal de cesión, donde el empleador adquiere el 50% de los derechos de explotación, y el autor conserva el resto.
3) No hay contrato individual de trabajo, pero sí hay relación laboral.	El autor conserva todos los derechos de explotación.

En la práctica, dado el desconocimiento de la materia, predominan las hipótesis normativas marcadas como 2 y 3 en el cuadro, por lo que lo más común es que los empleadores no puedan explotar las obras (incluso aunque hayan encomendado y pagado su creación) sin la concurrencia de la voluntad del trabajador, quien conserva la totalidad (o al menos la mitad) de los derechos de explotación sobre las obras.

Una vez explicado lo anterior, pasemos a analizar la naturaleza jurídica del acto por el que el empleador adquiere la totalidad o parte de los derechos de explotación, para después revisar qué sucede con el resto de derechos de autor en una obra creada bajo relación laboral.

VI. Titularidad derivada del empleador

A pesar de que, en forma muy similar a lo que acontece con el encargo de obra, muchos piensan que en la obra bajo relación laboral hay una titularidad *originaria* del derecho de explotación a favor del patrón[26]. Esto no es del todo cierto. En realidad, en todo caso en que el

[26] Por ejemplo, Cárdeno Shaadi, José Ramón, *Las patentes de* software, México, Porrúa, 2013, p. 221; Pizarro Macías, Nicolás, *El derecho de autor*, México, Lito Grapo, 2009, p. 29; y Schmidt Ruiz del Moral, Luis, "Comentario al artículo 26" en Ortíz

patrón adquiera derechos de explotación (ya sea por pacto expreso o por presunción de obtención del 50% de los derechos), estamos ante una titularidad *derivada*, pues nada de lo contenido en el artículo 84 de la LFDA contraviene lo dispuesto por el artículo 26 de la misma ley[27]. El autor-trabajador es *siempre* el titular originario[28].

En efecto, si en el contrato individual de trabajo hay una cláusula donde se pacte la transmisión de los derechos de explotación a favor del patrón, estamos frente a una hipótesis de *cesión expresa*, en donde el empleador es el adquirente o titular derivado del derecho de explotación. De igual forma, si hay contrato individual, pero nada dice sobre los derechos de autor, aplica la presunción del artículo 84 de la LFDA, lo que es una *presunción legal de cesión*[29], como ha reconocido, incluso, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación[30].

Lo anterior se confirma con la redacción del artículo 229, fracción I, de la LFDA, que indica lo siguiente:

> Artículo 229.- Son infracciones en materia de derecho de autor:
> I.- Celebrar el editor, empresario, productor, *empleador*, organismo de radiodifusión o licenciatario un *contrato que tenga por objeto la transmisión* de derechos de autor en contravención a lo dispuesto por la presente Ley; (énfasis añadido).

Bahena, Miguel Ángel (coord.), *Ley Federal del Derecho de Autor comentada por la Asociación Mexicana para la Protección de la Propiedad Intelectual (AMPPI)*, México, Porrúa-AMPPI, 2017, p. 101.

[27] Mismo que determina: "El autor es el titular originario del derecho patrimonial y sus herederos o causahabientes por cualquier título serán considerados titulares derivados".

[28] De la Parra Trujillo, Eduardo, *Introducción al derecho intelectual*, México, Porrúa-Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2014, p. 79.

[29] Estamos frente a un caso donde, al regular la relación laboral de los autores, las leyes "como una fórmula de excepción, establecen un régimen de presunción iuris tantum de cesión de derechos patrimoniales al patrono (en forma total o parcial, según cada texto), respecto a las obras creadas en cumplimiento de un contrato laboral". Antequera Parilli, Ricardo, *op. cit.*, p. 40.

[30] "En relación con la *presunción legal de cesión*, se trata simplemente de casos en donde la ley respectiva establece, salvo pacto en contrario, una presunción legal de titularidad de los derechos patrimoniales a favor de la persona que ha producido o comisionado la realización de una obra determinada, tal como podría ser (…) en algunos otros casos, las obras producto de una relación laboral". Sentencia de 16 de abril de 2007, contradicción de tesis 25/2005, pp. 28 y 29.

Si, según la disposición transcrita, los empleadores celebran contratos (obviamente laborales, dada su condición de "empleador") cuyo objeto es la transmisión de derechos de autor, es claro que los contratos individuales de trabajo a los que se refiere el artículo 84, son contratos en los que se transmiten derechos (y por ende, deben respetarse todas las reglas relativas a esas transmisiones previstas en la ley autoral, como la temporalidad y la onerosidad). Como consecuencia, no puede hablarse de una titularidad originaria del empleador, sino que este siempre será un cesionario o transmisionario.

La titularidad derivada del patrón no implica nada del otro mundo y es acorde con los principios de derechos humanos que rigen la creación intelectual, pues como bien explica Rahmatian, en los sistemas de *droit d'auteur* (como México), existe una reticencia en conceder titularidad originaria de los derechos al empleador, sino que se tienen que transferir esos derechos mediante la celebración de un acto jurídico o de una presunción[31], pero es claro que el patrón adquiere una titularidad derivada.

Como bien explica Delia Lipszyc:

> En general, en los países de tradición jurídica latina la adhesión al principio según el cual el autor es la persona física que crea la obra impide que la titularidad originaria del derecho de autor pueda ser atribuida al empleador aunque, salvo estipulación en contrario, se produzca una transferencia inmediata de derechos en favor de este último; pero el derecho moral sigue perteneciendo al autor[32].

Asimismo Bracamonte Ortiz refiere que:

> "A falta de estipulación contractual expresa, algunas legislaciones contemplan la presunción que los derechos patrimoniales sobre la obra han sido cedidos al patrono o comitente en forma no exclusiva y en la medida necesaria para sus actividades habituales en la época de la creación"[33].

---

[31] Rahmatian, Andreas, "Dealing with rights in copyright-protected works: assignments and licenses" en Derclaye, Estelle (coord.), *Research handbook on the future of EU Copyright*, Reino Unido, Edward Elgar, 2009, p. 294.

[32] Lipszyc, Delia, *op. cit.*, p. 146.

[33] Bracamonte Ortiz, Guillermo, "Las obras creadas por encargo y/o relación la-

En otro orden de ideas, para que la titularidad derivada del empleador se consolide, no basta la existencia de un contrato individual de trabajo (y su respectiva cláusula de derechos de autor o presunción legal de cesión parcial), sino que, por tratarse de obras futuras, les resulta aplicable el artículo 34 de la LFDA[34], y por lo tanto, debe haber uno o varios documentos adicionales donde se detallen las características de las obras materia de la relación de trabajo[35], conservando el autor los derechos de las obras que haya creado y no le hayan sido solicitadas expresamente por el empleador.

Lo anterior encuentra plena justificación en materia de derechos humanos, pues busca evitar la servidumbre intelectual, y la apropiación por parte de un tercero de la totalidad de su producción creativa.

Es por eso que, para evitar la indeterminación del objeto del contrato y para impedir que el autor sufra abusos, la LFDA impone el requisito plasmar las características de la obra en el contrato (sea laboral o de encargo de obra). Desde luego, la seguridad jurídica también es para el empleador que encarga la obra, ya que el autor incumpliría el contrato si entrega una creación con características diferentes a las solicitadas.

Lo anterior es claramente referido por el Cuarto Tribunal Colegiado del Primer Circuito en Materia Civil, al resolver el caso "Denise Dresser" y explicar el artículo 34 de la ley autoral:

> "La finalidad de este precepto consiste en garantizar la seguridad jurídica de ambas partes, pero en especial de los autores, ya que de no establecerse las características correspondientes, correrían el riesgo de que el contratista se apropiara de una obra diversa a la pactada"[36].

---

boral" en VV.AA., *Derecho de autor y derechos conexos. Memorias del IV Congreso Iberoamericano*, Panamá, OMPI-Ministerio de Educación de Panamá, t. II, 2004, p. 615.

[34] Mismo que ordena: "La producción de obra futura sólo podrá ser objeto de contrato cuando se trate de obra determinada cuyas características deben quedar establecidas en él. Son nulas la transmisión global de obra futura, así como las estipulaciones por las que el autor se comprometa a no crear obra alguna".

[35] "Esta situación supone que el autor asalariado va creando las obras a medida que el empleador se las solicita". Pastrana Berdejo, Juan David, *Derechos de autor*, México, Flores, 2008, p. 95.

[36] Sentencia de 23 de noviembre de 2018, dictada en el amparo directo 742/2018, p 98.

Y el hecho de que un empleador haya contratado a un autor (incluso por tiempo indeterminado), no le da derecho de apropiarse de todas las obras que genere el autor mientras dure la relación de trabajo; sino que sólo podrá hacerlo -y con los alcances del artículo 84- respecto de las obras cuyas características hayan quedado previamente establecidas por escrito.

VII. Situación de los derechos de remuneración

Son derechos de simple remuneración aquellos que, sin dar control sobre lo usos de una obra (no generan un derecho de autorizar o prohibir), sólo permiten cobrar una cantidad de dinero cuando se realicen ciertas utilizaciones de las obras o actos relativos a las mismas. En México, sólo existen dos derechos de autor dentro de esta categoría: el derecho de regalías por comunicación pública (a. 26 Bis) y el *droit de suite* (art. 92 Bis); aunque existen varias iniciativas para incluir el derecho de remuneración por copia privada.

La LFDA nada dice sobre lo que sucede con los derechos de simple remuneración cuando la obra se crea en el marco de una relación laboral, por lo que no hay particularidad alguna.

Así, por lo que hace al *droit de suite*, este pertenecerá siempre al autor y no podrá ser transmitido al empleador, dado su carácter intransmisible por actos entre vivos, derivado del artículo 92 Bis de la LFDA.

Por lo que se refiere al derecho de regalías por comunicación pública, este corresponde originariamente al autor, y sólo podrá ser transmitido *inter vivos* mediante documento en donde el autor exprese indubitablemente su voluntad de transmitir ese derecho en particular[37]. Ante el silencio en el contrato individual de trabajo, el derecho de regalías es conservado por el autor-trabajador.

VIII. Situación de los derechos morales

[37] Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, "D*erecho a percibir regalías por la comunicación o transmisión pública de una obra por cualquier medio, contenido en el artículo 26 bis de la ley federal del derecho de autor. Es transmisible a terceros en vida del autor*", tesis P./J. 103/2007, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XXVI, diciembre de 2007, p. 7.

Se trata de ciertos derechos que protegen la personalidad del autor plasmada en su obra; principalmente el derecho de paternidad/maternidad (que se le conceda al autor un crédito o se le reconozca como creador de la obra) y el derecho de integridad (que no se modifique la obra sin permiso del autor). Se trata de derechos irrenunciables e intransmisibles.

Al respecto, cabe señalar que la protección a todos los derechos morales de los autores no desaparece por el hecho de que la obra hubiese surgido en el seno de una relación de trabajo, por lo que tales derechos deben ser siempre respetados, incluso (y quizás, principalmente) por el empleador.

Empero, el multicitado artículo 84 de la LFDA contempla una regla sobre la divulgación[38], en el sentido de que el patrón podrá realizar esa primera difusión al público sin permiso del trabajador, pero no al revés.

Una forma sensata de explicar esa disposición (tomando en cuenta los derechos humanos involucrados), sería entender que el autor conserva su derecho moral de divulgación, pero se presume que autoriza al patrón la divulgación. Sin embargo, esa interpretación se topa con el obstáculo de que el empleador puede prohibir la divulgación al autor, lo que parece indicar que el patrón tiene un derecho de divulgación propio, lo cual no hace mucho sentido a la luz de los derechos humanos (incluida la libertad de expresión o derecho a la información) y la Teoría General del Derecho Autoral.

Esto es criticable, pues se tuerce la figura de los derechos morales, y nos plantea diversas interrogantes jurídicas (similares a las que genera el artículo 83 en sede de encargo de obras, y que también son contrarias a derechos humanos, en particular a la protección de los intereses morales de los autores derivada del artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales).

---

[38] Acto por el que la obra se hace del conocimiento público por primera vez, con lo que deja de ser inédita.

IX. Las llamadas "obras al servicio oficial"

En otro orden de ideas, cabe mencionar que el artículo 84 de la legislación autoral se refiere a *toda clase de relaciones laborales*, sin distinguir si el patrón es un particular o si es el Estado; y donde la norma no distingue, nosotros no debemos distinguir. Por lo tanto, es de concluirse que las cuestiones autorales derivadas de relaciones laborales en las que se prestan servicios al Estado, se rigen por el artículo 84 de la LFDA.

Sin embargo, y en forma inconstitucional, el Reglamento de la LFDA estableció reglas especiales respecto de obras creadas al servicio oficial, como se puede constatar en su artículo 46, que a la letra reza:

> Artículo 46.- Las obras hechas al servicio oficial de la Federación, de los estados o los municipios, se entienden realizadas en los términos del artículo 83 de la Ley, salvo pacto expreso en contrario en cada caso.

Y decimos que es inconstitucional esa disposición, porque contradice abiertamente al artículo 84 de la LFDA (que porfiamos, aplica a toda clase de relación laboral), pues la ley autoral, mediante normas de orden público (a. 2°), ordena que las obras creadas bajo una relación de trabajo (incluyendo aquellas en las que el patrón es el Estado o alguno de sus órganos) se rijan, invariablemente, por su artículo 84. Mientras que el Reglamento de la LFDA dice lo contrario: que las obras creadas en una relación de "servicio oficial" a favor del Estado se rigen por artículo 83 (obra por encargo u honorarios), no por el 84 (obra creada bajo relación de trabajo).

Los reglamentos no pueden contradecir la ley y manosear las hipótesis normativas previstas por el legislador[39]. Si el legislador determinó

[39] Son de sobra conocidas las críticas a muchas disposiciones del Reglamento de la LFDA. Al respecto, resultan claras las palabras de Horacio Rangel: "Expertos del foro mexicano convienen en que muchas de las disposiciones del nuevo Reglamento difícilmente pueden calificarse de disposiciones reglamentarias en estricto sentido, pues no están vinculadas con alguna disposición del ordenamiento principal que deba ser reglamentada. Por el contrario, se trata de disposiciones legales que deberían ocupar un lugar en la Ley y que al no haber sido incorporadas por el Congreso en el ordenamiento principal, a los redactores del Reglamento les ha parecido pertinente

que toda clase de obras creadas bajo relación laboral se regirían por el artículo 84 de la LFDA, no puede venir el Ejecutivo Federal e introducir, vía reglamento, una excepción no prevista por el legislador para excluir del artículo 84 (y mandar al artículo 83) una serie de casos que por ley deben regularse por tal artículo.

En tal tenor, refieren Hurtado y Romero:

> En este sentido, tendríamos que analizar la validez de dicha disposición toda vez que el supuesto normativo que prevé, no se encuentra regulado en la LFDA, por lo que parecería que al momento en que dicha figura se reconoció en el Reglamento, se generó una excepción a la regla general contenida en el artículo 84 de la LFDA, vinculada con las reglas aplicables a las obras realizadas como consecuencia de una relación laboral"[40].

Dada la jerarquía normativa, estimamos que a las relaciones de trabajo de los autores al servicio del Estado se les debe aplicar el artículo 84 de la LFDA y no el artículo 46 del Reglamento de la LFDA.

Incluso por la vía del control difuso *ex officio*, las autoridades deben inaplicar el artículo reglamentario, y aplicar la LFDA, por contener una disposición más acorde con los derechos humanos, y en especial, con los principios constitucionales (incluyendo el alcance de la facultad reglamentaria).

La única forma de salvar la validez del artículo 46 del Reglamento de la LFDA, sería hacer una interpretación conforme con la Constitución, y entonces, concluir que "obra al servicio oficial" no es la obra creada por los trabajadores del Estado (relación laboral), sino la comisionada por el Estado a particulares (relación civil-administrativa), es

introducirlas a la legislación autoral a través de su incorporación en el articulado del Reglamento. Este proceder ha sido objeto de todo tipo de comentarios, lo mismo de practicantes que de estudiosos". Rangel Ortiz, Horacio, "El Reglamento de 1998 a la Ley Federal del Derecho de Autor de 1996", *Ars Iuris*, México, UP, núm. 19, 1998, pp. 451 y 452.

[40] Hurtado Buendía, Raymundo René, y Romero Güemez, Marco Antonio, "Repositorios de acceso abierto, derechos de autor y transparencia. De la práctica a la ley, el caso de la Universidad de Guadalajara, México", *Boletín informativo*, Instituto Interamericano del Derecho de Autor, Buenos Aires, marzo 2017, p. 20.

decir, una obra por encargo regida por artículo 83. Y por lo tanto, las obras creadas por servidores públicos se regirían, como debe ser, por el artículo 84 de la LFDA.

X. Software creado bajo relación laboral

El artículo 84 de la LFDA regula las cuestiones autorales de todas las obras creadas bajo relación laboral, con excepción de las obras audiovisuales (que se rigen por el contrato de producción audiovisual, figura especial que deroga a la general del artículo 84) y de los programas de cómputo, pues estos últimos cuentan con un *régimen laboral especial* previsto en el artículo 103 de la ley:

> Artículo 103.- Salvo pacto en contrario, los derechos patrimoniales sobre un programa de computación y su documentación, cuando hayan sido creados por uno o varios empleados en el ejercicio de sus funciones o siguiendo las instrucciones del empleador, corresponden a éste.
> Como excepción a lo previsto por el artículo 33 de la presente Ley, el plazo de la cesión de derechos en materia de programas de computación no está sujeto a limitación alguna.

El artículo 84 de la LFDA contiene la norma general que regula la titularidad del derecho de explotación cuando la obra es producto de una relación laboral en la que el autor es el empleado. Según dicho artículo, como ya vimos, hay que distinguir si existe o no contrato individual de trabajo por escrito. En caso de que exista tal contrato, el derecho de explotación corresponde por partes iguales al trabajador y al patrón, salvo pacto en contrario. Pero si no existe contrato individual por escrito, entonces el derecho de explotación corresponde en su totalidad al trabajador.

Sin embargo, este artículo 103 contempla una norma especial en la materia, y por lo tanto, deroga el contenido del artículo 84, que prevé la norma general. De esta forma, el artículo 84 no será aplicable para determinar la titularidad del derecho de explotación en materia de pro-

gramas de cómputo[41].

Un primer elemento de análisis respecto de este artículo 103, es que el mismo presupone para su aplicación la existencia de una relación laboral, pues habla de "empleado" y de "empleador", además de que se refiere a que el programa haya sido creado por el empleado "en ejercicio de sus funciones o siguiendo las instrucciones del empleador", lo que configura el elemento esencial de la relación de trabajo: la subordinación[42].

Ahora bien, a diferencia del artículo 84, al artículo 103 no le importa que la relación de trabajo haya surgido como consecuencia de un contrato individual de trabajo o de cualquier otra fuente, pues lo relevante para que se aplique esta norma es la existencia de una relación laboral, sin importar el origen de la misma.

La consecuencia jurídica de que el programa de cómputo haya sido creado dentro del marco de una relación del trabajo, es que la titularidad del derecho de explotación corresponderá al patrón (a diferencia del artículo 84, donde si no hay pacto expreso en ese sentido, al empleador sólo le correspondería la mitad del derecho de explotación e, incluso, nada, según si hubo o no contrato individual de trabajo).

Empero, esta titularidad se califica como derivada, ya que el patrón no es el autor del programa, y sólo los autores pueden ser titulares originarios, como se desprende de la interpretación conjunta de los artículos 12 y 26 de la LFDA.

Así, lo que sucede en materia de programas de cómputo, es que al momento de crearse el programa, el derecho de explotación pertene-

---

[41] Postura contraria asume Cárdeno, pues según él, el artículo 103 debe ser interpretado a la luz del 84. *Cfr.* Cárdeno Shaadi, José Ramón, *op. cit.*, p. 221.
Discrepamos de tal forma de pensar, pues como se explica a continuación, es claro que el artículo 103 contempla consecuencias jurídicas diferentes al artículo 84 (en el primero, ante el silencio de las partes, se presume que el titular de los derechos de explotación es el empleador; en el segundo, por el contrario, se dividen en porciones iguales entre autor y patrón), de manera que hay una norma especial que deroga a la general.

[42] Recuérdese el contenido del art. 20 de la LFT, que en su primer párrafo señala: "Se entiende por relación de trabajo, cualquiera que sea el acto que le dé origen, la prestación de un trabajo personal subordinado a una persona, mediante el pago de un salario".

ce al autor, pues él es el titular originario en términos del artículo 26, pero después, *ipso iure*, el derecho se transmite a favor del patrón, para quedarse él con tal derecho en términos del artículo 103, adquiriendo la calidad de "titular derivado". Este es el resultado de interpretación armónica de los artículos 12, 26 y 103 de la LFDA.

De esta manera, el patrón adquiere la titularidad del derecho de explotación mediante una *transmisión presuntiva* como consecuencia de lo dispuesto por el artículo 103. Pero al tratarse de una transferencia de este derecho, en principio pudiera pensarse que resulta aplicable el artículo 33 de la LFDA, que señala como norma general que cualquier transmisión del derecho pecuniario no puede exceder 15 años; sin embargo, como explicamos más adelante, el artículo 103 contempla una excepción y permite acordar un plazo mayor. Y esta es otra diferencia respecto del régimen general de obras creadas bajo relación laboral (art. 84 de la LFDA), en donde el plazo máximo de cesión a favor del empleador no puede exceder, como regla general, de 15 años (arts. 30, 33 y 34 de la LFDA).

Cabe señalar que lo dispuesto en el artículo admite pacto en contrario, es decir, en el contrato individual (o colectivo) de trabajo se podrá acordar la titularidad del derecho de explotación en forma diferente a la prescrita en este artículo 103. Por lo tanto, se puede pactar, por ejemplo, que el derecho de explotación pertenezca en un 30% al programador o programadores y en un 70% al patrón, o que ese derecho les pertenezca por partes iguales, etc. Las posibilidades quedan abiertas al fruto de la negociación, aunque en la práctica se antoja difícil que el empleador acepte celebrar un contrato en el que la titularidad del derecho de explotación se determine en forma diferente a lo prescrito por el artículo en comento. La única opción viable de ejercer esta posibilidad de pactar en contrario, parece ser a través de la presión que eventualmente pueda ejercer el sindicato de una empresa a través de los medios jurídicamente permitidos en la LFT.

XI. Conclusiones

Como pudimos constatar, el régimen tutelar de los derechos humanos incide en la forma en que LFDA regula la creación de obras bajo relación. Empero, el influjo más fuerte parece venir del derecho humano a la protección jurídico-autoral, y no tanto por los derechos humanos laborales, como incluso señala el legislador en la exposición de motivos de la ley autoral: Nuestro país participa, desde hace más de medio siglo, de la convicción universal de que la participación de las personas en la vida cultural de su país *constituye un derecho humano* y que, por lo tanto, *el Estado está obligado a protegerlo y garantizarlo* adecuadamente en los llamados *derechos morales y patrimoniales*. (Énfasis añadido).

Incluso, esto podría confirmarse por el hecho de que los derechos humanos laborales estarían presentes tanto en la regulación del trabajo creativo tanto en materia de Propiedad Industrial como de Derecho Autoral, pero sólo en este último caso una protección más robusta a favor del trabajador, lo que podría deberse a la irradiación del derecho humano a la protección jurídico-autoral, y no tanto a los derechos humanos laborales (que ni habrán reforzado tanto la posición jurídica de inventores asalariados). Empero, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su referida Observación General 17, señala que el referido derecho humano no aplica sólo a autores, sino también a inventores, por lo que tanto en el Derecho Patentario como en el Autoral, el influjo de los derechos humanos laborales debería estar reforzado por el derecho humano a la protección jurídico-autoral.

Quizás la explicación del diferente tipo de regulación pueda dárnosla la Sociología Jurídica y, sobre todo, la Historia del Derecho, pues puede especularse que en el año 1996, tanto en derecho humano a la protección jurídico-autoral como los derechos humanos laborales, fueron tomados en cuenta por el legislador para redactar la LFDA; y que en cambio, en 1970, al crearse la LFT, no se tomaron en consideración los mandatos y obligaciones derivados de los derechos humanos laborales. Sólo un serio estudio con base al método histórico, nos podrá corroborar esta especulación.

Pero lo que sí es cierto, es que dada la postura ideológica del legislador de 1996, la LFDA contempla una protección al autor-trabajador con fuerte influencias de los derechos humanos, lo cual se ve reflejado en la regulación de la obra creada bajo relación laboral.

Bibliografía

ACOSTA ROMERO, Miguel, "El derecho intelectual y las partes que lo integran", *Revista mexicana del derecho de autor*, México, SEP, año III, núm. 11, julio-diciembre 1992.

ANTEQUERA PARILLI, Ricardo, "Los grandes principios del derecho de autor y los derechos afines o conexos a la luz de la jurisprudencia comparada y comentarios" en ANTEQUERA PARILLI, Ricardo, *Estudios de derecho de autor y derechos afines*, Madrid, Reus-Fundación AISGE, 2007.

BRACAMONTE ORTIZ, Guillermo, "Las obras creadas por encargo y/o relación laboral" en VV.AA., *Derecho de autor y derechos conexos. Memorias del IV Congreso Iberoamericano*, Panamá, OMPI-Ministerio de Educación de Panamá, t. II, 2004.

CABALLERO LEAL, José Luis, y JALIFE DAHER, Mauricio, "Comentarios a la Ley Federal del Derecho de Autor" en *Legislación de derechos de autor*, México, Sista, 1998.

CÁRDENO SHAADI, José Ramón, *Las patentes de* software, México, Porrúa, 2013.

CHAVES, Antonio, "Las obras realizadas por encargo. La figura del autor asalariado – El tema en el derecho de los países latinoamericanos" en VV.AA., *I Congreso iberoamericano de propiedad intelectual. Derecho de autor y derechos conexos en los umbrales del a*ño 2000, Madrid, Ministerio de Cultura, 1991, t. I.

DÁVALOS, José, *Derecho individual del trabajo*, México, 12a. ed., Porrúa, 2002.

DE BUEN LOZANO, Néstor, *Derecho del trabajo*, 17a. ed., México, Porrúa, 2005, t. I.

DE LA CUEVA, Mario, *El Nuevo derecho mexicano del trabajo*, México, 21a. ed., Porrúa, 2007, t. I.

DE LA PARRA TRUJILLO, Eduardo, *Derechos humanos y derechos de autor: las restricciones al derecho de explotación*, 2a. ed., México, IIJ-UNAM, 2015.

----------, *Introducción al derecho intelectual*, México, Porrúa / IIJ-UNAM, 2014.

EVANGELIO LLORCA, Raquel, *El encargo de obra intelectual*, Madrid, Dykinson, 2006.

FARELL CUBILLAS, Arsenio, *El sistema mexicano de derechos de autor (apuntes monográficos)*, México, Ignacio Vado, 1966.

FERNÁNDEZ-ARIAS SHELLY, Carlos, *Derecho sustantivo de autor en las legislaciones de España e Iberoamérica*, Madrid, Colegios Notariales de España, 2003.

GEIGER, Christophe, "The constitutional dimension of intellectual property" en TORREMANS, Paul L.C. (coord.), *Intellectual property and human rights*, La Haya, Wolters Kluwer, 2008.

GUIBAULT, Lucie M.C.R., *Copyright limitations and contracts. An analysis of the contractual overridability of limitations on copyright*, La Haya, Kluwer Law International, 2002.

HURTADO BUENDÍA, Raymundo René, y ROMERO GÜEMEZ, Marco Antonio, "Repositorios de acceso abierto, derechos de autor y transparencia. De la práctica a la ley, el caso de la Universidad de Guadalajara, México", *Boletín informativo*, Instituto Interamericano del Derecho de Autor, Buenos Aires, marzo 2017.

LIPSZYC, Delia, *Derecho de autor y derechos conexos*, Buenos Aires, UNESCO-CERLALC-Zavalía, 1993.

LOREDO HILL, Adolfo, *Derecho autoral mexicano*, México, 2a. ed., Jus, 1990.

OBÓN LEÓN, Juan Ramón, *La publicidad y el derecho de autor*, México, Tirant lo Blanch, 2013.

PASTRANA BERDEJO, Juan David, *Derechos de autor*, México, Flores, 2008.

PIZARRO MACÍAS, Nicolás, *El derecho de autor*, México, Lito Grapo, 2009.

RAHMATIAN, Andreas, "Dealing with rights in copyright-protected works: assignments and licenses" en DERCLAYE, Estelle (coord.), *Research handbook on the future of EU Copyright*, Reino Unido, Edward Elgar, 2009.

RANGEL MEDINA, David, *Derecho intelectual*, México, McGraw-Hill / IIJ-UNAM, 1998.

RANGEL ORTIZ, Horacio, "El Reglamento de 1998 a la Ley Federal del Derecho de Autor de 1996", *Ars Iuris*, UP, núm. 19, México, 1998.

SCHMIDT RUIZ DEL MORAL, Luis, "Comentario al artículo 26" en ORTÍZ BAHENA, Miguel Ángel (coord.), *Ley Federal del Derecho de Autor comentada por la Asociación Mexicana para la Protección de la Propiedad Intelectual (AMPPI)*, México, Porrúa-AMPPI, 2017.

SERRANO MIGALLÓN, Fernando, *Marco jurídico del derecho de autor en México*, 2a. ed., México, Porrúa / FD-UNAM, 2008.

SOLORIO PÉREZ, Óscar Javier, *Derecho de la propiedad intelectual*, México, Oxford University Press, 2010.

LA JURISPRUDENCIA EN MÉXICO, AXIOMA DE LOS DERECHOS HUMANOS LABORALES

José Alfonso Aparicio Velázquez[1*]

SUMARIO: *Resumen.* I. *Introducción*. II. *Cualidades de la jurisprudencia laboral en México*. III. *Consideraciones finales. Bibliografía.*

Resumen: La jurisprudencia es una fuente inagotable dentro del mundo del derecho, y de modo particular en la materia laboral, la cual puede encontrar su valor y utilidad a través de la preponderancia de su contenido, en su potencialidad para convertirse una resolución de carácter jurisprudencial y en la regulación que modula. El entendimiento de esta pasa por conocer las reglas de creación según se trate de una jurisprudencia en estricto sentido o en sentido amplio, las que pueden tener un efecto "directo" o "reflejo" sobre la materia laboral, y que a su vez guardan distintos grados de obligatoriedad según se trate de aquellas de carácter nacional o internacional en sus diversas variantes. Por ello, con las reformas laborales y con la actual relevancia de los derechos humanos laborales, se vislumbra la generación de nuevas discusiones legales y constitucionales en los operadores laborales, que definan una nueva jurisprudencia, bajo la premisa de que hay y habrá normas con temáticas que antes no eran previstas en el marco jurídico y que deberán ser cuestionadas frente a la Constitución.

I. Introducción

La presente colaboración pretende ser una aportación al derecho del trabajo, en dos direcciones: su historia (antecedentes) y el derecho positivo (vigente). Escenario que, a mi consideración, resulta un emblema

[1*] Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM).

de la homenajeada[2] en esta obra colectiva. Por un lado, la Doctora Patricia Kurczyn Villalobos constituye una referencia del ius-laboralismo académico en México y, por otro, sus aportaciones como Profesora universitaria y mediante sus resoluciones como funcionaria de la transparencia resultan una fuente laboral vigente.

En el presente texto se describe y analiza los criterios (precedentes) laborales emitidos por las autoridades, que *per sé* implica descifrar parte de la historiografía y, a su vez, la práxis actual del derecho del trabajo en México.

Tal es la empresa del artículo, que se tendrá que discriminar y prescindir de muchas referencias y citas importantes de jurisprudencia, debido a la obligada reducción que priva en todo trabajo académico. Priorizándose una explicación de lo que, a juicio de quien escribe, representa la utilidad y categorización propia de la jurisprudencia laboral, con el fin de generar una propuesta metodológica para evaluar la evolución (o in-volución, según se vea) de nuestro derecho social. No obstante, en el apéndice del presente texto se presentan criterios y jurisprudencia relevantes en la materia.

En primer término, se analizará la jurisprudencia nacional; es decir, la emanada de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en Pleno y Salas (hoy dos, y antes con Ministros "numerarios" y "supernumerarios" con una sala auxiliar)[3] y más recientemente, en las últimas décadas, por los Plenos de Circuito,[4] Tribunales Colegiados de Circuito,

---

[2] Soy testigo personal y agradecido con la generosidad de su ejemplo y apoyo académico. Y este texto una forma más para retribuirlo.

[3] El 19 de febrero de 1951 se previó la existencia de los ministros "supernumerarios" que integrarían la sala auxiliar del máximo tribunal y se crean los Tribunales Colegiados de Circuito, encargados de resolver ciertos amparos directos y revisión de indirectos. Para más información del tema: *Cfr.* Fix-Zamudio, Héctor y Cossío Díaz, José Ramón, *El Poder Judicial en el ordenamiento jurídico mexicano*, México, Fondo de Cultura Económica, 1996, pp. 155-158.

[4] Por decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el seis de junio de dos mil once se reformaron, entre otros, los artículos 94 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, estableciéndose los Plenos de Circuito para fortalecer al Poder Judicial de la Federación y como un reconocimiento a los integrantes de los tribunales colegiados de Circuito, conformadores efectivos de los criterios de in-

Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Tribunal Superior Agrario, Tribunal de Justicia Administrativa y algunos tribunales del fuero local; como también la jurisprudencia emanada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, considerada parte de un bloque de derecho obligatorio para el Estado mexicano, como habremos de explicar.

En segundo término, se advierte que también serán parte de nuestra consideración aquellos criterios que no necesariamente han sentado jurisprudencia en sentido estricto, pero que potencialmente proyectan dicha tendencia y que constituyen un tipo de jurisprudencia en sentido amplio.[5]

Dichos criterios son los emitidos por diversas autoridades, nacionales e internacionales, con funciones formal y/o materialmente jurisdiccionales. Por un lado, los dictados por los propios tribunales encargados de emitir jurisprudencia en nuestro país, respecto de sus tesis aisladas; las Juntas de Conciliación y Arbitraje; la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Por otro -con facultades materialmente jurisdiccionales-,[6] las autoridades administrativas del trabajo; órganos constitucionales autónomos; la Or-

---

terpretación de la legalidad, quienes resolverán las contradicciones de tesis generadas en una misma circunscripción territorial con la finalidad de homogeneizar criterios.

[5] "[…]las resoluciones de naturaleza jurisdiccional que emiten los órganos no pertenecientes al Poder Judicial y que también se han considerado en el sistema jurídico mexicano como "jurisprudencia". Tal es el caso en nuestro orden normativo de los tribunales jurisdiccionales, como son el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa y el Tribunal Superior Agrario, que perteneciendo al Poder ejecutivo, tienen la naturaleza de tribunales y realizan una función materialmente jurisdiccional[…]" *Cfr.* Instituto de Investigaciones Jurisprudenciales y de Promoción y Difusión de la Ética Judicial, *Apuntes de Jurisprudencia*, México, IIJPDEJ, 2007, p. 5.

[6] "[…]preposición de Montesquieu de que "en todo gobierno hay tres clases de poder" no excluye la posibilidad de que haya otros poderes que sean secundarios al propósito perseguido o que haya poderes mezclados. De otro modo dicho, se quiere indicar que, aunque para cada propósito determinado hay tres clases de poder, no es necesario que cada uno de los actos concretos que se pueden identificar en la consecución de ese propósito, tenga en todos sus aspectos, la característica inconfundible de uno de esos tres poderes, y que por lo tanto, otra apreciación distinta de la separación de poderes sería una exagerada simplificación del proceso gubernamental […]" *Cfr.* Fraga, Gabino, "Las atribuciones "cuasi-jurisdiccionales" de la administración", *Revista de Administración Pública*, México, Edición Especial, 1982, p. 371.

ganización Internacional del Trabajo y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

De tal manera, se intentará describir el baremo de determinaciones jurisdiccionales y cuasi jurisdiccionales, de diversas fuentes, con repercusión directa en el derecho laboral mexicano, como una evidencia de los derechos humanos, en general, y los laborales, en particular. [7]

II. Cualidades de la jurisprudencia laboral en México

Con la presente colaboración se proponen elementos propios de la jurisprudencia laboral en México, a partir de los cuales se podría delinear su valor y utilidad. Dichas cualidades se consideran centradas en los siguientes puntos:

a) Preponderancia del contenido sobre el órgano que las emite;
b) Potencialidad de convertirse en jurisprudencia en sentido estricto;
c) La regulación o legislación que modula, y
d) Las reglas para su emisión.

Desde la consideración de quien escribe, los criterios jurisdiccionales y cuasi-jurisdiccionales no necesariamente encuentran su trascendencia en virtud del órgano que los emite, sino en función de su contenido, y por ello es que resultan de un valor inigualable para el mundo del trabajo aquellas determinaciones que incluso pueden no referirse expresamente a nuestra materia, pero que de su sustancia emanan efectos reflejos[8] en la misma. En esta dirección se encuentran muchos de los

[7] "A través de la sentencia el juez se comunica con la sociedad. De ahí la reiteración de que los jueces se legitiman a partir de los argumentos y razones expresados en sus sentencias. La jurisprudencia es una forma de reducir la complejidad del sistema jurídico otorgando sentido a las expresiones lingüísticas; los destinatarios del mensaje judicial no son sólo las partes en un proceso, son también la ciudadanía en general, los profesores universitarios, los investigadores, los medios de comunicación, otras instancias nacionales, extranjeras e incluso supranacionales". *Cfr*. Nava Gomar, Salvador, "La sentencia como palabra e instrumento de la comunicación", *Revista Justicia Electoral*, México, vol. 1, núm. 6, 2010, pp. 55-56.

[8] Dicha referencia al "efecto reflejo" se toma prestada de la teoría general del proceso, sobre la que incluso se ha desarrollado por la doctrina como la "teoría del fruto del árbol envenenado", solo que aquí quiero darle la connotación de un "contagio" positivo que provoca comunicación entre las interpretaciones de diversos derechos.

derechos laborales inespecíficos[9] y que, dicho sea de paso, son quizás la porción de derechos humanos laborales más desarrollados; por tanto, no deben dejar de tomarse en cuenta y consideración (evitando el "purismo" intelectual que exorciza la interdisciplina).

De tal manera, nos encontramos ante dos enfoques respecto de criterios que podrían ser contrapuestos. Por un lado, la jurisprudencia cuenta con reglas y razones de validez dentro de todo un sistema jurídico de orden constitucional,[10] y la misma escapa a una tradición del derecho en particular (tanto en la "romanista" como "anglosajona" coexiste);[11] por otro lado, los criterios que no han alcanzado dicha categoría corren el riesgo de no prevalecer en la misma jerarquía y valor positivo que los primeros.

---

[9] "Se reconoce pacíficamente a Manuel Carlos Palomeque como el estudioso que así los denominó. No es que él los creara o los descubriera, sino que fue el primero en catalogarlos como derechos laborales inespecíficos, y los definió así: "Son derechos atribuidos con carácter general a los ciudadanos que, al propio tiempo, son trabajadores y, por lo tanto, se convierten en verdaderos derechos laborales por razón del sujeto y de la naturaleza de la relación jurídica en que se hacen valer, en derechos constitucionales laborales inespecíficos" *Cfr.* Pasco Cosmópolis, Mario, "Los derechos laborales inespecíficos", *Revista chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Chile, vol. 3, núm. 5, 2012, p. 14.

[10] La jurisprudencia es sin lugar a dudas una fuente del derecho, no obstante, en la propia doctrina hay quienes señalan sus dificultades por considerarla como tal. "Dar una explicación satisfactoria de las normas de origen judicial desborda necesariamente el marco de los meros "hechos y actos jurídicos creadores de normas". Es decir, las normas de origen judicial no encajan en el modelo de las fuentes-acto ni en el de las fuentes-hecho; ni tampoco en las dicotomías a ellas asociadas (derecho delegado, deliberado y prescrito, por un lado, y Derecho recibido, espontáneo y no prescrito, por otro). Las dificultades provienen de que la explicación tiene que dar entrada a los componentes de coherencia y de justificación presentes tanto en el Derecho como en la sentencia. Es decir, presupone un movimiento desde el primer concepto de fuentes del Derecho (las fuentes desde el sistema) hacia el segundo (las fuentes desde el problema), porque hay que tomar en consideración cuánto hay de justificación en la decisión judicial." *Cfr*. Aguiló Regla, Josep, "Fuentes del Derecho", *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, México, vol. II, 2015, pp. 1048-1949.

[11] Reconociendo que, si bien en la tradición anglosajona el concepto de jurisprudencia es diferente al de la romanista, en ambas se puede encontrar presente y asociado en algunas de sus vertientes a los precedentes judiciales. "No existe una única acepción del término jurisprudencia, sino una pluralidad de significados dependiendo del momento o época histórica —variante temporal— y del lugar o sistema jurídico de que se trate —variante espacial—". *Cfr*. Falcón y Tella, María José, *La jurisprudencia en los derechos romano, anglosajón y continental,* Buenos Aires, Marcial Pons, 2010, p. 13.

No obstante, en el contexto de la temática del presente texto, me parece útil pensar al derecho que se comunica y organiza como "un todo".[12] De tal manera, se insiste en que muchas de las normas individualizadas (sentencias) y/o resoluciones cuasi jurisdiccionales, podrán eventualmente proyectarse al rango de jurisprudencia. Más aún, si no se consolidan como tales, -huelga a decir- ello no necesariamente significa que tengan nulo valor para efectos de su contenido.

No se puede soslayar que el impulso jurisdiccional que forma jurisprudencia tiene una relación directamente proporcional con las temáticas del mayor cúmulo de asuntos litigiosos (impugnados). En tal sentido la reiteración, contradicción de tesis, abandono de una por otras, entre otras formas de generar jurisprudencia, sigue la suerte de dicha circunstancia; por lo que ciertos temas, con menor litigiosidad, pero igualmente necesitados de criterios sólidos para la interpretación de nuestra materia, difícilmente llegarán a formar parte de la jurisprudencia formal, o al menos lo harán de forma menos acelerada, aletargándose su consolidación.

Tampoco debe pasarse por alto una condición adicional en la jurisprudencia, y que a mi juicio es la fuente de su existencia: la regulación en la materia. Normas que por su exceso, defecto o ausencia provocan la interpretación conforme a la Constitución.[13]

Dicha regulación nacional, en materia laboral, siempre ha resultado atípica (no solo especial, como debe serlo por su naturaleza social). Existe un artículo 123 en la Carta Magna que parece una legislación reglamentaria en sí misma,[14] menos acorde a la tendencia de las Consti-

---

[12] "Es preciso tomar en consideración las ideas generales y el pluralismo de los universos culturales, éticos, religiosos y políticos que caracterizan y complican la sociedad actual." *Cfr*. Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil*, 11a. ed., España, Trotta, 2018.

[13] "*Jurisprudencia. Concepto, Clases y Fines. […]Doctrinariamente la jurisprudencia puede ser confirmatoria de la ley, supletoria e interpretativa. Mediante la primera, las sentencias ratifican lo preceptuado por la ley; la supletoria colma los vacíos de la ley, creando una norma que la complementa; mientras que la interpretativa explica el sentido del precepto legal y pone de manifiesto el pensamiento del legislador […]". Cfr*. Tesis IX.1o.71 K, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XVIII, octubre de 2003, p.1039.

[14] Tema que, proyectado en el pasado, fue glorioso y motivo de menciones innume-

tuciones modernas;[15] al reglar la mayor parte de derechos laborales, estableciendo estándares -que no principios, o muy escasos-, y que ya por ese solo hecho delinea las formas interpretativas en sede jurisdiccional. Destinando a que la mayor parte de interpretaciones jurisprudenciales se limiten a realizar un ejercicio comparativo de lo previsto en la Constitución frente a lo desarrollado en la legislación secundaria,[16] sin contar con un abanico argumentativo más amplio;[17] como se puede constatar de la sola observación del grupo de jurisprudencias que privan y que solo dejaremos de manifiesto, -como he advertido- con una muestra elegida en el apéndice de este texto.

Por otro lado, nuestra materia se encuentra en unicidad aparente, al haber poca legislación que lo dice todo,[18] si se compara con otras materias en que hay una dispersión legislativa; empero, su tratamiento es marcadamente diferenciado para los grupos de trabajadores al servicio de particulares (sector privado) frente a aquellos al servicio del estado

---

rables a nuestro país, por adelantarse a todos los demás, en incluir derechos sociales en una Constitución; pero, la misma fortuna se vuelca poco más de cien años después con un reclamo de nuevas exigencias interpretativas, en un marco de derechos humanos generalizado, que precisa más protagonismo judicial y menos legislativo.

[15] "La existencia de Constituciones con plena fuerza normativa y dotadas de un denso contenido sustantivo o moral impide seguir concibiendo la identificación del resto de las normas del sistema como una mera cuestión de hecho, pues la validez de las mismas descansa no sólo en el respeto a las condiciones formales de competencia y procedimiento, sino también en su adecuación a los principios y derechos fundamentales que representan otras tantas condiciones materiales. Bien puede decirse entonces que los problemas de justicia (más precisamente, de la concepción de la justicia incorporada a la Constitución) se han transformado en problemas de validez o identificación de las normas." *Cfr*. Prieto Sanchís, Luis, "Ferrajoli y el neoconstitucionalismo principialista. Ensayo de interpretación de algunas divergencias", *DOXA*, *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, núm. 34, 2011, p. 232.

[16] No es casualidad que los laboralistas refieran en sus alegaciones a la "prima constitucional" o a la "indemnización constitucional", entre otras instituciones de derecho laboral.

[17] Lo cual no significa del todo una crítica, sino un diagnóstico de un país, en que la "paranoia constitucional" priva, dada la percepción del sistemático incumplimiento y reformas constantes de las legislaciones reglamentarias.

[18] Siendo además una legislación corta en extensión. Por ejemplo, el derecho de huelga se encuentra reglado en pocos artículos que han tenido que ser ampliados vía interpretación jurisdiccional.

(sector público) [19] y así también con la seguridad social.

Para el sector privado, existe una legislación con el mayor cúmulo de derechos laborales concentrados (tanto sustantivos como adjetivos; en materia individual como colectiva y a nivel federal y local), configurada en la Ley Federal del Trabajo (LFT), con pocas reformas desde su promulgación en 1970. Y solo antecedida por la primera ley reglamentaria del artículo 123 constitucional, en el año de 1931. La materia procesal de dicha ingeniería legal prevé que los juicios laborales sean uniinstanciales, lo que ha implicado que la impugnación de los actos intermedios[20] del proceso laboral y el propio laudo termine de forma inmediata en el Poder Judicial de la Federación (PJF), mediante el juicio de amparo indirecto y directo, respectivamente.[21] Sumada la circunstancia de que la materia laboral prevé la admisión de todas las pruebas existentes en otras materias, e incluso cuenta con cláusulas abiertas, como lo es dictar el laudo "a verdad sabida, buena fe guardada y apreciando los hechos en conciencia".

Adicionalmente, existen razones históricas en la consolidación de los criterios del derecho laboral mexicano, basadas fundamentalmente en que los creadores de la LFT,[22] fueron los que defendieron su vigencia y articu-

[19] Es posible advertir desde la Constitución mexicana el tratamiento diferenciado a los trabajadores burocráticos. Después de un largo transcurrir se logró atribuirle al Estado el carácter de empleador y por tal razón se creó en 1960 un apartado "B" en el artículo 123 constitucional, pero con un menguado derecho laboral en contraste al apartado "A" del mismo artículo, que se agudiza en la ley reglamentaria (la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado), que a nuestro juicio reduce múltiples derechos laborales, entre ellos -sin temor a equivocarnos-, muy claramente el derecho de *libertad sindical.* Dicho tema ha sido materia de un análisis mayor en Aparicio Velázquez, José Alfonso, "La efectividad de los derechos y libertades contenidas en las normas internacionales del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, una visión comparada latinoamericana: la libertad sindical", *Revista chilena de derecho del trabajo y de la seguridad social*, Chile, núm. 11, vol. 6, 2015, pp. 135-158.

[20] Sin desconocer la existencia de incidentes que prevé la propia LFT.

[21] Razón por la que se podría suponer la existencia de un mayor número de jurisprudencia en materia laboral frente a los otros procesos y procedimientos del derecho en México; pero que para su comprobación se requiere el comparativo de cifras que escapan a las intenciones del presente artículo.

[22] Según describe Mario De la Cueva, en 1960 el presidente de la República designó una comisión integrada por 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 Cris-

lación en el máximo tribunal del país.[23] No es casual que Doña Cristina Salmorán de Tamayo, -la primera mujer Ministra de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), y antes Presidenta de la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje (JFCA)- fuera una de las partícipes de la comisión del proyecto de reforma que se aprobaría en materia laboral; y que después de la promulgación de la LFT, en 1970, se nombrara como Ministro de ese máximo órgano al connotado jurista Alfonso López Aparicio,[24] quien además de también ser parte de la comisión narrada, fue el redactor de toda la legislación laboral vigente, ocupando en aquel momento el cargo de Presidente de la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje.

Los criterios jurisprudenciales de aquellos Ministros destacan notablemente en el ámbito laboral y que incluso continúan firmes pese al tiempo transcurrido (datan de la séptima época de la SCJN).[25] Aquí una

---

tina 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. En 1967, el entonces presidente de la República designó una segunda comisión 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, que la aprobaría casi sin modificación alguna. *Cfr.* De la Cueva, Mario, *El nuevo derecho mexicano del trabajo*, México, Porrúa, 1966, t. I, p. 58.

[23] La vida del máximo Tribunal, no ha sido excenta de aspavientos, se narra que "La Suprema Corte de Justicia durante el gobierno del general Lázaro Cárdenas tuvo una labor muy importante, en especial a través de sus Salas Administrativa y Laboral. Los ministros fueron motivo de ataques, en especial de la Barra Mexicana y de la Academia de Legislación y Jurisprudencia. Tres ministros de la Sala Administrativa estuvieron a punto de ser sometidos a juicio político y la Suprema Corte estuvo envuelta en un escándalo." *Cfr*. Molina Suárez, César de Jesús y Cárdenas Gutiérrez, Salvador, "Historia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación 1808-2006", *Revista Cuestiones Constitucionales*, México, núm. 16, enero- julio 2017.

[24] Autor de obras prominentes, como la titulada "El Movimiento Obrero en México" que fuera su tesis doctoral y después se publicaría por la editorial Ius, y prologada por el Maestro Mario de la Cueva de quien se dice que junto al Dr. Jorge Carpizo McGregor y Miguel de la Madrid Hurtado fue uno de los discípulos más cercanos.

[25] Aunque debe denotarse que el Maestro Mario de la Cueva, representó la influencia laboral de aquellos tiempos, antes y en la propia LFT de 1970. "López Aparicio hace notar también que quien revise con atención la doctrina laboral de Mario de la Cueva y la compare con la labor jurisprudencial de la Cuarta Sala, particularmente

muestra de ellos:

JURISPRUDENCIA	RUBRO
Época: Séptima Época; Registro: 243022; Instancia: Cuarta Sala; Volumen 103-108, Quinta Parte; Materia(s): Laboral Una de las tesis que formaron la jurisprudencia provino del Amparo directo 2988/77. Sección 30 del Sindicato de Trabajadores Petroleros de la República Mexicana y otro. 26 de octubre de 1977. Cinco votos. Ponente: Alfonso López Aparicio. Secretario: Arturo Carrete Herrera.	*Preferencia, derecho de. Efectos de la falta de solicitud del trabajador para ocupar la vacante o el puesto de nueva creacion.*
916661. 223. Cuarta Sala. Séptima Época. Apéndice 2000. Tomo V, Trabajo, P.R. SCJN, Pág. 134 Una de las tesis que sentaron la jurisprudencia provino del Amparo directo 2432/84.-Consejo Nacional de Recursos para la Atención de la Juventud.-27 de agosto de 1984.-Mayoría de tres votos.-Disidente: Alfonso López Aparicio.-Ponente: María Cristina Salmorán de Tamayo; en su ausencia hizo suyo el proyecto el Ministro David Franco Rodríguez.-Secretaria: María del Refugio Covarrubias de Martín del Campo.	*Faltas de asistencia, en casos de jornada dividida en dos partes.* [26]

de la formada entre 1934 y 1940, encontrará la influencia decisiva del maestro." *Cfr.* Carrillo Prieto, Ignacio, "De la vida y la obra de Mario de la Cueva", *Revista de la Universidad Nacional Autónoma de México*, México, núm. 527, diciembre, 1994, p. 52.

[26] Este precedente en particular fue con el voto disidente del Ministro Alfonso López Aparicio, frente al proyecto de la Ministra Cristina Salmorán. Justamente diversos doctrinarios calificaron a esta jurisprudencia como regresiva. "[…]la primera ejecutoria solamente tuvo tres votos, y como consecuencia no llena los requisitos que establece el artículo 192 de la Ley de Amparo, que exige al menos 4 votos, independientemente de que haya estado ausente la Ponente […] Néstor de Buen, sin advertir el yerro, en la última edición del Tomo II de su borda "Derecho del Trabajo", en relación a la supuesta Jurisprudencia, indica que "La Corte ha regresado sin reservas al criterio de las medias faltas". Y, en forma paralela afirma que ese criterio no es admisible y en su concepto "constituyen un lamentable retroceso que pasa por alto el texto legal."" Cfr. Guerra Aguilera, José Carlos, Boletín del Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad de Guanajuato, Facultad de Derecho, núm. 25, enero-marzo de 1987, pp. 87-94.

Época: Séptima Época; Registro: 1009862; Instancia: Cuarta Sala; Tipo de Tesis: Jurisprudencia; Fuente: Apéndice de 2011; Tomo VI. Laboral Primera Parte - SCJN Segunda Sección - Relaciones laborales burocráticas Subsección 1. Sustantivo; Materia(s): Laboral; Tesis: 1067; Página: 1054; Séptima Época, Quinta Parte: Tres de las cinco tesis que provocaron el criterio fueron de los Ministros en comento: Volumen 50, página 31.—Amparo directo 4870/72.—Sistema de Transporte Colectivo.—19 de febrero de 1973.—Cinco votos.—Ponente: María Cristina Salmorán de Tamayo. Volúmenes 181-186, página 48.—Amparo directo 1376/84.—Saturnino Hernández González.—13 de junio de 1984.—Unanimidad de cuatro votos.—Ponente: Alfonso López Aparicio.—Secretario: Carlos Villascán Roldán. Volumen 199-204, página 40.—Amparo directo 727/85.—Felipe Rodríguez y Pérez.—14 de octubre de 1985.—Unanimidad de cuatro votos.—Ponente: María Cristina Salmorán de Tamayo.—Secretario: J. Tomás Garrido Muñoz.	*Trabajadores al servicio del estado. Prima de antigüedad.*

También debe decirse que en los casi cincuenta años de existencia de la LFT, con la notable litigiosidad de la materia laboral, la mayor parte de las normas que la conforman han sobrevivido a los exámenes de constitucionalidad a que se le ha sometido.

Los motivos anteriores, resultan la síntesis de un proceso histórico en México, fraguado desde la promulgación de la Constitución en 1917. Desde mi consideración la discusión constitucional estaba íntimamente ligada al mundo del derecho del trabajo, sobre todo porque la primera Constitución social del mundo fue la mexicana. No resulta una casualidad que constitucionalistas como Mario de la Cueva, fueran quienes derivarían su teoría en plantear las bases del ius laboralismo.

Frente a esas razones históricas, de las que tengo la impresión que de

manera escasa se reflexionan con detenimiento, se posiciona un nuevo paradigma laboral, montado en el modelo de la Ley de 1970 hasta hoy vigente, emergente con la reforma a dicha Ley (promulgada el 1 de mayo de 2019) con motivo de la enmienda constitucional (promulgada el 24 de febrero de 2017).[27]

Reformas que atienden antiguos reclamos de una justicia laboral que perteneciera orgánicamente al poder judicial y principios de democracia sindical (voto libre y secreto y transparencia sindical).[28]

Estas reformas, bajo los argumentos anteriores, una vez en vigencia plena, con su implementación, seguramente deberán de impactar en la creación de novedosas interpretaciones jurisprudenciales que revitalicen al derecho del trabajo,[29] anquilosado a causa de los mismos debates, montados en una legislación escasamente reformada.[30] En ese sentido,

---

[27] "Una de las novedades de la reforma lo fue que, desde 1917, el sistema de justicia laboral mexicano, basado en Juntas de Conciliación y Arbitraje, se sustituyeron en dos vías: i) la creación organismos encargados de la conciliación -que a nivel federal será el mismo al que se le ha encomendado la función registral en materia colectiva (sindicatos, contratos colectivos y reglamentos interiores de trabajo); y ii) la creación de tribunales de lo laboral pertenecientes al poder judicial, local y federal, según corresponda". *Cfr*. Aparicio Velázquez, José Alfonso y Pastrana González, Miguel Ángel, "Perspectivas del derecho colectivo del trabajo en México, a la luz de sus reformas en el siglo XXI", en Kurczyn Villalobos, Patricia y Zavala Gamboa, Oscar, *A cinco años de la reforma laboral: efectos, perspectivas y retos. Homenaje a Néstor de Buen Lozano,* México, Tirant lo Blanch-BMA, 2019, p. 69-70.

[28] No obstante que existen voces críticas a la reforma, entre las que destaca la del Dr. Alfredo Sánchez Castañeda, al afirmar que "[…]Se olvida que más del 90% de los juicios laborales son asuntos individuales, siendo lastimoso pretender crear una justicia disímil, con trabajadores más iguales que otros […]la agenda laboral mexicana es mucho más amplia y compleja de lo que se pretende cambiar […]" *Cfr*. Sánchez Castañeda, Alfredo, "¿Una reforma laboral fallida?", publicado en *Periódico el Universal*, sección de Opinión, 4 de marzo de 2019.

[29] Como he sostenido en otros textos: "[…]no hay que perder de vista que hay muchos otros derechos que se encuentran regulados de forma aislada, exclusivamente dentro de la Ley Federal del Trabajo, y que […] en el caso de su ausencia en menosprecio de los derechos fundamentales, debe ser suplida por los jueces que hagan una interpretación garantista de éstos, incluso a partir de principios constitucionales, no necesariamente propios del derecho del trabajo[…]" *Cfr*. Aparicio Velázquez, José Alfonso y Pastrana González, Miguel Ángel, *op. cit.*, p. 69-70.

[30] De las reformas trascendentes en la legislación vigente, anteriores a la del 2019, primero se dio el 30 de abril de 1980 en que se generó una reforma procesal y, después, tuvieron que pasar treinta y dos años más, para que se tocaran temas sustanciales, en

preveo que dicho fenómeno será caracterizado por lo siguiente:

a. Por un lado, se vislumbra la generación de nuevas discusiones legales y constitucionales en los operadores laborales, que definan una nueva jurisprudencia, bajo la premisa de que hay y habrá normas con temáticas que antes no eran previstas en el marco jurídico y que deberán ser cuestionadas frente a la Constitución[31] (a diferencia de las normas que fueron por mucho tiempo definidas en el foro jurisdiccional y que, por su permanencia en el tiempo, se afinaron al grado de agotar la renuencia de dichos debates). Pero también, será motivo de nuevas interpretaciones, y acaso más valiosas, de lo que no se dijo o faltó en dichas reformas, y que la realidad del mundo del trabajo las demanda.[32]
b. Por otro lado -parecería paradójico con lo anterior-, también se vislumbra la baja en la litigiosidad, al preverse nuevas formas de operar mecanismos alternos al litigio laboral.

Ahora bien, con lo antes dicho, quiero insinuar lo complejo que resulta el estudio de los criterios laborales relevantes, y de la jurisprudencia como una categoría prima de ellos. Pero también afirmar que constituyen el hallazgo natural en el derecho, y una de las claves poco

---

las modalidades de contratación particularmente (el 30 de noviembre de 2012). No se puede desconocer que esa inmovilidad también se ha dado desde la Constitución. Antes de la descrita en el año 2017, solo en el plano reciente han destacados dos (realmente en la materia laboral): la desindexación del salario mínimo de las multas y penas, sustituyéndose con las Unidades de Medida y Actualización (UMA) (acontecido el 27 de enero de 2016), así como la elevación de la edad laboral mínima (acontecida el 17 de junio de 2014).

[31] Se reporta ya en la prensa, notas como la siguiente: "Arranca oleada de amparos contra la reforma laboral". *Cfr*. Periódico *El Economista*, de fecha 24 de junio 2019.

[32] Parte de la crítica que he realizado a nuestros criterios nacionales, es la ausencia de pronunciamiento en torno al impacto de las nuevas tecnologías en el mundo del trabajo. *Cfr*. Aparicio Velázquez, José Alfonso y Zavala Gamboa, Oscar, "Labor impact of technological devices", *Revista IUS LABOR*, Barcelona, Universitat Pompeu Fabra, núm. 2, 2018, pp. 113-121.

valoradas[33] para la investigación y enseñanza del derecho del trabajo.[34]

Con el presente método documental, basado en criterios laborales, es tal la riqueza para el diagnóstico de la materia que advierto podría superarse mediante el estudio de variables (como lo es la estadística judicial, la localización de temas recurrentes y muchas y tantas otras) que nos permitan arrojar resultados cualitativos y cuantitativos en las constantes en el derecho laboral, que -insisto- son poco exploradas en México.[35]

Un punto de partida, puede ser la definición que asigna la Real Academia Española (RAE),[36] a la palabra "jurisprudencia":

---

[33] "Ha sido estudiado con amplitud y profundidad por la doctrina jurídica contemporánea. Sin embargo, esta tendencia no se ha reflejado debidamente en el pensamiento *iuspublicista* mexicano, debido en parte a errores en la difusión de la propia jurisprudencia, pero también en virtud de ciertas reminiscencias decimonónicas por las que se sigue viendo teóricamente a la ley como la única y principal fuente del derecho, desdeñando en cierta medida la importancia de la doctrina contenida en las resoluciones obligatorias para los casos futuros que dictan nuestros tribunales federales." *Cfr.* Carbonell y Sánchez, Miguel, "Sobre el concepto de jurisprudencia en el sistema jurídico mexicano", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, año XXIX, núm. 87, septiembre-diciembre 1996.

[34] "Habría que distinguir entre el Caso de Estudio aplicable a la enseñanza y el Estudio de Caso propio de la investigación social. Si bien es plausible que los resultados de un caso de investigación se utilicen como Caso de Estudio para el aula, como recurso didáctico, el Estudio de Caso tiene objetivos que definen su esencia. Al Estudio de Caso se aplican estructuras lógicas propias de la ciencia, se describen, analizan y comprenden redes de interacción social, se identifican mecanismos causales, se explican los resultados empíricos a partir de una teoría previa o por el contrario, se determinan teorías desde la experiencia.
El Estudio de Caso es un buen recurso investigativo para contrastar varios contextos y generar varias miradas desde distintas disciplinas: ciencias políticas, sociología, antropología, didáctica, comunicación social, administración, psicología, planeación, estudios de gestión y gerencia, estudios organizacionales, etc. Es así como el Estudio de Caso convoca la interdisciplinariedad, la polivalencia y el recurso de la triangulación en cuanto al tratamiento de fuentes, desde distintas ópticas y el tratamiento crítico desde diferentes disciplinas." *Cfr.* Peña Collazos, Wilmar "El estudio de caso como recurso metodológico apropiado a la investigación en ciencias sociales", *Revista educación y desarrollo socia*l, vol. 3, núm. 2, p.186.

[35] Sin embargo, por los alcances del presente texto, el estudio de variables no será materia de mayor profundización, pretendiéndose solo representar una categorización primaria de los criterios laborales cuya importancia resulta ineludible.

[36] De conformidad con su página virtual, oficial: http://www.rae.es/ (consultada el nueve de julio de dos mil diecinueve).

1. f. Ciencia del derecho.

2. f. Conjunto de las sentencias de los tribunales, y doctrina que contienen.

3. f. Criterio sobre un problema jurídico establecido por una pluralidad de sentencias concordes

Atendiendo a dicha definición, la jurisprudencia es un concepto multívoco,[37] no obstante lo encuentro siempre localizado como un tipo de criterio del derecho (ya sea académico-científico o judicial).

De tal manera, obviando la parte histórica del concepto, estudiar la jurisprudencia se justifica "debido, simple y sencillamente, al sitio que guarda en la conformación y aplicación del ordenamiento jurídico y al papel relevante que los órganos judiciales tienen en la actualidad en el perfeccionamiento de las democracias occidentales, basadas en un principio esencial de pesos y contrapesos."

Por tanto, en el estudio de la jurisprudencia laboral en México, no se puede dejar de explicar lo obvio, pero también lo necesario, respecto de las reglas de creación y sus tipos. El contenido ya podemos deducirlo en principios de garantía de derechos humanos, que en México han tenido especial trascendencia a partir de la reforma constitucional en el año del 2011.[38]

1. *La jurisprudencia nacional*

Desde el punto de vista de la tercera categoría que nos brinda la RAE, y que también se conoce como precedente jurisdiccional obligatorio para la resolución de casos futuros,[39] en México se puede estudiar a partir de lo previsto por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y sus normas reglamentarias relativas.[40]

---

[37] Que, en sus significados diversos, muy similar a la asignada por la RAE se le ha definido como: "[…]La jurisprudencia como ciencia del derecho; la jurisprudencia entendida como hábito práctico de interpretación de las normas jurídicas por los órganos jurisdiccionales; y finalmente, la que propiamente será objeto de nuestro estudio, que es la jurisprudencia técnica". *Cfr.* Instituto de Investigaciones Jurisprudenciales y de Promoción y Difusión de la Ética Judicial, *op. cit.*, p. 3.

[38] *Cfr.* Diario Oficial de la Federación 10 de junio de 2011.

[39] Carbonell y Sánchez, Miguel, *op. cit.*

[40] De acuerdo con el octavo párrafo del artículo 94 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, "La ley fijará los términos en que sea obligatoria la jurispru-

De una abstracción se simplifican los tipos de jurisprudencia:

TIPO DE JURISPRUDENCIA	EXPLICACIÓN
Reiteración	Cinco sentencias ejecutorias ininterrumpidas por otra en contrario. [41]
Contradicción de Tesis	Siempre que se emita una resolución del tipo (sustituyendo, reiterando o complementando las jurisprudencias en contradicción).
Sustitución	Tres tipos de hipótesis: I. Cualquier tribunal colegiado de circuito, previa petición de alguno de sus magistrados, con motivo de un caso concreto una vez resuelto, podrán solicitar al Pleno de Circuito al que pertenezcan que sustituya la jurisprudencia que por contradicción haya establecido, para lo cual expresarán las razones por las cuales se estima debe hacerse. Para que los Plenos de Circuito sustituyan la jurisprudencia se requerirá de las dos terceras partes de los magistrados que lo integran. II. Cualquiera de los Plenos de Circuito, previa petición de alguno de los magistrados de los tribunales colegiados de su circuito y con motivo de un caso concreto una vez resuelto, podrán solicitar al pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, o a la sala correspondiente, que sustituya la jurisprudencia que hayan establecido, para lo cual expresarán las razones por las cuales se estima debe hacerse. La solicitud que, en su caso, enviarían los Plenos de Circuito al pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, o a la sala correspondiente, debe ser aprobada por la mayoría de sus integrantes. III. Cualquiera de las salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, previa petición de alguno de los ministros que las integran, y sólo con motivo de un caso concreto una vez resuelto, podrán solicitar al pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que sustituya la jurisprudencia que haya establecido, para lo cual expresarán las razones por las cuales se estima debe hacerse. La solicitud que, en su caso, enviaría la sala correspondiente al pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, deberá ser aprobada por la mayoría de sus integrantes.

dencia que establezcan los tribunales del Poder Judicial de la Federación sobre interpretación de la Constitución, leyes y reglamentos federales o locales y tratados internacionales celebrados por el Estado Mexicano, así como los requisitos para su interrupción y modificación". En este sentido, resulta indispensable acudir a la Ley de Amparo, para analizar cada una de las reglas generales que rigen la jurisprudencia en amparo.

[41] Con excepción de la jurisprudencia electoral que prevé en sala únicamente 3 tesis en el mismo sentido; así como la emanada del Tribunal Superior de Justicia Administrativa.

Sin omitir que existen formas análogas de generar criterios tan obligatorios como la jurisprudencia,[42] como los que a continuación enunciamos:

TIPO DE JURISPRUDENCIA	EXPLICACIÓN
Controversia constitucional	Siempre que la resolución de la SCJN declare inválidas normas de carácter general, por una mayoría de por lo menos ocho votos, dicha resolución tendrá efectos generales.
Acción de Inconstitucionalidad	Siempre que la resolución de la SCJN declare inválidas normas de carácter general, por una mayoría de por lo menos ocho votos, dicha resolución tendrá efectos generales
Declaratoria General de Inconstitucionalidad[43]	Cuando las salas o el pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en los juicios de amparo indirecto en revisión, resuelvan la inconstitucionalidad de una norma general por segunda ocasión consecutiva, en una o en distintas sesiones, el presidente de la sala respectiva o de la Suprema Corte de Justicia de la Nación lo informará a la autoridad emisora de la norma. Con la excepción de que no será aplicable a normas en materia tributaria.
Interrupción	La jurisprudencia se interrumpe y deja de tener carácter obligatorio cuando se pronuncie sentencia en contrario. En estos casos, en la ejecutoria respectiva deberán expresar se las razones en que se apoye la interrupción, las que se referirán a las consideraciones que se tuvieron para establecer la jurisprudencia relativa. Interrumpida la jurisprudencia, para integrar la nueva, se observarán las mismas reglas establecidas para su formación.

Destacando a continuación los procesos y órganos de creación específicos de los que emana la norma llamada jurisprudencia, en este sentido estricto:

[42] No es casual que la propia Ley de Amparo, prevea en su mismo "TÍTULO CUARTO" los temas de Jurisprudencia y Declaratoria General de Inconstitucionalidad.

[43] Hasta el momento en que escribo este artículo, solo se ha emitido en toda la historia judicial de México, una Declaratoria General de Inconstitucionalidad, con número 6/2017, solicitada por la Segunda Sala de la SCJN, respecto del artículo 298, inciso B), fracción IV, de la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión, en la porción normativa que establece "del 1%".

PODER	JUICIO	ÓRGANO	TIPO DE JURISPRUDENCIA POSIBLE
Poder Judicial de la Federación (PJF) [44]	○ Juicio de Amparo[45]	**i.** Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN):[46] en Pleno y Salas.	• Reiteración, • Sustitución y • Contradicción
		ii. Tribunales Colegiados de Circuito (TCC)	• Solo por reiteración
		iii. Plenos de Circuito	• Solo por contradicción

[44] Actualmente se ha clasificado a la jurisprudencia por "Épocas" que corresponden a etapas cronológicas en los que la SCJN agrupa los criterios publicados en el Semanario Judicial de la Federación. Se dividen en dos grandes períodos: antes y después de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, de 1917. Los criterios de la Primera a la Cuarta Épocas, por ser anteriores a la vigencia del Texto Fundamental de 1917, hoy son inaplicables, es decir, carecen de vigencia y por tanto, se agrupan dentro de lo que se denomina "jurisprudencia histórica". Los criterios de las Épocas Quinta a la Décima, es decir, de 1917 a la fecha, integran el catálogo de la llamada comúnmente "jurisprudencia aplicable" o vigente. Es importante destacar que no por el hecho de que un criterio pertenezca a este último periodo, necesariamente implica que tiene vigencia y es aplicable, ya que esos atributos están supeditados a múltiples factores, entre ellos, que su vigencia no haya sido interrumpida de acuerdo a lo establecido en la normativa aplicable o bien, que el criterio no haya sido superado en virtud de la resolución de una contradicción de tesis.

[45] De conformidad con el artículo 217 de la Ley de Amparo, resulta obligatoria la jurisprudencia de cada tribunal, en función de su jerarquía: SCJN en Pleno es para todos los órganos judiciales obligatoria, incluyendo a los administrativos del Trabajo (como lo son las Juntas de Conciliación y Arbitraje y el Tribunal de Conciliación y Arbitraje); la emitida por las Salas de la SCJN excluye al Pleno; la de los Plenos de Circuito solo excluye a la SCJN; la de los Tribunales Colegiados de Circuito excluye a los otros tribunales pares, a los Plenos de Circuito y a la SCJN.

[46] La variante más relevante respecto de la creación de jurisprudencia por parte del Pleno, resulta de la votación requerida, pues, estando compuestas las Salas por cinco Ministros, en el caso de la reiteración, para que exista jurisprudencia, deben presentarse cinco sentencias ejecutorias en el mismo sentido, ininterrumpidas, pero que reúnan la votación mayoritaria de cuatro ministros. En el caso de las jurisprudencias resultantes de la solución a una contradicción de tesis, la Salas solo pueden resolver tesis contradictorias de los Tribunales Colegiados de Circuito, pues las tesis contradictorias de las propias Salas, como queda establecido en el artículo 192 de la Ley de Amparo, deberán ser resueltas por el Pleno.

Tribunal Electoral Del Pjf (TEPJF)	○ Derechos político-electorales de los ciudadanos o en actos o resoluciones de esas autoridades	**i.** Sala Superior	• Reiteración, y • Contradicción
	○ Derechos político-electorales de los ciudadanos o en actos o resoluciones de esas autoridades	**ii.** Sala Regional	• Reiteración
Tribunales Jurisdiccionales Federales	○ Procedimiento contencioso administrativo	**i.** Tribunal Federal de Justicia Administrativa (TJA) (Sala Superior, en Pleno)	• Reiteración, y • Contradicción
	○ Procedimiento Agrario	**ii.** Tribunal Agrario (en Sala Superior) (TSA)	• Reiteración, y • Contradicción
Algunos Tribunales Locales	○ Apelación	*Algunos de los Tribunales Superiores de Justicia de cada entidad federativa.	• Reiteración, y • Contradicción

De todas estas maneras de crear jurisprudencia, resultan criterios en materia de derecho laboral. La Suprema Corte de Justicia de la Nación cuenta con una Sala, que entre otras materias conoce de los temas laborales.[47] No debe olvidarse que no solo el PJF mediante el juicio de amparo conoce de dicha materia; una acción y controversia de inconstitucionalidad eventualmente pueden versar sobre temas competenciales y legislativos, respectivamente, en derecho laboral. Igualmente, el TEPJF cuenta con el Juicio para Dirimir los Conflictos o Diferencias Laborales entre el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación y sus Ser-

[47] Algunos critican que ya no exista una sala en la SCJN solo especializada en la materia, pero como he dicho líneas antes, me parece que dada la importancia de mirar al derecho laboral integrado y comunicado con los otros derechos, considero favorable que se encuentre en una sala en que no sólo se discutan temas laborales.

vidores. Y por último, el TJA conoce de los despidos de trabajadores de confianza del sector público, así como de los cuerpos al serivicio de las instituciones policiacas.

Sin embargo, debe recordarse que si bien la jurisprudencia cuenta con una mayor solidez que otros criterios judiciales o cuasi jurisdiccionales, que no tienen esa categoría, lo cierto es que su obligatoriedad y observancia se circunscribe al poder judicial.[48] No obstante, y bajo la premisa de que con la reciente reforma constitucional y legal en materia laboral, en que se integran orgánicamente al poder judicial los tribunales del trabajo, ello será una oportunidad más de alinear los criterios laborales que deban emanar de las nuevas interpretaciones, que seguramente suscitarán las controversias de la renovada legislación.

Así pues, la jurisprudencia laboral no es más que un tipo o especie de jurisprudencia que se refiere a la materia; no limitándose a aquella que estrictamente verse sobre temas laborales, como en la introducción ya se advertía, incluye a todas las que aún teniendo diversa temática generen efectos reflejos en ésta. Sin embargo, resulta crucial que para poder discernir tales cuestiones se cuente con el conocimiento técnico de su creación, que antes se ha pretendido describir.

Respecto al contexto anotado, no debe perderse de vista la riqueza argumentativa de la jurisprudencia nacional y sus definiciones que dotan de certeza jurídica a todo un sistema de derechos; por lo que con independencia de lo mucho que nos pueda llegar a desagradar un criterio jurisprudencial, resulta la fuente del derecho más válida, y por tanto sólida, en la operación del mismo. Desconocer la definición jurisprudencial de algún derecho quizás nos lleve a la falta de pericia práctica, como de una ignorancia supina respecto de su interpretación, en términos de lo que los operadores deben o no observar.

---

[48] "Jurisprudencia de la suprema corte de justicia. obligatoriedad.", *Cfr.*, Tesis VI.1o.P., J/26., *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XV, marzo de 2002, p. 1225.

Sin embargo, en esta era de la información en que resulta posible acceder a mucho mayor cúmulo de criterios jurisprudenciales,[49] lo que se hace imprescindible es poder adquirir una habilidad para priorizar respecto qué criterio puede o no ser útil, o mas útil que otro. Discernir la vigencia del criterio, encontrar su superación o localizar la contradicción con otro igualmente vigente, y así hacerlo valer en el sistema jurídico de precedentes.

En su utilidad quisiera centrar el valor de la presente colaboración. En el mundo de los laboralistas, el sentido práctico del postulante y del juez debe diferenciarse en mucho del académico y del legislador y aplicador de políticas públicas. No obstante, coinciden en la jurisprudencia como una fuente de inagotable valor, no prescindible, para el éxito de sus actividades profesionales.

Por tanto, la observación de la jurisprudencia en los derechos desarrollados, puede complejizarse a tal grado que los factores a diferenciar lleguen a ser muchos y variados: los derechos sobre los que versa; las normas que valida; las que son de derechos adjetivos y las de los sustantivos; las de los actos de autoridades que provocaron su análisis; si se tratan de derechos individuales, colectivos, de seguridad social o de otras ramas del derecho con impacto reflejo en la nuestra o si son de derechos laborales burocráticos y del sector privado; de temáticas de una reforma laboral determinada, etcétera. La elección de dichas variables dependerá de la utilidad que encuentra en su rol profesional de académico, investigador, juez o postulante, cada laboralista.

Ante tal abanico, se sugiere una categorización básica e inicial, útil para evidenciar grados de evolución en los derechos laborales en México, a través de las temáticas en las que hay consenso, y que a mi consideración se decantan en los derechos vinculados a los ocho convenios fundamentales de la OIT,[50] -que propongo solo como hipótesis de investigación-.

---

[49] Platican anécdotas de abogados que fabricaban jurisprudencias inexistentes, eso parece ya parte de la historia; ahora se trata de que no se caiga en el error de sostener argumentos que ya no están vigentes o desactualizados, atendiendo a la intensidad de la información que hay que discernir y seleccionar.

[50] No obstante, no existen dentro de estos Convenios Fundamentales materias que parecen precisamente fundamentales, como lo es la justicia laboral y la privacidad en

2. La jurisprudencia internacional

Tal como ha señalado en diversas ocasiones el Doctor Héctor Fix-Zamudio, "la protección fundamental de los derechos humanos es la interna, porque radica en los estados nacionales la carga fundamental de proteger los derechos de fuente internacional",[51] no obstante tampoco es posible prescindirse de la subsidiariedad del derecho de fuente internacional.[52]

En este apartado solo destaco los elementos que, desde mi consideración, son relevantes de la jurisprudencia de fuente internacional para efectos de su observancia nacional. Fundamentalmente por dos razones:

a) La obligatoriedad para el Estado mexicano, de la jurisprudencia emanada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y
b) El denominado "diálogo jurisprudencial".

La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CoIDH), se constituye de sus propias ejecutorias, en ejercicio de su función contenciosa. Resulta de mucha relevancia ya que no solo es orientadora para el Estado mexicano, como en un principio se estableció en el expediente Varios 912/2010,[53] sino que desde la Contradicción de Tesis 293/2011 resuelta por nuestro máximo tribunal, resulta obligatoria, aun y cuando verse en casos que no involucren al Estado mexicano.[54]

Adicionalmente, la CoIDH puede tomar en cuenta interpretaciones de derechos tutelados en la Convención Americana Sobre Derechos

el trabajo. Aunque de esta última la 108ª Conferencia de la OIT, celebrada del 10 al 21 de junio en el año 2019, se pronunció de alguna manera al observar el acoso laboral.

[51] *Cfr*. Aparicio Velázquez, José Alfonso y Pastrana González, Miguel Ángel, *op. cit., p.* 55.

[52] Aceptando que los asuntos son menores, pero con una mayor profundidad en su análisis, justo por la selectividad que priva en las instancias internacionales.

[53] Determinado en el Caso Rosendo Radilla Pacheco.

[54] Tesis: P./J. 21/2014 (10a.): "*JURISPRUDENCIA EMITIDA POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. ES VINCULANTE PARA LOS JUE-*

Humanos, establecidos en otros tratados internacionales (en una interpretación progresiva). Lo cual amplía su repertorio de normas para el análisis de los derechos humanos tutelados. Es posible, por ejemplo, que valore convenios de la Organización Internacional del Trabajo a la luz de un caso concreto.

Por otro lado, el denominado "diálogo jurisprudencial", refiere a la posibilidad que tienen los tribunales nacionales e internacionales de orientar sus determinaciones a partir de criterios previstos en sentencias nacionales e internacionales, aun y cuando no les sean obligatorias, con el fin de hacer una especie de derecho comparado y mejor resolver en casos nuevos en su jurisdicción.

> No hay diálogo solo de las cortes entre ellas mismas, sino también entre legisladores y cortes, entre doctrina y cortes, entre legisladores y doctrina. La fertilización recíproca puede ayudar a superar el fenómeno frecuente de la disociación entre formantes, del que habla Sacco, para quien las soluciones de los problemas jurídicos no siempre conformes, ni tampoco los formantes mismos, como se dice, "alineados".[55]

Razones por las que el estudio de jurisprudencia obligatoria de fuente internacional, y también la no vinculantes pero que alimenta a las que sí lo son, resulta de un valor muy exclusivo, no solo por sus emisores nacionales o internacionales, sino, sobre todo -como ya se ha insistido mucho en este texto-, por su contenido.

3. Criterios con proyección de jurisprudencia

Existe una tercera categoría, constituida en los criterios que no han alcanzado el grado de "jurisprudencia" en estricto sentido, menos estudiada pero que -como ya anoté-, puede también resultar nutritiva para el debate y formación del derecho en general y del laboral en particular.

CES MEXICANOS SIEMPRE QUE SEA MÁS FAVORABLE A LA PERSONA".

[55] Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Herrera García, Alfonso (coords.), *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales In memoriam Jorge Carpizo*, México, Tirant lo Blanch, CoIDH-IIDC-UNAM-, 2013, p. 34.

En la anotada categoría podríamos localizar dos sectores principales: i) el primero, referente a los criterios que emanan de tribunales, nacionales e internacionales; ii) el segundo, respecto de los criterios emanados de las determinaciones de órganos u organismos cuasi jurisdiccionales, igualmente nacionales o internacionales.

Algunos de los órganos y tipos de criterios emanados de estos, en la categoría y sectores propuestos, se describen en el siguiente cuadro:

TIPOS	ÓRGANOS	**CRITERIOS**
Criterios de tribunales nacionales	*Juntas de Conciliación y Arbitraje (federal y locales[56]) (JCA)*	• LAUDOS • CRITERIOS
	Juzgados de Distrito	• SENTENCIAS
	Tribunales Colegiados de Circuito	• TESIS AISLADAS
	Plenos de Circuito	• TESIS AISLADAS
	Suprema Corte de Justicia de la Nación (en Salas) (SCJN)	• TESIS AISLADAS
	Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF)	• TESIS AISLADA
Criterios de tribunales internacionales	*Corte Interamericana de Derechos Humanos (CoIDH)*	• OPINIONES CONSULTIVAS
Criterios nacionales de órganos cuasi jurisdiccionales	*Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Informacion y Protección de Datos Personales (INAI)*	• RESOLUCIONES • CRITERIOS
	Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación (CONAPRED)	• RESOLUCIONES POR DISPOSICIÓN
	Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH) y Comisiones locales de derechos humanos	• RECOMENDACIONES
Criterios de órganos no jurisdiccionales internacionales	*Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)*	• RECOMENDACIONES
	Consejo Económico y Social (ECOSOC)	• RESOLUCIONES
	Organización Internacional del Trabajo (OIT)	• RECOMENDACIONES

[56] Que respecto de los criterios de las JCA locales no se encuentran al acceso público en la mayor parte de las entidades federativas, y los usan como un manejo interno para uniformar sus maneras de resolver en cada Junta Local.

Consideraciones finales

En síntesis, la jurisprudencia concentra la definición de los derechos humanos más valida en un país, a través de la actividad judicial. El derecho del trabajo, como cualquier rama autónoma, modula dicha actividad y a su vez se modula por ese examen de los jueces (en una relación dialéctica). Es por ello que, para conocer la jurisprudencia laboral, debe establecerse la sapiencia en tres puntos fundamentales: i) las reglas de creación de jurisprudencia; ii) el andamiaje legislativo en materia laboral; y iii) la casuística desarrollada y reiterada.

Dichos saberes, creo haberlos dejado de manifiesto, con la adversidad de no poder abordar con mayor amplitud el último de ellos, que sin duda sería materia de un tratado teórico-práctico del desarrollo jurisprudencial en México. No obstante, y con el fin de no dejarlo obviado, en el apéndice de este texto encontrarán un muestrario.

Presumo que del estudio casuístico podría encoliguarse si de las coyunturas que vive México existe ya una solución o un pronunciamiento antiguo (como el caso del trabajo migrante, el trabajo doméstico o la relación laboral de los policías, por ejemplo).

Igualmente, desentrañar si vía jurisprudencia: las reformas en la materia realmente añaden más de lo que ya se ha dicho; qué normas han sido expulsadas del sistema positivo mexicano*;* qué derechos laborales inespecíficos han sido claramente desarrollados y cuáles aun son exclusivos de la doctrina académica ius laboralista. Es decir, nos permite conocer las constantes y variables en los derechos laborales y con ello tener un punto de referencia más exacto para impulsar la movilidad de nuestra materia.

Dicha actividad podría realizarse desde muchas y diversas actividades, como la que recientemente se ha conocido con el mote de "litigio estratégico" o el "litigio de combate"; la realización de protocolos (como los que ya empezado ha realizar la SCJN sobre la actuación en condiciones de perspectiva de género, discapacidad, entre otras temáticas transversales), el uso pedagógico como fuente obligada de los planes

y programas de estudio de la materia o bien como una manera de auditar la actividad judicial tan relevante para un Estado de derechos que se precie constitucional, social y democrático.

Frente a ello, tampoco puedo cerrar la presente colaboración admitiendo que la grave crisis de cultura de la legalidad, que campea en nuestro país, conlleva a que el desarrollo jurisprudencial termine como un conjunto de buenas intenciones dentro de todo un sistema jurídico que es inoservado constantemente o que lo que se ha conocido como "dictadura de las togas" sobrepase el sendero democrático de representación.

Existen retos diversos, en nuestra materia en particular advierto que en el máximo Tribunal del país hay ausencia de perfiles de juristas formados especialmente en el derecho social, la academia parece anquilosada y apenas motivada por los cambios de modelos laborales y, es notable la ausencia del foro laboral (ni litigantes, jueces o académicos) respecto de lo que se ha denominado como la *industria 4.0*, [57] (como una de las temáticas delineadas por las nuevas formas de producción).
En conclusión, deseo provocar el uso epistémico de la jurisprudencia en el derecho laboral en México, estableciendo algunas de sus claves para su comprensión teórica y práctica, como su naturaleza misma.

Apéndice

Brevemente se presenta una muestra representativa de jurisprudencias y criterios relevantes.

---

[57] En ese fenómeno de *industria 4.0* se da el llamado "trabajo colaborativo". Para mayor abundamiento en los precedentes judiciales en el mundo, al respecto *Cfr.* Carballo Mena, Cesar Augusto, "Vestigios del trabajo dependiente a propósito del escrutinio judicial de Uber Technologies, Inc. y Dynamex Operations West, Inc", *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, México, núm. 28, enero-junio 2019.

TIPO DE CRITERIO	CLASIFICACIÓN DEL CRITERIO	RUBRO/SÍNTESIS
Jurisprudencia Nacional	Reiteración (Sexta y séptima época)	Ley federal del trabajo. No es privativa.
	Contradicción De Tesis 291/2015	Salarios caídos. La reforma al artículo 48, párrafo segundo, de la ley federal del trabajo, de 30 de noviembre de 2012, no trasgrede el principio de progresividad ni es violatoria de derechos humanos.
	Contradicción De Tesis 344/2010.	Comisión nacional de los derechos humanos. Es competente el tribunal federal de conciliación y arbitraje para conocer de los conflictos que se susciten con sus trabajadores.
	Reiteración P./J. 1/96	Organismos descentralizados de carácter federal. Su inclusión en el artículo 1º de la ley federal de los trabajadores al servicio del estado, es inconstitucional.
	Reiteración 2a./J. 158/2015 (10a.)	Suplencia de la queja deficiente en el juicio de amparo laboral. La circunstancia de que sólo opere en beneficio del trabajador, no vulnera el derecho humano de igualdad y no discriminación.
	Contradicción De Tesis 194/2010	Pruebas en el juicio laboral. En su valoración es inaplicable el principio de que en caso de duda debe estarse a lo más favorable al trabajador.
	Reiteración P./J. 43/99	Sindicación única. Las leyes o estatutos que la prevén, violan la libertad sindical consagrada en el artículo 123, apartado b, fracción x, constitucional.
	Contradicción De Tesis 13/2013	Información pública. Tiene ese carácter la que se encuentra en posesión de petróleos mexicanos y sus organismos subsidiarios relativa a los recursos públicos entregados al sindicato de trabajadores petroleros de la república mexicana por concepto de prestaciones laborales contractuales a favor de sus trabajadores.

TIPO DE CRITERIO	CLASIFICACIÓN DEL CRITERIO	RUBRO/SÍNTESIS
	Contradicción De Tesis 21/2016	Convenios de terminación de la relación laboral. Para efectos de su validez, las partes no tienen la obligación de acudir ante la junta de conciliación y arbitraje competente para ratificarlos.
	Tesis Aislada Tesis: XI.1o.A.T.28 L (10a.)	Trabajadoras embarazadas al servicio del estado. Su despido constituye un acto de discriminación por la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran.
	Tesis Aislada Tesis: XX.3o.1 L (10a.)	Trabajadores de confianza. Son titulares del derecho de libertad sindical consagrado en el artículo 123, apartado a, fracción xvi, de la constitución política de los estados unidos mexicanos.
	Tesis Aislada 2007450. XI.1o.A.T.18 L (10a.).	Seguridad social. Los extranjeros tienen derecho a los beneficios derivados de ella si han desempeñado un trabajo, aun cuando omitan cumplir con las disposiciones administrativas de índole migratorio y carezcan de permiso para laborar.
	Recomendación General Número 34/2018 (CNDH)	Sobre el efecto del monto del salario mínimo en la dignidad de las trabajadoras, los trabajadores y sus familias, y su relación con el pleno goce y ejercicio de sus derechos humanos.
	Resolución Por Disposición 01/05 (CONAPRED)	Sobre el estigma de inutilidad al que es sujeto en la secretaría de marina uno de sus miembros que vive con vih, lo que le produce una afectación a sus derechos fundamentales: al trabajo, a la salud y a la no discriminación.

TIPO DE CRITERIO	CLASIFICACIÓN DEL CRITERIO	RUBRO/SÍNTESIS
	Recomendación Caso núm. 2478 (OIT-CLS) Federación Internacional de Trabajadores de las Industrias Metalúrgicas (FITIM) y Sindicato Nacional de Trabajadores Mineros, Metalúrgicos y Similares de la República Mexicana (SNTM-MSRM)	Caso: muerte de sindicalistas, actos de violencia y amenazas de muerte contra sindicalistas, destitución del comité ejecutivo nacional del sindicato querellante, establecimiento por la empresa y las autoridades de un sindicato paralelo, congelación de cuentas del sindicato y de sindicalistas, violaciones al derecho de huelga con intervención de las fuerzas del orden, detención de sindicalistas.
	Opinión Consultiva Oc-22/16 (De 26 De Febrero De 2016, Solicitada Por La República De Panamá) (CoIDH)	"Las personas jurídicas no son titulares de los derechos humanos contenidos en la convención americana. Por tanto, las personas jurídicas tampoco pueden ser consideradas víctimas de violaciones a derechos humanos en los procesos contenciosos ante el sistema interamericano no obstante, la corte sí tiene competencia para conocer de alegadas violaciones a los derechos de los sindicatos, las federaciones y las confederaciones. Esto dentro de los términos del 8.1.A del protocolo de san salvador, que les confiere la titularidad del derecho a formar federaciones y confederaciones nacionales e internacionales, así como a asociarse a las ya existentes y a funcionar libremente".

TIPO DE CRITERIO	CLASIFICACIÓN DEL CRITERIO	RUBRO/SÍNTESIS
Jurisprudencia Internacional Y Diálogo Jurisprudencial	Caso Lagos Del Campo Vs. Perú (Sentencia Corte Interamericana De Derechos Humanos, 31 De Agosto De 2017)	El 31 de agosto de 2017 la corte interamericana de derechos humanos dictó sentencia mediante la cual declaró la responsabilidad internacional del estado peruano en perjuicio del señor alfredo lagos del campo con motivo del despido irregular de su puesto de trabajo, con lo cual se declaró la vulneración del derechos a la estabilidad laboral (artículo 26 en relación con los artículos 1.1, 13, 8 Y 16 de la convención americana sobre derechos humanos). Asimismo, se declaró la vulneración del derecho a la libertad de expresión (artículos 13 y 8 en relación con el artículo 1.1 De la convención), así como del derecho a la libertad de asociación (artículos 16 y 26 en relación con 1.1, 13 Y 8 de la convención) y el derecho al acceso a la justicia (artículos 8 y 25 de la misma). La corte determinó por primera vez, que con esta sentencia se desarrolló y concretó una condena específica por la violación del artículo 26 de la convención, dispuesto en el capítulo iii, titulado derechos económicos, sociales y culturales de este tratado.
	Id SAIJ: FA05040439 Greppi, Laura Karina c/ Telefónica de Argentina S.A. s/ despido (Sentencia 31 de Mayo de 2005 Cámara Nacional De Apelaciones Del Trabajo. Capital Federal, Ciudad Autónoma De Buenos Aires Sala 09 Magistrados: Pasini-Balestrini)	Es un caso interesante (en argentina) por versar sobre un despido a causa de que un trabajador que envió un mail a sus compañeros de trabajo, instándolos a adoptar acciones colectivas pacíficas en solidaridad con los trabajadores de otra empresa (una empresa aérea), considerando a partir de ello un despido discriminatorio por importar una restricción impuesta por la empleadora al pleno ejercicio constitucional de propagar sus ideas.

Bibliografía

AGUILÓ REGLA, Josep, "Fuentes del Derecho", *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, México, vol. II, 2015.

APARICIO VELÁZQUEZ, José Alfonso, "La efectividad de los derechos y libertades contenidas en las normas internacionales del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, una visión comparada latinoamericana: la libertad sindical", *Revista chilena de derecho del trabajo y de la seguridad social*, Chile, núm. 11, vol. 6, 2015.

----------, y PASTRANA GONZÁLEZ, Miguel Ángel, "Perspectivas del derecho colectivo del trabajo en México, a la luz de sus reformas en el siglo XXI", en Kurczyn Villalobos, Patricia y Zavala Gamboa, Oscar (Coords.), *A cinco años de la reforma laboral: efectos, perspectivas y retos. Homenaje a Néstor de Buen Lozano,* México, Tirant lo Blanch-BMA, 2019.

----------, y ZAVALA GAMBOA, Oscar, "Labor impact of technological devices", *Revista IUS LABOR*, Barcelona, Universitat Pompeu Fabra, núm. 2, 2018.

CAPPELLETTI, Mauro, *The judicial process in comparative perspective, New York,* Oxford, 1989.

CARBONELL Y SÁNCHEZ, Miguel, "Sobre el concepto de jurisprudencia en el sistema jurídico mexicano", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, año XXIX, núm. 87, septiembre-diciembre 1996.

CARRILLO PRIETO, Ignacio, "De la vida y la obra de Mario de la Cueva", *Revista de la Universidad Nacional Autónoma de México*, México, núm. 527, diciembre, 1994.

DE LA CUEVA, Mario, *El nuevo derecho mexicano del trabajo*, México, Porrúa, 1966, t. I.

FALCÓN Y TELLA, María José, *La jurisprudencia en los derechos romano, anglosajón y continental,* Buenos Aires, Marcial Pons, 2010.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y HERRERA GARCÍA, Alfonso (coords.), *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales In memoriam Jorge Carpizo*, México, Tirant lo Blanch, CoIDH-IIDC-UNAM-, 2013.

FIX-ZAMUDIO, Héctor y COSSÍO DÍAZ, José Ramón, *El Poder Judicial en el ordenamiento jurídico mexicano*, México, Fondo de Cultura Económica, 1996.

FRAGA, GABINO, "Las atribuciones "cuasi-jurisdiccionales" de la administración", *Revista de Administración Pública*, México, Edición Especial, 1982.

GUERRA AGUILERA, José Carlos, *Boletín del Instituto de Investigaciones Jurídicas*, Universidad de Guanajuato, Facultad de Derecho, núm. 25, enero-marzo de 1987.

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURISPRUDENCIALES Y DE PROMOCIÓN Y DIFUSIÓN DE LA ÉTICA JUDICIAL, *Apuntes de Jurisprudencia*, México, IIJPDEJ, 2007.

MOLINA SUÁREZ, César De Jesús y CÁRDENAS GUTIÉRREZ, Salvador, "Historia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación 1808-2006", *Revista Cuestiones Constitucionales*, México, núm. 16, enero- julio de 2017.

NAVA GOMAR, Salvador, "La sentencia como palabra e instrumento de la comunicación", *Revista Justicia Electoral*, México, vol. 1, núm. 6, 2010.

PASCO COSMÓPOLIS, Mario, "Los derechos laborales inespecíficos", *Revista chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Chile, vol. 3, núm. 5, 2012.

PEÑA COLLAZOS, Wilmar "El estudio de caso como recurso metodológico apropiado a la investigación en ciencias sociales", *Revista educación y desarrollo socia*l, vol. 3, núm. 2.

PRIETO SANCHÍS, Luis, "Ferrajoli y el neoconstitucionalismo principialista. Ensayo de interpretación de algunas divergencias", *DOXA*, *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, núm. 34, 2011.

SÁNCHEZ CASTAÑEDA, Alfredo, "¿Una reforma laboral fallida?", publicado en *Periódico el Universal*, sección de Opinión, 4 de marzo de 2019.

ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil*, 11a. ed., España, Trotta, 2018.

¿UN NUEVO ESCENARIO PARA LOS DATOS PERSONALES DE LOS TRABAJADORES EN LA INDUSTRIA 4.0?

Oscar Zavala Gamboa[1*]

"Todo mi reconocimiento y admiración a la trayectoria académica de la Dra. Patricia Kurczyn Villalobos. Gracias por sus enseñanzas y por la oportunidad de aprender a su lado".

SUMARIO: *Resumen*. I. *Introducción*. II. *La industria 4.0 en la prestación del trabajo*. IV. *¿Qué pasa con los datos personales en las relaciones laborales?* V. *A manera de conclusión. Bibliografía.*

Resumen: Ante los nuevos desarrollos tecnológicos resulta difícil dejar de pensar su impacto en todos los ámbitos de la vida, en donde el medio cibernético y la innovación están al servicio de la producción de bienes y servicios que hasta hace poco nos parecían imposibles. Tal impacto no pasa desapercibido en el Derecho Laboral, lo que trae consigo la afectación a los derechos humanos laborales, pues se ven afectadas la naturaleza e integridad de las relaciones laborales al diversificarse las funciones de los trabajadores, así como el manejo sus datos personales al no atender la seguridad que ameritan. Este nuevo esquema de la industria necesitará buscar alternativas de conciliación con los derechos humanos laborales para no encontrarse en pugna constante.

I. Introducción

En 1949 George Orwell publicó su famosa novela "1984", libro mucho más que futurista para su época, donde la figura del *Big Brother* resultó enigmática al estar vinculada no solamente con gobiernos autoritarios, sino también con un ente que controla la información de los individuos y es omnipresente en la vida de las personas.

[1*] Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México y de la Escuela Libre de Derecho.

Sin lugar a duda, Orwell fue visionario, pues con las transformaciones tecnológicas de la actualidad prácticamente vivimos frente a un *Big Brother* siempre presente en todos los ámbitos de nuestra vida, y donde el intercambio de datos personales resulta fundamental para la operación de sistemas bancarios, de salud, comerciales, industriales, de servicios, entre muchos otros. Esta cuestión resulta de gran relevancia y representa un reto, por encontrarse el derecho a la intimidad y la protección de datos personales, frente a nuevos escenarios cada vez más complejos y sofisticados.

En ese sentido, las preocupaciones de los juristas norteamericanos Samuel Warren y Louis Brandeis, pioneros en la protección al derecho a la intimidad, son de consideración pues la protección de este derecho se enfrenta ante los nuevos desarrollos tecnológicos que permiten y requieren de un mayor flujo de información –especialmente de datos personales- en los sectores público y privado. Lo desafortunado es que no siempre se encuentran adecuadamente regulados y sujetos a la protección legal, por lo que hay un riesgo latente de que esa información llegue a manos equivocadas o que se utilice para fines distintos a los autorizados.

Ante esas circunstancias, aparece en el foro político, social, económico y tecnológico, la noción de *Industria 4.0,* que no tiene una fecha exacta de surgimiento, pero bien podemos ubicarla como una tendencia de los últimos diez años, dentro de un entorno cibernético y de innovación en el sector productivo que prácticamente nos hace pensar en una nueva revolución industrial, donde las máquinas cada vez más sofisticadas en sistemas digitales y de comunicación, tienen una función novedosa en la producción de bienes y servicios, que hasta hace poco nos hubiera parecido inimaginable.

Ese entorno novedoso representa un reto para distintos ámbitos de nuestras vidas, pero resulta imposible dejar de observar uno en particular que, históricamente y por su propia naturaleza, se ve afectado por estas transformaciones, me refiero específicamente a las relaciones laborales, donde la función del trabajador se diversifica y busca adaptarse a los escenarios que se presentan.

Estas transformaciones industriales afectan a la integridad de las relaciones laborales, desde las características propias de la prestación del trabajo, donde la flexibilidad laboral juega un papel fundamental, hasta los derechos laborales inespecíficos del propio trabajador, como es el caso de la protección de sus datos personales.

Es por ello que consideramos relevante analizar el tema de la *industria 4.0* desde esas dos perspectivas: i) el impacto de esta industria en la prestación del trabajo, y ii) los efectos que se traducen en una regulación especial para la protección de los datos personales de los trabajadores.

II. La industria 4.0 en la prestación del trabajo

El término *industria 4.0* describe un nuevo modelo de organización y de control de la cadena de valor, a través del ciclo de vida del producto y a lo largo de los sistemas de fabricación, apoyado y hecho posible por las tecnologías de la información. Este término, utilizado por primera vez en Alemania, y de uso común en Europa, se emplea como sinónimo de "Fábrica Inteligente" o "Internet industrial", pero en todo caso, la noción busca reconocer que los procesos de fabricación se encuentran en una *revolución industrial* producida por el avance de las tecnologías de la información, particularmente de la informática y el software.[2]

Como lo hemos referido, esta tendencia de modernización apunta a lo que se considera como una *cuarta revolución industrial,* donde la tecnología tiene una función especial en la producción de bienes y servicios. Basta con observar su importancia en el desarrollo de las actividades cotidianas, para advertir la necesidad cada vez mayor, de avances tecnológicos que faciliten la realización de tareas comunes.

No obstante, no debemos confundir el desarrollo de las tecnologías de la información que los sistemas productivos consideraron como la *tercera revolución industrial,* donde la electrónica y la informática jugaron un papel fundamental en la producción automatizada. En esta *cuarta*

[2] Del Val Román, José Luis, *Industria 4.0: la transformación digital de la industria*, Informe de la Conferencia de Directores y Decanos de Ingeniería Informática, 2016.

revolución industrial, tenemos una transformación y no solo una evolución de la noción de máquina, pues ahora incorporamos otro tipo de elementos como el uso de Sistemas Ciber Físicos (CPS por sus siglas en inglés *Cyber Phisical Sytems*), lo que implica una nueva función de la tecnología, no solo como facilitadora del trabajo humano, sino en muchos más casos, como sustitutivo de éste, cuestión que desde luego impacta en las relaciones laborales.

Es por ese motivo que los efectos de la *industria 4.0* más estudiados y que más debate generan, son los que tienen que ver con el empleo. Lo anterior es así, ya que el proceso de automatización provoca un efecto de sustitución y destruye puestos de trabajo en determinados sectores y empleos; aunque también debemos considerar la existencia del efecto de complementariedad, en el que hay puestos de trabajo donde la automatización coadyuva al desarrollo las tareas del trabajador, por lo que se incrementa la productividad y la remuneración. Más allá de estos dos efectos, la innovación tecnológica expande la frontera de producción, ya que con los mismos recursos se puede producir más.[3]

En cualquiera de los dos casos, las relaciones laborales se enfrentan a escenarios complejos, en los que nociones fundamentales de derecho del trabajo, como la naturaleza clásica de subordinación y la contratación tradicional de trabajadores se enfrentan a importantes cuestionamientos,[4] no sólo en su ámbito sustancial, sino también en lo que consideramos como derechos laborales inespecíficos, pues al modificarse los esquemas tradicionales de empleo, las repercusiones se dan en todos los niveles. Es en ese sentido que resulta relevante laboralizar el análisis

---

[3] Blanco, Raúl, Fontrodona, Jordi, *et al.*, "La industria 4.0: El estado de la cuestión", Economía Industrial, Prospectiva y Vigilancia Tecnológica e Inteligencia Competitiva, España, núm. 406. 2017, pp. 155-156.

[4] Al respecto, véase: Kurczyn Villalobos, Patricia, "Los atentados al contrato de trabajo", en Kurczyn Villalobos, Patricia (coord.), ¿Hacia un nuevo derecho del trabajo?, México, UNAM, 2003, pp. 77-86, y Sánchez-Castañeda, Alfredo, "¿Hacia la decadencia del contrato de trabajo?", en Kurczyn Villalobos, Patricia y Puig Hernández, Carlos, (coords.), *Estudios jurídicos en homenaje al doctor Néstor de Buen Lozano*, IIJ-UNAM, México, 2003, pp. 767-790. Donde se analiza la transformación de la figura del contrato de trabajo, particularmente en transición a las nuevas relaciones laborales.

de la *industria 4.0*, para analizar la forma en que el desarrollo tecnológico debe coexistir con los derechos de los trabajadores, propiamente laborales o aquellos que ostentan en su calidad de personas.

Cabe señalar que en el año 2013, el Banco Mundial[5] publicó el informe *Connecting to Work: How information and communication technologies could help expand employment opportunities,* en el que se destacó que las tecnologías de la información y las comunicaciones (TIC) están transformando el mundo del trabajo mediante la creación de nuevas oportunidades de empleo y el aumento de la innovación, inclusión y globalización de los mercados laborales, debido a las tres tendencias que impulsan este cambio: una mayor conectividad, la capacidad de trabajar a distancia o en la modalidad de subcontratación, y la globalización de las competencias.

Como observamos, la revolución tecnológica invariablemente está relacionada, por un lado, con la generación de nuevos empleos que, si bien no escapan de la precariedad o la flexibilidad, representan un mecanismo de acceso al mercado laboral; pero, por otro lado, encontramos otra cuestión que debe ser analizada: la revisión del entono tecnológico que prescinde de la fuerza humana como motor del trabajo. De ambos temas me ocupo a continuación.

1. Flexibilidad laboral e industria 4.0

Las nuevas relaciones de trabajo, o por lo menos las que mayor presencia tienen en el mercado laboral contemporáneo, se caracterizan por la inestabilidad en el empleo y la precarización del mismo; por las altas tasas de desempleo abierto y la generalización del trabajo no asalariado; por la desindexación automática de los salarios en función de la evolución del costo de vida y en relación con la productividad y calidad del mismo, e incluso de la turbulencia de los mercados. Fenómenos laborales en los que nociones como flexibilidad salarial, interna, externa o

[5] Véase, Siddhartha Raja, SaoriImaizumi. *et al., Connecting to work: How information and communication technologies could help expand employment opportunities,* Washington DC, 2013.

funcional, aparecen como reglas y no como excepciones.[6]

Es en ese aspecto donde se incorpora la relevancia de la *industria 4.0*, pues como lo hemos referido, en esta industria los componentes de la cadena de producción, como son las máquinas y las herramientas, pasan de ser pasivos a actuar en el propio proceso productivo, comunicándose entre sí y con el ser humano; es decir, son activos.[7]

Lo anterior tiene implicaciones fundamentales en el derecho del trabajo, si tomamos en consideración que uno de los aspectos más elementales de la flexibilidad radica en el cambio de la empresa como lugar de trabajo, situación que si la vinculamos con el proceso de digitalización de la cuarta revolución industrial[8], se nos presentan aspectos de teletrabajo o prestación internacional de servicios mucho más complejos en los que las herramientas tecnológicas son determinantes para la realización de las tareas, pues sin éstas, la prestación del servicio es, simple y sencillamente, inconcebible.

Si bien se habla del concepto de flexibilidad laboral desde los años ochenta, con la *industria 4.0*, dicha noción no solo se ve justificada por su necesidad, sino que permite la realización de funciones que sin el adelanto tecnológico serían imposibles de realizar, o por lo menos no con la eficiencia que se pretende. No obstante, lo sofisticado de las plataformas digitales presenta importantes retos para el derecho del trabajo, como en el caso de un fenómeno conocido como *uberización* de las relaciones de trabajo, en donde resulta complicado no solo la identificación de la relación laboral, sino la determinación de derechos y obligaciones que se derivan de ésta.

Concebir el servicio *uber* de transporte o las conferencias internacionales en *Skype*, no es posible sin identificar a esas plataformas digitales o

---

[6] Sánchez-Castañeda, Alfredo, *Las transformaciones del derecho del trabajo,* México, UNAM, p. 7.

[7] Kahale Carrillo, Djamil Tony, "El papel de la Administración Pública en la implantación de la Industria 4.0", *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Italia, vol. 6, núm. 1, enero-marzo de 2018, p. 140.

[8] *Cfr.,* Wolfgang, Schroeder, *La estrategia alemana Industria 4.0: el capitalismo renano en la era de la digitalización*, Friedrich-Ebert-Stiftung, Oficina en Madrid, España.

aplicaciones, como parte activa del proceso de prestación de servicios, donde no es fácil identificar si la *industria 4.0* se constituye como un elemento de sustitución, de complementariedad o si dichos avances tecnológicos escapan de la regulación de determinado país por el lugar donde se encuentran legalmente constituidos; eso sin considerar el constante flujo de datos personales que también tiene una regulación específica.

En el pasado, las sucesivas revoluciones industriales han comportado crecimiento económico y aumento de rentas a largo plazo; sin embargo, a corto plazo, los trabajadores de la primera revolución industrial que no perdieron el trabajo no vieron aumentar el salario real durante décadas, a pesar de que su productividad mejoró de forma sustancial[9].

Así, la cuarta revolución industrial presenta un escenario en el que se redefine la productividad. Lo que está en debate es su interrelación con el derecho del trabajo y si es necesaria una regulación que dote a esta disciplina jurídica de nuevos alcances ante los retos que enfrenta, reflexión que ya realicé hace varios años y que me parece oportuno retomar en estas consideraciones:

> Para promover alguna defensa legislativa se estima necesario recordar cuál es la razón del ser del derecho del trabajo. Su fundamento, sus finalidades y sus características, se vinculan estrechamente con su origen mismo y en el centro de todo ello está el ser humano acompañado de su dignidad, de sus necesidades, de sus aspiraciones y del recuerdo de sus luchas por alcanzar la igualdad, la libertad y la justicia, valores irrenunciables.[10]

2. ¿Puede el desarrollo de la Industria 4.0 sustituir al trabajo humano?

Se suele decir que la mayoría de los niños que hoy empiezan su etapa escolar acabarán en empleos que aún no se han inventado, y si bien esta afirmación no tiene respaldo en algún estudio real o hechos concretos

---

[9] Blanco, Raúl, *et al., op. cit.,* p. 156.

[10] Kurczyn Villalobos, Patricia, *Las nuevas relaciones de trabajo*, México, Porrúa, UNAM, 1999, p. XXIII.

que hayan determinado con precisión esta situación, sí que responde a la sensación general de cambio que se percibe durante estos últimos años, sobre todo en el ámbito de la *industria 4.0*.[11]

Solo necesitamos observar en diversas partes del mundo, la proliferación de profesiones y actividades de las que antes no teníamos conocimiento de su existencia, o cuya importancia nos parecía secundaria o simplemente irrelevante. Por lo menos en México, en las páginas de internet que ofrecen empleos, es fácil encontrar una demanda considerable para ámbitos relacionados con cualquier industria o ramo, pero siempre vinculados con tecnologías de la información y comunicación.

En ese sentido, si bien resulta preocupante que la *industria 4.0* haya traído un efecto sustitutivo de la fuerza de trabajo, no debemos perder de vista lo referido por el Maestro Néstor de Buen en relación a que la historia del trabajo es la historia del hombre, por lo que no podemos concebir que el hombre haya vivido en algún momento sin realizar algún trabajo, lo que ha cambiado y debemos analizar es el valor tan diferente que se le ha dado al trabajo a través de la historia, según el momento y las circunstancias en que éste se ha desarrollado.[12]

Lo anterior nos conduce a la consideración de que el efecto sustitutivo de la fuerza de trabajo representa un reto para los mercados laborales. Sin embargo, en el largo plazo el desarrollo de políticas públicas y educativas debe tener en mente la necesidad de privilegiar la capacitación y adiestramiento en nuevos ámbitos de la industria con el objetivo de que el trabajo humano siga siendo referente y base para la prestación de servicios. Situación que debe atenderse de inmediato, pues en el corto plazo ese efecto sustitutivo se ha traducido en trabajo precario o en pérdida de empleos.

---

[11] Pernías Peco, Pedro A., "Nuevos empleos, nuevas habilidades: ¿Estamos preparando el talento para la cuarta revolución industrial?", *La economía digital en España*, España, Información Comercial Española, núm. 898, septiembre-octubre de 2017, p. 59.

[12] Buen Lozano, Néstor de, *Derecho del Trabajo*., 13ª ed., México, Porrúa, 2000, t. I., p. 21.

III. ¿Qué pasa con los datos personales en las relaciones laborales?

Uno de los signos de las democracias contemporáneas es la separación entre las actividades públicas y privadas de los individuos. Si esa separación no existiera se correría el riesgo de caer en alguno de los dos extremos siguientes: o bien se pulverizarían varios de los derechos fundamentales más importantes dentro de la lógica del Estado constitucional (como el derecho a la inviolabilidad del domicilio la libertad de creencias, la libertad ideológica, la libertad de procreación, etcétera), o bien – en el otro extremo- se diluirían varios de los sistemas de control que actualmente existen para verificar la actuación de las autoridades (las reglas de comportamiento que rigen en el ámbito público son distintas de las que existen en el ámbito privado, y para los funcionarios públicos se crea todo un sistema de mecanismos de verificación que solamente se puede mantener para el caso en que la distinción entre público y privado sea clara).[13]

La evolución que ha tenido el tema de la protección de datos personales, responde a toda una concepción de reconocimiento de éste como un derecho humano que debe ser garantizado, y que se configura como un poder de control sobre la información de una persona, que la faculta para decidir qué datos quiere proporcionar a un tercero, sea un particular o el propio Estado; y qué datos de ella se pueden recabar, dando la posibilidad de saber quién los posee y para qué, y aún más, contar con la facultad de oponerse a dicha posesión o uso.

De ahí la relevancia de trasladar este tema al plano de las relaciones laborales, las cuales, como lo he referido, tienen características especiales, al estar constituidas por un elemento muy importante que las distingue de otro tipo de relaciones jurídicas, como es el caso de la *subordinación*, por parte del trabajador hacia el empleador.

Lo anterior quiere decir que hay una especie de potestad de mando o dirección que el empleador dirige hacia el trabajador y que en el caso

---

13 Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales en México,* Porrúa, México, 2006, p. 450.

específico se encuentra sostenida por el sistema legal, generándose además en esa relación, un cúmulo de derechos y obligaciones correlativos entre los sujetos que participan en ella, que en algunos casos genera una especie de choque entre el derecho de protección de datos personales y esa potestad de mando.

Sin embargo, no es suficiente el reconocimiento de un derecho a la protección de datos personales del trabajador, para conseguir la limitación de manera automática del poder de mando o dirección del empleador, pues el problema realmente es determinar cuáles son las barreras o límites a dicho poder.

Así, la concepción de la persona como portadora de derechos humanos en sus diferentes relaciones –incluida la laboral- colisiona con la práctica al encontrarse constituida sobre un modelo de sujeción plena y exclusiva del trabajador al poder directivo y de control del empleador,[14] y sujeto a las restricciones que justifican la ejecución del trabajo, que a manera de ejemplo podemos citar entre ellas las siguientes: desde indagar en antecedentes de la vida privada del trabajador, ya sea en su condición de salud, datos relativos a su vida familiar, e incluso sexual, antecedentes penales, etc., durante el proceso de selección para ocupar un cargo, como durante el tiempo que el trabajador permanece en la empresa, por ejemplo, fotografías, videograbaciones de seguridad de la empresa, huellas digitales, los datos con los que aún se cuenta del trabajador después de que se termina la relación laboral; hasta datos relativos a su ideología política, afiliación sindical, entre otros.

Es entonces que sostenemos la necesidad del análisis sobre la tensión entre ese poder de mando y la privacidad e intimidad del trabajador, a través de la proporcionalidad y congruencia que debe permear cuando se lleva a cabo el tratamiento de datos personales de los trabajadores, cuáles son los límites a dicho tratamiento, así como los principios y deberes con los que se debe cumplir, pues consideramos que en la relación

---

[14] Ermida Uriarte, Óscar y Hernández Álvarez Óscar, "Crítica de la subordinación", en Kurczyn Villalobos, Patricia y Puig Hernández, Carlos, (coords.), *Estudios Jurídicos en homenaje al doctor Néstor de Buen Lozano,* México, IIJ-UNAM, 2003, p. 272.

laboral hay restricciones a ciertos derechos que en otros contextos difícilmente tienen lugar.

Todo ello con la finalidad de tomar en cuenta, aunque de manera escasa, el desarrollo normativo y jurisprudencial que el tema ha tenido tanto en el plano internacional como en el caso mexicano, que posibilite el conocimiento de los principios y deberes que en la actualidad se aplican a todos aquellos sujetos que llevan a cabo tratamiento de datos -incluido el empleador-, lo cual se convierte en un marco de actuación que fija los límites a los que se encuentra sujeto dicho tratamiento, sobre todo en una época como la actual donde el auge de las tecnologías de la información y la comunicación representan nuevos retos y perspectivas.

1. Subordinación y protección de datos de los trabajadores

De acuerdo con lo que sostiene Mario de la Cueva, la subordinación es una relación jurídica que descompone dos elementos: "una facultad jurídica del patrono en virtud de la cual puede dictar lineamientos, instrucciones u órdenes que juzgue convenientes para la obtención de los fines de la empresa; y una obligación igualmente jurídica del trabajador de cumplir esas disposiciones en la prestación de su trabajo".[15]

En el derecho del trabajo, desde una visión tradicional, la subordinación es concebida como el elemento característico de toda relación laboral y es, sin lugar a dudas, el elemento que se encuentra en mayor predicamento ante las nuevas modalidades de contratación laboral, que al buscar desvirtuar la prestación de un servicio, han recurrido a técnicas de ocultamiento o simulación, representando un verdadero reto al momento de establecer derechos laborales, lo que deja ver la necesidad de evolución de esta noción[16] ante el debilitamiento que tiene la visión clásica[17].

---

[15] Cueva, Mario de la, *Derecho del trabajo,* México, Porrúa, 2003, t. l, p. 203.

[16] Supiot, A., (coord.), "Au-delà de l'emploi: Transformations du travail et devenir du droit du travail en Europe", Informe para la Comisión Europea, Flammarion, París, Francia, 1999, p. 36.

[17] Si bien el objeto del presente análisis no corresponde a esta problemática. En otro momento se ha propuesto que la evolución de la subordinación debe considerar

La noción de subordinación tiene mucho camino recorrido en la doctrina laboral pero en el caso mexicano es poca la regulación existente que permita identificar sus elementos y sus alcances, lo que en el caso concreto dificulta la conceptualización respecto de la protección de los datos personales de los trabajadores.

Es por lo anterior que para efectos de referencia, retomamos la doctrina y legislación francesa que clasifica los poderes otorgados al empleador por medio precisamente de la subordinación,[18] de la siguiente forma: *Poder de dirección,* que le permite al empleador tomar decisiones tanto de gestión de la empresa como de la administración de los recursos humanos; *Poder reglamentario,* que faculta al empleador para establecer reglamentos interiores de trabajo de forma unilateral; y el *Poder disciplinario,* que faculta al empleador para sancionar a los trabajadores cuyo comportamiento sea inadecuado o contravenga las disposiciones legales o de los reglamentos interiores del trabajo.

En esas consideraciones llega el primer gran cuestionamiento: ¿Los poderes del empleador son suficientes para indagar en la vida privada del trabajador?, y ante esa interrogante, aparece una respuesta que podría ser aceptada en una realidad donde los empleadores para contar con elementos que le permitan hacer una selección del personal, en aras de ese derecho a la libertad de contratación, recaban datos personales de distinta índole que en ocasiones vulneran el respeto a la esfera individual del trabajador a la que no cualquiera puede tener acceso.

Y es que la relación laboral puede llegar a condicionar el ejercicio de algunos derechos del trabajador, pues se busca justificar con dicha condicionante o restricción la ejecución del trabajo, de tal forma que en otros contextos seguramente no sucedería.

---

a los poderes del empleador como los elementos distintivos de la relación laboral. A respecto, véase: Zavala Gamboa, Oscar, "El poder del empleador como elementos distintivos de la relación laboral", *Revista internacional y comparada de relaciones laborales y derecho del empleo,* Associazione per gliStudiInternazionali e ComparatisulDiritto del Lavoro e sulleRelazioniIndustriali, Italia, vol. 2, núm. 3, julio-septiembre de 2014.

[18] Rivas, Daniel, *La subordinación. Criterio distintivo del contrato de trabajo,* reimpresión, Montevideo, Uruguay, Fondo de Cultura Universitaria, 1991, p. 38.

Es por ello que consideramos importante resaltar que el derecho humano a la protección de datos personales no puede ser limitado o restringido sino por otro de igual jerarquía, sin que haya un daño al derecho de que se trata. Cuestión que también encuentra importante colisión de derechos cuando se tratan de determinar los límites del empleador, como propietario de las herramientas de trabajo: ¿qué tanto puede el empleador revisar el correo electrónico institucional de su trabajador u otros medios que le proporcione?, ¿qué tanto puede el trabajador tener cosas personales en los medios de trabajo?, ¿la videovigilacia en los centros de trabajo se justifica o es una medida invasiva a la privacidad?, ¿qué tanto es posible establecer medios de geolocalización en las relaciones laborales?, ¿hay una forma para determinar límites entre estas cuestiones? son preguntas frecuentes que aún no tienen una respuesta homogénea y que cada vez tienen mayor presencia, y más ahora que hablamos de *Industria 4.0.*[19]

Incluso, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) ha tenido ciertas consideraciones en este tema, particularmente a través del *Repertorio de recomendaciones prácticas para la protección de los datos personales de los trabajadores*, mismo que abarca rubros relevantes como el acopio, conservación, almacenamiento, uso y comunicación de datos, especialmente en escenarios más complejos y propensos a la simulación, como las agencias de colocación, la subcontratación, el teletrabajo, el trabajo transfronterizo o en casos más específicos, como las relaciones colectivas de trabajo y el derecho a la sindicación.

La OIT limita a los empleadores en el manejo de los datos personales de los trabajadores, en aspectos estrictamente necesarios como el perfil para la selección de los candidatos; la formación y promoción del personal; la salvaguarda de la seguridad personal y laboral; y el control de calidad en las actividades realizadas. No obstante estos avances, la

[19] Al respecto, véase: Aparicio Velázquez, José Alfonso y Oscar Zavala Gamboa, "Impacto laboral del uso de dispositivos tecnológicos en México", *Revista IUSLabor*2/2018, UniversitatPompeuFabra, Barcelona https://www.upf.edu/documents/3885005/214133705/2.CLLD. pdf/e0dd01d5-be3f-a334-13c6-6a1c320941ac.

evidencia indica que han sido insuficientes, y en muchos casos limitados y hasta anacrónicos ante los escenarios laborales complejos que hemos referido.

2. ¿Qué principios y deberes deben prevalecer en el tratamiento de datos personales de los trabajadores?

Las diferentes posturas normativas y doctrinales establecen los alcances o niveles de protección de la información personal; para algunos se trata del derecho a la intimidad, para otros se trata de la libertad informativa o autodeterminación informativa o bien protección de datos personales. Por ejemplo, en Estados Unidos la distinción se traza en la expresión "protección de la intimidad", mientras que en los países de tradición romano-germánica prefieren la expresión "protección de datos". También existe diferencia desde el nivel de protección jurídico de este derecho; algunos fundamentan la necesidad de proteger el derecho desde la Constitución y con la creación de una garantía específica, otros sostienen que basta con una ley sobre la materia. No obstante, predomina la existencia de valores y principios de buenas prácticas en materia de protección de datos personales en los diferentes ordenamientos jurídicos.[20]

En esas consideraciones, desde el punto de vista de la doctrina laboral cuando se refiere al deber de respetar la vida privada del trabajador, lo hace desde la perspectiva de analizar las obligaciones del empleador para lograr dicho respeto, incluyendo el deber de respetar la intimidad del trabajador y el deber de reserva de las informaciones personales del trabajador en poder del empleador.

Así, partiendo de la premisa de que existe determinada información del trabajador que no puede ser conocida por el empleador, surge la pregunta de ¿cuál es esa información?

Como ya se comentó en apartados anteriores, dicha determinación resulta compleja, pues es necesario tomar en cuenta la legislación que en materia de protección de datos personales tenemos en México, la

[20] Villanueva, Ernesto, y Nucci, Hilda, *Comentarios a la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de Particulares,* México, Novum, 2012, p. 56.

cual nos puede fijar las pautas generales que se deben seguir. Sin embargo, será en el caso concreto en el que se lleve a cabo un examen que permita saber si los datos que del trabajador se recaban resultan idóneos y proporcionales y no menoscaban otros derechos.

Al respecto, para el caso mexicano la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares (LFPDPPP) establece ocho principios que se deben observar siempre en la materia: licitud, consentimiento, información, calidad, finalidad, lealtad, proporcionalidad y responsabilidad; y dos deberes: seguridad y confidencialidad.

Estos principios se articulan y actualizan en cada ocasión donde el particular proporcione a un tercero sus datos. Dicha entrega y manejo de los mismos, deberá ajustarse a los principios referidos. En ese sentido, el derecho a la protección de datos reconoce a la persona un poder de control sobre la información personal que le concierne, sobre su utilización y destino para evitar usos ilícitos.[21]

El principio de licitud se refiere a que el tratamiento de los datos personales debe estar amparado en las bases jurídicas establecidas en la Ley de la materia (LFPDPPP), lo cual quiere decir que su tratamiento no puede llevarse a cabo simplemente porque los datos se encuentren disponibles o porque el responsable los recopile o los procese para hacerlos útiles.

Otro de los principios sumamente importante es el de consentimiento pues al ser la base del tratamiento de los datos personales debe siempre estar sujeto a la manifestación de voluntad del titular, cuya obtención debe ser libre, pacífica e informada (artículo 9o. de la LFPDPPP).

Por otro lado, el principio de información se entiende como aquella obligación que tiene el responsable de dar a conocer al titular qué datos se recaban, y con qué fines a través del llamado Aviso de privacidad.

---

[21] Tenorio Cueto, Guillermo y Rivero del Paso, María, "Análisis crítico de la protección de datos en México", en Tenorio Cueto, Guillermo (coord.), *Los datos personales en México. Perspectivas y retos de su manejo en posesión de particulares,* México, Porrúa, 2012, p. 56.

El principio de calidad se refiere a que el responsable del tratamiento de los datos personales debe adoptar las medidas necesarias para garantizar que estos sean correctos, pertinentes y actualizados, lo cual ayuda a que se pueda cumplir con el principio de finalidad que limita el tratamiento de esos datos respecto al propósito para el que fueron obtenidos, dando certeza al titular sobre el uso que se les dará.

Será el principio de lealtad el que impida que el tratamiento de los datos no sea acorde con lo que en un principio se estipuló, obligando al responsable a buscar la mayor claridad en sus relaciones con los titulares de la información.

Uno de los principios que en el caso concreto resulta de mucho cuidado, es el de proporcionalidad, pues en la relación laboral como ya hemos sostenido con anterioridad, la información que del trabajador se recaba suele ser en ocasiones excesiva con respecto a la finalidad para la cual se requiere. Por ello en aras de este principio, el responsable debe limitarse a recabar los datos del trabajador que sean estrictamente necesarios para cumplir con la relación de trabajo.

Sin embargo, es difícil fijar los límites del tratamiento pues, en el caso del empleador, la mayoría de las veces justifica la recolección de datos bajo el argumento de la libertad de contratación, por lo que deberá entonces cumplir además con el principio de responsabilidad, debiendo adoptar de esta forma las medidas que garanticen el cumplimiento de todos los principios ya señalados y el debido tratamiento y protección de los datos personales.

De manera complementaria el responsable tiene la obligación por un lado de adoptar medidas técnicas, físicas y administrativas que permitan proteger los datos contra daño, perdida, alteración o destrucción, o el uso, acceso o tratamiento no autorizado, tomando en cuenta el riesgo existente, las posibles consecuencias para los titulares, la sensibilidad de la información y el desarrollo tecnológico (Artículo 19 de la LFPDPPP) y por el otro el deber de guardar confidencialidad respecto de los datos que trata, aún después de finalizar su relación con el titular.

Es así que la LFPDPPP, de forma genérica regula el tratamiento de datos personales de todos aquellos responsables que los obtienen, usan, divulgan o almacenan, y en el caso de los empleadores, ésta Ley también es aplicable a ellos, por fungir como responsables de toda la información de los trabajadores a la que tienen acceso, aprovechan, manejan, transfieren o de la que disponen.

IV. A manera de conclusión

Los avances tecnológicos demandan del derecho una herramienta que permita garantizar la salvaguarda de los datos personales que son almacenados, sin perder de vista la necesidad de iniciar "un nuevo diálogo sobre la privacidad"[22].

Los avances en la ciencia hacen que cada vez, con mayor facilidad, personas y entes públicos y privados tomen decisiones con base en estadística. Sin embargo, la misma tecnología permite que haya filtraciones de dicha información, de manera intencional o accidental. El escape de dicha información resulta en la vulneración de la privacidad y control de los individuos de cuya información se trate.[23]

Durante las últimas dos décadas, las revoluciones tecnológicas han tenido impactos en todos los ámbitos de la actividad en sociedad y el campo del trabajo no es la excepción. Tal y como ocurrió en la Revolución industrial, nuevamente la mano de obra se encuentra inmersa en un proceso de transformación que coloca a trabajadores y empleadores en una situación de modernidad que no en todos los casos es comprendida o aceptada por quienes están acostumbrados a desarrollar sus labores en esquemas tradicionales.

Es en este sentido donde la legislación laboral ha sido insuficiente en la regulación de este tema fundamental, por lo que la protección de los datos personales de los trabajadores está en una agenda de pendientes

---

[22] Al respecto, véase: Etzioni, Amitai, *Los límites de la privacidad,* Buenos Aires, Euros Editores, 2012.

[23] *Ibidem*, p. 51.

de adecuación a los escenarios actuales con el objeto de garantizar la igualdad de oportunidades para la permanencia, promoción y desarrollo en el centro de trabajo; pero también como mecanismo para garantizar el derecho a la intimidad y a la privacidad.

Los retos son cada vez mayores, si asociamos el tema de la protección de datos de los trabajadores con el derecho a la igual y no discriminación en los centros de trabajo, protegida en las legislaciones locales y en importantes convenios fundamentales de la OIT. Es incuestionable que la difusión indebida de cierta información de los trabajadores no solo promueve, sino que puede ser el detonante para cometer actos de discriminación por motivos de salud, preferencias sexuales, condición familiar, afiliación sindical, entre otras, y donde los ejemplos abundan, particularmente en el ámbito latinoamericano.

Cuestión que por lo menos en las últimas reformas a la legislación laboral del caso mexicano, no fueron consideradas, ni siquiera puestas en el debate jurídico, situación que solo demuestra una escasa visión de la realidad y de las nuevas problemáticas que enfrentas los trabajadores. La reforma a la Ley Federal del Trabajo, publicada en el Diario Oficial de la Federación, decidió enfocarse en los viejos problemas – aunque no por ellos menos importantes- y dejar de pensar en que el futuro ya nos alcanzó.

En ese sentido y desde esas premisas, citando a Gerardo Pisarello, una estrategia compleja de protección de los derechos sociales de los trabajadores debería, posiblemente, comenzar por asumir la multiplicidad de ámbitos de socialización y conflicto en los que deben garantizarse, individual o colectivamente, las necesidades radicales de los y las más débiles. Así, debe concebirse el mundo del trabajo y la producción en sus diversas y cambiantes modalidades, abarcando también aquellas esferas en las que actúan no solo como trabajadores, sino también como ciudadanos, consumidores, o simplemente como seres humanos.[24]

---

[24] Pisarello, Gerardo, "Del Estado social legislativo al Estado social constitucional: Por una protección compleja de los derechos sociales, *Revista Isonomía,* México, octubre de 2001, p. 92.

Bibliografía

APARICIO VELÁZQUEZ, José Alfonso y ZAVALA GAMBOA, Oscar "Impacto laboral del uso de dispositivos tecnológicos en México", *Revista IUSLabor*, 2/2018, UniversitatPompeuFabra, Barcelona https://www.upf.edu/documents/3885005/214133705/2.CLLD.pdf/e0dd01d5-be3f-a334-13c6-6a1c320941ac.

BLANCO, Raúl, FONTRODONA, Jordi, et. al., "La industria 4.0: El estado de la cuestión", *Economía Industrial, Prospectiva y Vigilancia Tecnológica e Inteligencia Competitiva*, España, núm. 406, 2017.

BUEN LOZANO, Néstor de, *Derecho del Trabajo*, t. I, 13ª ed., México, Porrúa, 2000.

CARBONELL, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, México, Porrúa, 2006.

DE LA CUEVA, Mario, *Derecho del trabajo*, t. I, México, Porrúa, 2003.

DEL VAL ROMÁN, José Luis, *Industria 4.0: la transformación digital de la industria*, Informe de la Conferencia de Directores y Decanos de Ingeniería Informática, 2016.

ETZIONI, Amitai, *Los límites de la privacidad*, Buenos Aires, Euros Editores, 2012.

KAHALE CARRILLO, Djamil Tony, "El papel de la Administración Pública en la implantación de la Industria 4.0", *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Italia, vol. 6, núm. 1, enero-marzo de 2018.

KURCZYN VILLALOBOS, Patricia (coord.), ¿Hacia un nuevo derecho del trabajo?, México, UNAM, 2003.

----------, *Las nuevas relaciones de trabajo*, México, Porrúa, UNAM, 1999.

PERNÍAS PECO, Pedro A., "Nuevos empleos, nuevas habilidades: ¿Estamos preparando el talento para la cuarta revolución industrial?", *La economía digital en España*, España, Información Comercial Española, núm. 898, septiembre-octubre de 2017.

PISARELLO, Gerardo, "Del Estado social legislativo al Estado social constitucional: Por una protección compleja de los derechos sociales, *Revista Isonomía*, México, octubre de 2001.

RIVAS, Daniel, *La subordinación. Criterio distintivo del contrato de trabajo*, reimpresión, Montevideo, Uruguay, Fondo de Cultura Universitaria, 1991.

SÁNCHEZ-CASTAÑEDA, Alfredo, "¿Hacia la decadencia del contrato de trabajo?", en Kurczyn Villalobos, Patricia y Puig Hernández, Carlos, (coords.), *Estudios jurídicos en homenaje al doctor Néstor de Buen Lozano*, México, IIJ-UNAM, 2003.

----------, *Las transformaciones del derecho del trabajo*, México, UNAM, 2006.

SIDDHARTHA RAJA, SaoriImaizumi. *et al., Connecting to work: How information and communication technologies could help expand employment opportunities*, Washington DC, 2013.

SUPIOT, A., (coord.), *"Au-delà de l'emploi: Transformations du travail et devenir du droit du travail en Europe*", Informe para la Comisión Europea, Flammarion, París, Francia, 1999.

TENORIO CUETO, Guillermo (coord.), *Los datos personales en México. Perspectivas y retos de su manejo en posesión de particulares*, México, Porrúa, 2012.

VILLANUEVA, Ernesto, y NUCCI, Hilda, *Comentarios a la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de Particulares*, México, Novum, 2012.

WOLFGANG, Schroeder, *La estrategia alemana Industria 4.0: el capitalismo renano en la era de la digitalización*, Friedrich-Ebert-Stiftung, Oficina en Madrid, España.

ZAVALA GAMBOA, Oscar, "El poder del empleador como elementos distintivos de la relación laboral", *Revista internacional y comparada de relaciones laborales y derecho del empleo*, Associazione pergli Studi Internazionali e Comparati sul Diritto del Lavoro e sulle Relazioni Industriali, Italia, vol. 2, núm. 3, julio-septiembre de 2014.

EVOLUCIÓN DE LA TRANSPARENCIA SINDICAL EN MÉXICO

Miguel Ángel Pastrana González [1*]

SUMARIO: *Resumen*. I. *Introducción.* II. *Antecedentes.* III. *Transparencia Sindical en la Reforma a la Laboral de 2012*. IV. *La reforma Constitucional en Materia de Transparencia.* V. *La Reforma Laboral de 2019 y la Transparencia.* VI. *Las autoridades en materia de transparencia sindical.* VII. *Consideraciones Finales*. *Bibliografía.*

Resumen: La trasparencia se reconoce en México a nivel constitucional, como un derecho humano y político irrenunciable dentro del cual, la transparencia sindical, también reconocida a nivel constitucional en el año 2014, representa el derecho del público en general de acceder a la información en poder de los sindicatos que reciben y ejercen recursos públicos. El contexto en que surge la transparencia sindical en el caso mexicano presenta momentos claves en su legislación, que responden a la percepción pública, al interés por conocer el ejercicio patrimonial por parte de los agremiados, así como a la necesidad de conocer en que se ocupan sus recursos públicos. Su desarrollo en el derecho constitucional y laboral, han formado un esquema de derechos y obligaciones específicas que fortalecen a la Ley Federal del Trabajo y que se han convertido en una herramienta útil y una oportunidad para reestablecer la confianza de los agremiados y la sociedad.

I. Introducción

Participar en un libro homenaje es un honor y también un gran gusto, y más cuando se trata de una obra dedicada a una gran maestra y jurista de formación laboralista, hoy también dedicada a la transparencia y la protección de datos personales, la Dra. Patricia Kurczyn Villalobos, quien ha analizado e impulsado la transparencia sindical en México, una buena forma de brindarle homenaje es estudiar y aprender de la maestra, quien es una voz autorizada en el tema.

[1*] Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México.

Como lo refiere la jurista a quien esta obra busca brindarle homenaje, en México contamos con legislación suficiente para la transparencia sindical, tanto en la legislación específica, como en la propia ley laboral, las cuales contribuyen a la rendición de cuentas, pero tampoco se debe perder de vista el respeto a la autonomía y libertad sindical.[2]

El presente texto describe la evolución y desarrollo que ha tenido la transparencia sindical, desde el punto de vista del derecho laboral como del de acceso a la información, se analiza la normatividad aplicable de la Ley Federal del Trabajo y la Ley General de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales, se explica la parte conceptual como parte introductoria y posteriormente el impacto que ha tenido la transparencia en los sindicatos y las autoridades que participan.

Para poder entender que es la transparencia sindical, es necesario conocer que es la transparencia y la rendición de cuentas, el primero de estos conceptos no es fácil de delimitar, debido a que no hay un consenso homogéneo para su definición, en diversos textos se advierte que no se define o conceptualiza, pero si algunos otros como transparencia proactiva, reactiva o activa[3], para los fines del presente texto se toma la definición siguiente: por transparencia entendemos al conjunto de disposiciones y actos mediante los cuales los sujetos obligados tienen el deber de poner a disposición de cualquier persona la información pública que poseen y dan a conocer, en su caso, el proceso y la toma de decisiones de acuerdo a su competencia, así como las acciones en el ejercicio de sus funciones.

Otra definición es la siguiente:

> El término transparencia se ha usado para identificar la construcción de toda una tendencia encaminada a cambiar las formas por medio de las cuales los ciudadanos y toda la sociedad pueden visualizar el interior de

---

[2] Kurczyn Villalobos, Patricia; "La transparencia sindical en el ejercicio de recursos públicos", Revista Latinoamericana de Derecho Social, núm. 22, México, disponible en: https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-social/article/view/9786/12486.

[3] Conceptos consultables en: http://inicio.ifai.org.mx/SitePages/Transparencia-Proactiva-acciones.aspx.

> las instituciones y organismos públicos en todo lo relativo a sus estructuras, procedimientos y funcionamiento, pero sobre todo respecto del manejo de los recursos públicos.[4]

Ahora bien, es importante resaltar que además de contar con un marco normativo que regule la transparencia, el acceso a la información y la rendición de cuentas, también operativamente existen implicaciones administrativas para los sujetos obligados[5], en algunas ocasiones estas obligaciones se entienden como cargas adicionales, nuevos esfuerzos de parte de los miembros de las organizaciones, realizar trámites extraordinarios, con posibles implicaciones a nivel de recursos humanos y materiales, implica documentar su actuar y justificar decisiones.[6]

Sin embargo, a pesar de que algunos pudieran considerar a la transparencia como una carga administrativa adicional, es necesaria no solamente porque constituye un derecho humano y político irrenunciable, ayuda a que las instituciones no se desvíen de sus objetivos para servir a otros intereses. Se debe entender a la transparencia como una forma no rígida, permanente, poco costosa (en comparación a los beneficios que brinda) y abierta, para evaluar la esfera de las decisiones públicas.[7]

Abonando a lo anterior, se considera que la transparencia contribuye para transformar el estado, establecer un nuevo tipo de gobernanza, más incluyente y democrática, de igual forma puede contribuir en los sindicatos la transparencia, transformarlos en favor de los agremiados y de las mismas organizaciones sindicales.

---

[4] Reynoso Castillo, Carlos, "Apuntes sobre transparencia sindical", *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, México, núm. 27, julio-diciembre de 2018, pp. 194, https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-social/article/view/12534/14113.

[5] De conformidad con los artículos 1o y 11 de la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública, los sindicatos que reciben y ejercen recursos públicos son considerados como *sujetos obligados* a transparentar y permitir el acceso a la información.

[6] Vergara, Rodolfo, "La transparencia como problema", *Cuadernos de Transparencia,* México, *No. 5, Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales*, pp. 5-6.

[7] *Ibidem*, p. 6.

Tratándose de transparencia sindical se han esgrimido diversos conceptos, transparencia interna y externa, endógena y exógena, sin embargo, un término que se considera adecuado para los fines del presente texto son las consideraciones expresadas por el Dr. Carlos Reynoso Castillo[8], distinguiendo tres tipos de transparencia sindical que se mencionan a continuación sus definiciones:

a) Transparencia administrativa: Entendiendo por ésta, aquella que se da desde la autoridad laboral hacia los agremiados y la sociedad en general, que consiste en publicar información referente a los registros sindicales y los contratos colectivos de trabajo (estatutos y reglamentos internos incluidos). Esto tiene su origen en los requisitos que la LFT impone a los sindicatos para constituirse o bien para registrarse, y con ello dar vida jurídica al mismo.
b) Transparencia gremial: como su nombre lo dice exclusivamente atañe a los agremiados del sindicato, pues va íntimamente relacionado con la gestión que la directiva realiza del patrimonio sindical (entendido en el más amplio de los sentidos, no sólo los recursos económicos sino también los materiales).
c) Transparencia sindical en el sentido social: es la forma más novedosa de transparencia sindical que fue incorporada hasta la reforma constitucional de 2014, y que representa a aquella que está en poder del sindicato; es información pública que debe, por tanto, transparentarse frente al público en general que la solicite, estamos ante una transparencia externa.

Otro concepto que conviene revisar es el de rendición de cuentas, una definición amplia y que abarca tres aspectos es la esgrimida por Andreas Schedler[9] ejemplificando de la siguiente manera: A rinde cuenta a B cuando tiene la obligación de informarle sobre sus acciones y

---

[8] Consideraciones realizadas en el panel "Transparencia sindical: mecanismos para la rendición de cuentas", durante la Semana Nacional de Transparencia celebrada en octubre de 2015.

[9] Schedler, Andreas, "¿Qué es la rendición de cuentas?", *Cuadernos de Transparencia, Instituto Nacional de Transparencia*, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales, México, núm. *3*, pp. 18.

decisiones, a justificarlas y en su caso recibir el castigo correspondiente atendiendo a una mala conducta. Entendiendo a la rendición de cuentas que abarca tres dimensiones: información, justificación y sanción.

Los sindicatos en general están obligados a rendir cuentas a los agremiados, por su parte los sindicatos que reciben y ejercen recursos públicos también a la sociedad en general, a través de los mecanismos previstos en la ley de la materia. Las obligaciones son diferentes entre sí, pero todos los sindicatos están obligados a rendir cuentas, todos los sindicatos de conformidad con la Ley Federal del Trabajo (LFT), los que ejercen recursos públicos además de las establecidas en la ley laboral también tienen obligaciones estipuladas en la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública (LGTAIP), establecen obligaciones para las organizaciones sindicales.

Por otra parte, se busca identificar el rol que tienen las autoridades en la transparencia sindical, sin entender su participación como una intervención o una invasión a la esfera de la autonomía sindical, quienes intervienen son el Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales como organismo garante y diversas autoridades administrativas del trabajo, función que en materia del trabajo, se comienza trasladar al Centro Federal de Conciliación y Registro Laboral.

II. Antecedentes

Es importante entender en qué contexto y por qué surge la transparencia sindical en el caso mexicano, el doctor Sánchez-Castañeda,[10] identifica exigencias indirectas o directas en la materia, podríamos considerarlas momentos claves: 1) el primer antecedente es el reconocimiento de la democracia, la autonomía y la libertad sindical, la rendición de cuentas y la contratación colectiva; 2) Tratado de Libre Comercio de América del Norte, que obliga a una transparencia en la legislación

[10] Sánchez-Castañeda, Alfredo, *Alcances de la Reforma Constitucional respecto del Derecho de Acceso a la Información en Sindicatos*, 1ª ed., Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales, México, pp. 31-333.

laboral; 3) En el año 2000 en el documento *20 compromisos por la Libertad y Democracia Sindical*, incluyendo el compromiso de un organismo encargado del registro sindical y de los Contratos Colectivos de Trabajo, cabe mencionar que este cambio fue contemplado la reforma constitucional en materia laboral del 24 de febrero de 2017 y hasta el año 2019, se regulo en las leyes reglamentarias, lo cual abordaremos en el capítulo correspondiente; 4) Propuesta similar realizada en la cámara de diputados en el año 2002, un organismos público descentralizado de carácter registral; 5) Diagnostico de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en México, del año 2003, en la que se recomienda legislar para que exista transparencia y rendición de cuentas de los recursos y activos de los sindicatos; 6) la publicidad de la lista de sindicatos y contratos colectivos de trabajo por parte de la Secretaría del Trabajo y Previsión Social, era necesario acreditar el interés jurídico; y 7) Las resoluciones del otrora Instituto Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública desde el año 2004 referentes a que para acceder a la información no es necesario acreditar el interés jurídico.

Además de lo expresado con anterioridad, se considera que existen tres factores con un impacto directo que motivaron a regular la transparencia sindical en la agenda legislativa e imponer como una obligación para los sindicatos el rendir cuentas.

Primero, uno de los factores puedo ser la percepción que tienen los ciudadanos acerca de las organizaciones sindicales, que no es favorable, y son considerados como opacos y la confianza en estas organizaciones es baja, factor que podría también haber repercutido en la afiliación sindical, que es menor que en otros países como Estados Unidos y Brasil.[11]

Otro factor para considerar es la demanda de los agremiados de conocer el ejercicio del patrimonio sindical y su legítimo derecho de conocer en que se utilizan las cuotas sindicales y si con ellas se cumple

[11] Somauno, María Fernanda (coord.), 2015, Informe país sobre la calidad de la ciudadanía en México, Instituto Nacional Electoral; El Colegio de México, 2ª reimp. Disponible en: https://portalanterior.ine.mx/archivos2/s/DECEYEC/EducacionCivica/Documento_Principal_23Nov.pdf

el fin de las organizaciones sindicales constituidas para el estudio, mejoramiento y defensa de sus respectivos intereses, teniendo como prohibición ejercer la profesión de comerciantes con fines de lucro.

Por último, se considera que influyó para regular la transparencia sindical es la inercia y necesidad de conocer en que se ocupan los recursos públicos, ya que en una segunda fase de la transparencia sindical, enfocándose a que los ciudadanos conozcan el uso que hacen de estos recursos las organizaciones sindicales a quienes por cualquier motivo se les otorgan recursos públicos, motivos entre los que se encuentra el cumplimiento de obligaciones estipuladas en los Contratos Colectivos de Trabajo o en Condiciones Generales de Trabajo.

Normativamente se consideran tres momentos claves, que por su importancia se analizarán cada uno de estos de manera separada: la reforma laboral del año 2012, la reforma constitucional en materia de transparencia del año 2014 y por último la reforma a la Ley Federal del Trabajo de 1 de mayo de 2019.

III. Transparencia sindical en la reforma a la laboral de 2012

Una de las reformas más importantes en los últimos tiempos a la Ley Federal del Trabajo, se realizó el 30 de noviembre de 2012, en uno de los últimos actos del entonces presidente Felipe Calderón Hinojosa, una reforma en la que entre otras cosas se incorporan temas como la subcontratación y se incorporaron temas de transparencia sindical.

Respecto de este último tema, que fue incorporado en específico, lo referente a los registros sindicales, que se consideran parte de la trasparencia administrativa y de transparencia gremial en cuanto al derecho de los agremiados de solicitar información a la directiva.

Transparencia administrativa: en el año 2012 se adicionaron los artículos 364 bis, 365 bis y 391 bis a la LFT, el primero de estos estableció los principios que deberán observarse para los registros sindicales: legalidad, transparencia, certeza, gratuidad, inmediatez, imparcialidad y respeto a la libertad, autonomía, equidad y democracia sindical.

Es importante recalcar estos últimos principios, el respeto a la autonomía sindical y la democracia, ya que, la transparencia sindical debe respetar los mismos. Sin embargo, se considera que estos preceptos están armonizados, que exista transparencia, no implica una intromisión en la autonomía, entendiendo esta como la forma de organizarse por parte de los sindicatos, y la rendición de cuentas una obligación de las directivas.

También se incorporó una obligación para las autoridades registrales, es decir, tanto para la Dirección General de Registro de Asociaciones de la Secretaría del Trabajo y Previsión Social (STPS), y de las Juntas Locales de Conciliación y Arbitraje (JLCA), de acuerdo a su competencia, publicar y mantener actualizada la información de los registros sindicales, también se establece que se deberán expedir copias de los documentos que obrarán en los expedientes de registro en términos de lo dispuesto en el artículo 8º constitucional y la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental[12] y leyes locales de la materia, sin embargo, se considera que es un error invocar el artículo 8º constitucional, ya que el fundamento para el derecho de acceso a la información está reconocido en el artículo 6º constitucional y el octavo hace referencia al derecho de petición.

Por su parte, el artículo 365 bis de la LFT establecía que además de los documentos de registro sindical, las versiones públicas de los estatutos deberán estar disponibles en los sitios de internet de la STPS y de las JLCA. Los datos deberán actualizarse cada tres meses y los registros sindicales contener por lo menos la siguiente información:

a) Domicilio
b) Número de registro
c) Nombre del sindicato
d) Nombre de los integrantes del Comité Ejecutivo
e) Número de socios;
f) Central obrera a la que pertenecen

[12] Esta ley fue abrogada a la entrada en vigor de la LGTIAP el 5 de mayo de 2015.

Otra obligación que se estableció en la ley laboral para las autoridades registrales, es la publicidad de los contratos colectivos de trabajo, en esta obligación no intervino la STPS, solamente las Juntas de Conciliación y Arbitraje en su ámbito federal y local. En los sitios de internet de estas autoridades en materia del trabajo publicaran los contratos colectivos de trabajo en versiones públicas, disponibles de manera gratuita de conformidad con las leyes en materia de transparencia.

Transparencia gremial: en el año 2012 se incorporó una obligación de rendición de cuentas a las directivas sindicales para con sus agremiados, en la que se instauraba dar a conocer los ingresos obtenidos como su uso. Dicha modificación se establecía en el artículo 373, que por su importancia se transcribe:

> Artículo 373. La directiva de los sindicatos, en los términos que establezcan sus estatutos, deberá rendir a la asamblea cada seis meses, por lo menos, cuenta completa y detallada de la administración del patrimonio sindical. La rendición de cuentas incluirá la situación de los ingresos por cuotas sindicales y otros bienes, así como su destino. La obligación a que se refiere el párrafo anterior no es dispensable.
>
> En todo momento cualquier trabajador tendrá el derecho de solicitar información a la directiva, sobre la administración del patrimonio del sindicato.
>
> En caso de que los trabajadores no hubieren recibido la información sobre la administración del patrimonio sindical o estimen la existencia de irregularidades en la gestión de los fondos sindicales, podrán acudir a las instancias y procedimientos internos previstos en los respectivos estatutos, en términos del artículo 371, fracción XIII, de esta Ley.
>
> De no existir dichos procedimientos o si agotados éstos, no se proporciona la información o las aclaraciones correspondientes, podrán tramitar ante la Junta de Conciliación y Arbitraje que corresponda, el cumplimiento de dichas obligaciones.
>
> El ejercicio de las acciones a que se refiere el párrafo anterior, por ningún motivo implicará la pérdida de derechos sindicales, ni será causa para la expulsión o separación del trabajador inconforme.

Esta transparencia se daba en el ámbito interno de las organizaciones sindicales, estas obligaciones dirigidas a las directivas, la primera obligación es la incorporación en los estatutos sindicales se incorpore la rendición de cuentas sobre el patrimonio sindical, señalándose expresamente que dicha obligación no es excusable.

En caso de que los trabajadores agremiados a los sindicatos que consideraran que este derecho no estaba satisfecho o que existían irregularidades en el manejo de los recursos, podían optar por agotar el procedimiento establecido en sus propios estatutos sindicales o bien acudir ante las Junta de Conciliación y Arbitraje competentes.

Para acudir ante las Juntas en los asuntos relacionados con la rendición de cuentas de las directivas sindicales, se podía hacer en dos supuestos, en caso de no existir un procedimiento establecido en los estatutos sindicales o este hubiera sido agotado, pero el sindicalizado no esté satisfecho con la información o no se hayan proporcionado.

El último párrafo del numeral 373 establecía que el ejercer este derecho no implicaba la pérdida de derechos sindicales, sin embargo, en la práctica resulta difícil encontrar que un agremiado, ejerciera estos derechos por el temor de la expulsión o separación del trabajador inconforme, sin embargo, se considera un gran avance que se haya contemplado como una obligación de las directivas.

Una de las deficiencias también de estas normas es que no se contempló una sanción para aquellas directivas que no cumplieran con la rendición de cuentas hacia sus agremiados, por lo que a pesar de ser valiosos intentos de que se transparentara el ejercicio del patrimonio sindical, esto era poco práctico y tenía un largo camino por recorrer. La reforma de 2012 y las incorporaciones normativas fueron el comienzo para un desarrollo más complejo de la regulación en materia de transparencia sindical.

IV. La reforma constitucional en materia de transparencia

La reforma constitucional del año 2014 se reformaron diversas disposiciones entre ellas el artículo 6º constitucional, de las modificaciones relacionadas con el derecho de acceso a la información y la protección de datos personales se encuentran puntos relevantes: la autonomía constitucional del organismo garante trayendo consigo más atribuciones, ampliación del catálogo de sujetos obligados del ámbito federal y la inclusión de las personas físicas y morales, y los sindicatos que reciban y ejerzan recursos públicos.[13]

En febrero de 2014 a nivel constitucional se contempló como sujetos obligados a los sindicatos que reciben y ejercen recursos públicos, por lo que nos encontramos ante una categoría distinta a la contemplada en ese momento en la LFT, pues el impacto de la transparencia sindical que se estableció en la reforma del año 2012 de la legislación laboral únicamente tuvo un impacto en los sindicatos que rigen sus relaciones en por el apartado A del artículo 123 constitucional.

Es decir, aquellos sindicatos que rigen sus relaciones por el apartado B del artículo 123 constitucional y sus respectivas leyes reglamentarias como los burócratas o trabajadores bancarios no tenían obligaciones de rendición de cuentas, sin embargo, con la reforma constitucional del año 2014 y posteriormente en mayo de 2015 con la publicación de la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública, también estas organizaciones sindicales fueron consideradas como sujetos obligados.

Cabe resaltar que como obligaciones de los sujetos obligados existen obligaciones genéricas, comunes y específicas.[14] Estos deberes en torno a la transparencia sindical son impuestas a las autoridades laborales

---

[13] Kurczyn Villalobos, Patricia, "La Transparencia Sindical en el Ejercicio de Recursos Públicos", *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, México, núm. 22, https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-social/article/view/9786/12486.

[14] Obligaciones genéricas (artículo 24), obligaciones comunes (artículo 70) obligaciones específicas a los sindicatos (78 y 79) obligaciones específicas de las autoridades laborales (artículos 71 y 79) de la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública.

y a los mismos sindicatos, se recalca las obligaciones de los sindicatos contenidas en la LGTAIP, son únicamente para las organizaciones que reciben y ejercen recursos públicos.

El primer padrón de sujetos obligados del ámbito federal en el que se incluyeron sindicatos fue publicado en el Diario Oficial de la Federación el 4 de mayo de 2016[15], en el cual se contemplaron 147 organizaciones sindicales, este padrón es actualizado de conformidad con lineamientos del organismo garante, por lo que ha sufrido diversas modificaciones, el último padrón fue publicado el 21 de enero de 2021[16] y contempla 160 sindicatos que reciben y ejercen recursos públicos, en él se pueden advertir sindicatos de trabajadores y patronales, sindicatos académicos, universitarios, burocráticos, pero también se encuentran sindicatos del ámbito local y no federal, lo cual resulta interesante en el ámbito jurídico y en cuanto a competencias, sus conflictos en el ámbito laboral deberán ser resueltos en el fuero local, pero en los temas de transparencia al recibir y ejercer recursos públicos federales sus obligaciones deberá cumplirlas ante el organismo garante nacional, el Instituto Nacional de Transparencia.

Primero abordaremos las obligaciones de transparencia de los sindicatos y por último la de las autoridades laborales con relación a los sindicatos. La transparencia también tiene implicaciones incluso a nivel de organización en los sujetos obligados, destinar recursos humanos o en ocasiones materiales, entre algunas de las obligaciones genéricas[17] se encuentran: constituir un comité de transparencia, designar unida-

[15] ACUERDO mediante el cual el Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales, aprueba el padrón de sujetos obligados del ámbito federal, en términos de la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública, disponible en: https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5436061&fecha=04/05/2016.

[16] Actualización del Padrón de Sujetos Obligados del Ámbito Federal, en Términos de la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública; fecha de actualización: 21 de enero de 2021, consultado el 13 de febrero de 2021, disponible en: https://home.inai.org.mx/wp-content/documentos/Micrositios/Padron_Sujetos_Obligados.pdf

[17] Artículo 24 de la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública.

des de transparencia, capacitar continuamente al personal, promover la generación, documentación y publicación de información, atender requerimientos, observaciones y recomendaciones que emitan el Sistema Nacional de Transparencia.

Las obligaciones comunes se establecen en el artículo 70 de la LGTAIP se establece la obligación de los sujetos obligados de poner a disposición del público y actualizar en los medios electrónicos la información, dicho numeral contempla 47 fracciones, no todas estas son aplicables, los organismos garantes de conformidad con el último párrafo del artículo determinarán que información de acuerdo con sus facultades, atribuciones, funciones u objeto social publicarán, lo cual se determinó mediante las denominadas tablas de aplicabilidad.[18]

Para los sindicatos de acuerdo a la tabla de aplicabilidad les son aplicables las fracciones: I (normatividad), II (estructura orgánica), III (facultades), IX (viáticos), XIII (unidad de transparencia), XIX (servicios), XX (tramites), XXIII (comunicación social), XXIV (auditorias), XXVII (concesiones), XXIX (informes), XXX (estadísticas), XXXIV (bienes muebles e inmuebles), XXXIX (Comité de Transparencia), XLI (estudios), XLV (catalogo documental) y XLVIII (información adicional). Estas fracciones son aplicables, sin embargo, no implica que todos los sindicatos cuenten con esa información, pero podrían contar con la misma en determinado momento, deberán publicar en su sitio de internet y en la Plataforma Nacional de Transparencia (PNT).[19]

En cuanto a las obligaciones específicas de los sindicatos se encuentran establecidas en los artículos 78 y 79, aunque algunas de ellas pue-

[18] ACUERDO mediante el cual se aprueba la Tabla de aplicabilidad de las obligaciones de transparencia comunes de los sujetos obligados del ámbito federal, en términos del último párrafo del artículo 70 de la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública, disponible en: https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5459567&fecha=03/11/2016.

[19] Artículo 49. Los Organismos garantes desarrollarán, administrarán, implementarán y pondrán en funcionamiento la plataforma electrónica que permita cumplir con los procedimientos, obligaciones y disposiciones señaladas en la presente Ley para los sujetos obligados y Organismos garantes, de conformidad con la normatividad que establezca el Sistema Nacional, atendiendo a las necesidades de accesibilidad de los usuarios.

den ser similares, los formatos establecidos para la publicación de los mismos en la PNT tienen sutiles diferencias, las obligaciones son las siguientes:

Articulo 78 Obligaciones para las autoridades laborales y los sindicatos.[20]	Articulo 79 Obligaciones exclusivas de los sindicatos.
I. Los documentos del registro de los sindicatos, que deberán contener, entre otros: 1. a) El domicilio; 2. b) Número de registro; 3. c) Nombre del sindicato; 4. d) Nombre de los integrantes del comité ejecutivo y comisiones que ejerzan funciones de vigilancia; 5. e) Fecha de vigencia del comité ejecutivo; 6. f) Número de socios; 7. g) Centro de trabajo al que pertenezcan, y 8. h) Central a la que pertenezcan, en su caso;	II. El directorio del Comité Ejecutivo;
II. Las tomas de nota;	
III. El estatuto;	
IV. El padrón de socios;	III. El padrón de socios,
V. Las actas de asamblea;	
VI. Los reglamentos interiores de trabajo;	
VII. Los contratos colectivos, incluyendo el tabulador, convenios y las condiciones generales de trabajo, y	II. Contratos y convenios entre sindicatos y autoridades;

[20] Al referir que son obligaciones para autoridades laborales, se entiende que la publicidad de esa información no solamente es de los sindicatos que reciben y ejercen recursos públicos, sino de todos, por lo tanto, todas las autoridades laborales deberán publicar información: Secretaría del Trabajo y Previsión Social (STPS), Junta Federal de Conciliación y Arbitraje (JFCA) y el Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje (TFCA).

VIII. Todos los documentos contenidos en el Expediente de registro sindical y de contratos colectivos de trabajo.	IV. La relación detallada de los recursos públicos económicos, en especie, bienes o donativos que reciban y el informe detallado del ejercicio y destino final de los recursos públicos que ejerzan.

Uno de los puntos centrales de las obligaciones lo es precisamente la rendición de cuentas de recursos públicos en descripción detallada de los recursos públicos económicos, en especie, bienes o donativos que reciban los sindicatos, es importante conocer cuál es el uso y destino que se da estos recursos públicos, es un punto toral de la transparencia en un sentido social.

Este último tipo de transparencia sindical fue incorporado normativamente hasta la LGTAIP, entre la importancia que reviste está principalmente en que la ciudadanía conozca el uso y destino de los recursos públicos, pero también se convierte en una herramienta para que los agremiados conozcan que prestaciones tienen y si el recurso que se recibe es aplicado para los fines correctos, cabe aclarar que en la transparencia en el sentido social se puede conocer el destino de recursos públicos únicamente, no todos los recursos del patrimonio sindical, quedando excluidas de esta transparencia las cuotas sindicales, pues eso atañe a la autogestión sindical, tal y como lo ha determinado la Suprema Corte de Justicia de la Nación.[21]

Una obligación que ha generado gran controversia incluso en las resoluciones del INAI, y en la opinión de los sindicatos es la publicidad del padrón de socios, esta es una obligación establecida en la LGTAIP tanto para las autoridades laborales (artículo 78) como para los sindicatos (ar-

[21] Contradicción de Tesis 333/2019.

tículo 79), sin embargo la ley aplicable a los sindicatos en materia de datos personales es la Ley Federal de Protección de Datos en Posesión de Particulares, que establece la afiliación sindical como un dato personal sensible, cuya utilización indebida puede dar origen a discriminación o conlleve un riesgo grave para el titular de los datos, en este caso para los agremiados.

En un proceso de adaptación y maduración por parte de los sindicatos estando inmersos en el tema de transparencia sindical, se advierte que algunos han sido receptivos y entendido la importancia, e incluso han suscrito convenios de colaboración y mantienen actualizada la información en el Sistema de Portales de Obligaciones de Transparencia, desafortunadamente hay otras organizaciones sindicales que no han cumplido con sus obligaciones en la materia.

En cuanto a la transparencia en el sentido social, aún falta un largo camino por recorrer, sin embargo, el avance en el tema ha comenzado y la cultura de la transparencia también ha permeado o al menos iniciado a permear en las organizaciones sindicales.

V. La reforma laboral de 2019 y la transparencia

En la reforma laboral del primero de mayo de 2019, en materia de justicia laboral, se modificaron múltiples disposiciones de la LFT y de la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado, reformas legales que derivan de la reforma constitucional del 24 de febrero de 2017, el cambio más representativo para el derecho del trabajo lo es la desaparición de las Juntas de Conciliación y Arbitraje de conformación tripartita, para dar paso a los juzgados laborales pertenecientes al Poder Judicial de la Federación y los estados, así como también la creación del Centro Federal de Conciliación y Registro Laboral (CFCRL), entre otras disposiciones reformadas.

En cuanto a la transparencia sindical uno de los puntos importantes es que autoridad está obligada a publicar la información como se dijo anteriormente, actualmente diversas autoridades laborales son sujetos obligados de publicar esta información, tales como la Secretaría del

Trabajo y Previsión Social a través de la Dirección General de Registro de Asociaciones, las Juntas de Conciliación y Arbitraje en el ámbito Federal y Local, sin embargo, con la creación del CFCRL, será el ente encargado de publicar en su sitio de internet los textos íntegros de las tomas de nota, estatutos, actas de asamblea y todos los documentos de registro sindical, así como también los Contratos Colectivos de Trabajo y Reglamentos Interiores de Trabajo y los documentos que integran los expedientes, entendiéndose que dicho centro concentrara la información del ámbito federal y local.

Los textos reformados fueron los artículos 364 bis, 365 bis y 391 bis, además de esta referencia al centro de conciliación y registro laboral, también se realizan las adecuaciones correspondientes y se armoniza la legislación para referir la LGTAIP, se analiza el artículo 365 bis por las implicaciones que este tiene en la transparencia sindical:

> *"Artículo 365 Bis.* - El Centro Federal de Conciliación y Registro Laboral hará pública, para consulta de cualquier persona, debidamente actualizada, la información de los registros de los sindicatos. Asimismo, deberá expedir copias de los documentos que obren en los expedientes de registros que se les soliciten, en términos del artículo 8o. constitucional y de lo dispuesto por la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública.
>
> *El texto íntegro de los documentos del registro de los sindicatos, las tomas de nota, el estatuto, las actas de asambleas y todos los documentos contenidos en el expediente de registro sindical, deberán estar disponibles en los sitios de Internet del Centro Federal de Conciliación y Registro Laboral."*

Los registros de los sindicatos deberán contener, cuando menos, los siguientes datos:

> I. a V. …
>
> VI. Número de socios;
>
> VII. …
>
> *VIII. Padrón de socios.*

> Por lo que se refiere a los documentos que obran en el expediente de registro de las asociaciones, únicamente estará clasificada como información c*onfidencial los domicilios y CURP de los trabajadores señalados en los padrones de socios*, en términos del último párrafo del artículo 78 de la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública." (Énfasis añadido)

Se distinguen dos puntos centrales, el primero de ellos es la publicidad de los textos íntegros de las actas de asamblea, únicamente clasificando como información confidencial los domicilios y CURP de trabajadores, al referir que serán publicados en su totalidad las actas de asamblea, pueden publicarse asuntos que atañen únicamente a los sindicatos, como la expulsión de miembros, la rendición de cuentas de las cuotas sindicales, elección de sus dirigentes y podría existir publicidad de la vida interna de las organizaciones sindicales, deberá conocerse en el momento que sea aplicada esta publicidad si estos factores han sido considerados o en una interpretación exegética de la ley esta información se publique, lo cual desde un punto de vista del suscrito sería un error, ya que existen determinaciones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, del propio INAI, que concluyen que hay aspectos que corresponden únicamente a la gestión interna de los sindicatos.

Otro punto es la publicidad del padrón de socios, antes de la reforma solamente era publicado el número de socios, sin embargo, el legislador con la intención de armonizar la legislación laboral a la de transparencia establece que también los nombres deben ser publicados, esto vuelve a dar origen a un posible conflicto normativo con la Ley Federal en materia de datos personales.

Todo lo anterior tiene relación directa con la transparencia administrativa, pero también fueron modificados aspectos de la transparencia gremial, entre los que encontramos la reforma a los artículos 371, 373 y 377 el primero de estos respecto de los estatutos se estipula que deberá contemplarse la época y forma de rendición de cuentas del patrimonio sindical, así como de las sanciones a los directivos en caso de no realizar el ejercicio de rendiciones de cuentas.

Los cambios a las directivas deberán comunicarse a la autoridad registral dentro de un término de diez días, lo cual puede tener repercusiones respecto de la publicidad en la PNT, debido a los plazos establecidos para los cambios correspondientes en el portal.

La obligación de rendir cuentas completas y detallas de la administración del patrimonio sindical previo a esta reforma no estaba del todo regulada, lo que había sido motivo de crítica y en específico un impedimento para la efectiva rendición de cuentas por parte de la directiva sindical hacia los agremiados, se establece un procedimiento claro, con términos y plazos establecidos siendo los siguientes:

- Cada seis meses se debe rendir cuenta del patrimonio sindical.
- Se deberá levantar acta de la asamblea de rendición de cuentas.
- El acta deberá ser entregada al Centro Federal de Conciliación y Registro Laboral dentro de un plazo de diez días siguientes a la celebración de la misma.
- El acta de la asamblea también deberá entregarse por escrito a los miembros del sindicato, debiendo documentar la entrega y recepción de la misma.
- Los agremiados podrán en cualquier momento solicitar a la directiva o a la Autoridad registral información sobre la administración del patrimonio sindical.
- Denuncias por parte de los agremiados, procedimiento de revisión.
- Sanciones por no rendir cuentas que van desde multas de hasta 200 UMAS hasta arresto de 36 horas, sanciones dirigidas a los Secretarios Generales y de Finanzas u homólogos.

Se advierten diferencias respecto del anterior procedimiento, en primer lugar no existía un procedimiento claro, que ahora si se establece; anteriormente no se podía acudir ante la autoridad sin previamente haber agotado el procedimiento interno para la solicitud de la información, hoy se puede acudir de manera directa sin agotar ese recurso; no existía una sanción en caso de incumplimiento a la obligación de rendición de cuentas, ahora ya se prevé un procedimiento de sanción

interno de acuerdo a la gravedad pudiendo llegar a la expulsión de los responsables; además se contempla la posibilidad de que los agremiados puedan denunciar ante la autoridad registral el incumplimiento o irregularidades y esta podrá requerir a la directiva de los sindicatos la entrega de información con apercibimiento de aplicación de medidas de apremio que van desde una multa de 200 Unidades de Medidas Administrativas, es decir, una multa de $17,924.00, uso de la fuerza pública o un arresto de hasta 36 horas.

Los cambios en cuanto a la transparencia gremial se consideran sustanciales, resulta un avance significativo, servirá de herramienta para que los agremiados conozcan el uso y destino del patrimonio sindical. Se advierte que los avances normativos han sido considerables y esta reciente reforma lo refleja.

VI. Autoridades que intervienen en la transparencia sindical

Respecto de las autoridades que intervienen en la transparencia sindical, no solamente son los organismos garantes, también existe la intervención actualmente de autoridades administrativas y jurisdiccionales en materia laboral.

Actualmente, pero por poco tiempo las autoridades registrales que intervienen en la publicación de la información son las Juntas de Conciliación y Arbitraje encargadas del registro y publicación de los Contratos Colectivos de Trabajo y los Reglamentos Interiores de Trabajo tanto en el ámbito federal como local, sin embargo, las juntas se contempla su desaparición de conformidad con las reformas al sistema de justicia laboral.

La Secretaría del Trabajo y Previsión Social también tiene una función registral de los sindicatos a través de la Dirección General de Registro de Asociaciones esto a nivel federal, a nivel local corresponde el registro de las organizaciones sindicales a las Juntas Locales de Conciliación y Arbitraje.

Todas estas autoridades registrales han comenzado a ser sustituidas por el Centro Federal de Conciliación y Registro Laboral, que tendrán a su cargo el registro de todos los sindicatos en el país, contratos colecti-

vos y reglamentos interiores de trabajo, es decir, la estructuras actuales ya se están modificando para que este organismo público descentralizado del gobierno federal, con personalidad jurídica y patrimonio propios, que además entre sus funciones están la conciliación en el ámbito federal que contará con un servicio profesional de carrera[22]. El CFCRL comenzó sus funciones el pasado 18 de noviembre de 2020, en 8 entidades federativas.

Este centro federal cuenta con una junta de gobierno conformada por los titulares de las Secretarias del Trabajo y Previsión Social, Hacienda y Crédito Público, los presidentes de los organismos autónomos: Instituto Nacional de Estadística y Geografía, el Instituto Nacional Electoral y el Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales.

Otra autoridad que interviene en la parte registral solamente respecto de sindicatos que rigen sus relaciones por el apartado B del artículo 123 constitucional, es el Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje cuyas funciones no se ven afectada por la reciente reforma de justicia laboral del 1 de mayo de 2019.

El organismo constitucional autónomo, encargado de la transparencia y la protección de datos a nivel federal en México es el Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de datos personales, cuyo fundamento se encuentra en el artículo 6º constitucional y la LGTAIP, desde 2015 fue modificado su ámbito de competencia. Incorporándose como sujetos obligados los sindicatos.

La diversidad que existe actualmente en cuanto autoridades que intervienen en la transparencia sindical se está transformando con el funcionamiento del CFCRL.

Es de resaltar que a pesar de que no existían mecanismos ni instituciones relacionadas con la transparencia sindical, hoy en día se cuentan con procedimientos, obligaciones normativas e instituciones encargadas de lograr que la transparencia sea una realidad.

---

[22] Capitulo IX BIS de la Ley Federal del Trabajo.

VII. Consideraciones finales

El tema de la transparencia en México ha comenzado una trayectoria favorable, avanzó a una institución sólida y con autonomía constitucional como el INAI, se amplió el catálogo de sujetos obligados, lo que incluyó nuevos actores como lo son los sindicatos, estas organizaciones, también han pasado por un proceso de adaptación y asimilación, se considera que los retos han sido grandes para estas organizaciones, ya que en muchos casos los miembros de las directivas sindicales han tendido que realizar nuevas funciones, adquirir nuevos conocimientos y cumplir con diversas obligaciones más allá de su objeto primigenio que es el estudio, mejoramiento y defensa de sus respectivos intereses.

De igual manera, derivado de la reforma a la LFT de 2019, se dota de herramientas a los agremiados, a las autoridades y se imponen obligaciones a los sindicatos para un correcto ejercicio de rendición de cuentas, que puede y debe impactar favorablemente en el sindicalismo mexicano.

Los retos que enfrentan los sindicatos y las autoridades tanto laborales como órganos garantes son significativos, implica un esfuerzo y una nueva mentalidad por parte de los involucrados, se ha tenido un avance y en algunos casos hasta un interés más allá de sus obligaciones por parte de las organizaciones sindicales, entendiendo a la transparencia sindical como una herramienta útil y una oportunidad para reestablecer la confianza de los agremiados y la sociedad.

Surge la interrogante si la transparencia sindical es suficiente para modificar la percepción ciudadana de los sindicatos, se considera que no, si bien ayudará en buena medida a transformar esta percepción, también es necesario modificar las demás circunstancias que originaron dicha percepción negativa de las organizaciones sindicales, la transparencia es uno de los tantos retos que tiene el sindicalismo.

La transparencia y la rendición de cuentas resultan no solo importantes, sino que también necesarios, para que las organizaciones sindicales se ubiquen dentro de un marco de legalidad que les permita a

ciudadanos y agremiados, conocer el actuar de la dirigencia sindical, el manejo que hace de los recursos, entre otros temas.[23]

Se advierte que el avance de la transparencia sindical en un lapso de poco más de 8 años ha sido favorable, tanto normativamente, institucionalmente y en la práctica, los sindicatos han mostrado interés y un nivel de involucramiento en la rendición de cuentas, aún falta camino por recorrer, hasta ahora y que no ha sido fácil y probablemente no lo sea en un futuro, pero es necesario para el sindicalismo, los agremiados y la ciudadanía.

Bibliografía

APARICIO VELÁZQUEZ, José Alfonso y PASTRANA GONZÁLEZ, Miguel Ángel; 2019, *"Perspectivas del Derecho Colectivo del Trabajo en México, a la Luz de sus Reformas en el Siglo XXI"*, en Kurczyn Villalobos, Patricia y Zavala Gamboa, Oscar (coords), *A cinco años de la reforma laboral: Efectos, perspectivas y retos Homenaje a Néstor de Buen Lozano*, México, Tirant Lo Blanch.

KURCZYN VILLALOBOS, Patricia; "*La Transparencia Sindical en el Ejercicio de Recursos Públicos"*, Revista Latinoamericana de Derecho Social, México, núm. 22, enero-junio de 2016.

PÁEZ PATRON, Joana, *"Transparencia y rendición de cuentas por parte de los sindicatos"*, Revista Latinoamericana de Derecho Social, México, núm. 23, julio-diciembre de 2016.

REYNOSO CASTILLO, Carlos, "*Apuntes sobre Transparencia Sindical"*, Revista Latinoamericana de Derecho Social, México, núm. 27, julio-diciembre 2018.

SÁNCHEZ-CASTAÑEDA, Alfredo, "*Alcances de la Reforma Constitucional respecto del Derecho de Acceso a la Información en Sindicatos"*, 2016, México, Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales.

---

[23] Aparicio Velázquez, José Alfonso y Pastrana González, Miguel Ángel, "Perspectivas del Derecho Colectivo del Trabajo en México, a la Luz de sus Reformas en el Siglo XXI, en Kurczyn Villalobos, Patricia y Zavala Gamboa, Oscar (coords), A cinco años de la reforma laboral: Efectos, perspectivas y retos Homenaje a Néstor de Buen Lozano, México, Tirant Lo Blanch, 2019.

SCHEDLER, Andreas, ¿Qué es la rendición de cuentas?, Cuadernos de Transparencia, No. 3, Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales.

SOMAUNO, María Fernanda (coord.), 2015, Informe país sobre la calidad de la ciudadanía en México, Instituto Nacional Electoral; El Colegio de México, 2ª reimp. Disponible en: https://portalanterior.ine.mx/archivos2/s/DECEYEC/EducacionCivica/Documento_Principal_23Nov.pdf

VERGARA, Rodolfo, *La transparencia como problema*, Cuadernos de Transparencia, No. 5, Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales.

Normatividad

ACUERDO mediante el cual se aprueba la Tabla de aplicabilidad de las obligaciones de transparencia comunes de los sujetos obligados del ámbito federal, en términos del último párrafo del artículo 70 de la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública, disponible en: https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5459567&fecha=03/11/2016

ACUERDO mediante el cual el Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales, aprueba el padrón de sujetos obligados del ámbito federal, en términos de la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública, disponible en: https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5436061&fecha=04/05/2016.

Constitución Policita de los Estados Unidos Mexicanos, México, 2019.

Ley Federal del Trabajo, México, 2019,

Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública, México, 2019.

ACCESO A LA JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS DE LAS PERSONAS ADULTAS MAYORES

María Ascensión Morales Ramírez[1*]

SUMARIO: *Resumen.* I. *Introducción*. II. *Acceso a la justicia*. III. *Protección jurisdiccional*. IV. *Protección no jurisdiccional*. V. *Conclusiones*. *Bibliografía.*

Resumen: El acceso a la justicia es un derecho de gran relevancia que contribuye a la igualdad social, pues somete al escrutinio estatal el ejercicio y protección de los Derechos humanos contenidos en diversas leyes, Constitución y Tratados internacionales. Este derecho dota de viabilidad a la exigibilidad de los derechos humanos de las personas adultas mayores, principalmente el derecho a la salud a través de mecanismos de carácter jurisdiccional, no jurisdiccional y mecanismos alternativos de solución de controversias, que permitan el acceso a una atención médica oportuna sin ningún tipo de discriminación. Para ello se debe reconocer que los adultos mayores constituyen un grupo vulnerable que merece especial protección por parte de los órganos del Estado, siendo necesario convertir al derecho al acceso a la justicia como la pieza clave para materializar todos los demás derechos de estas personas.

I. Introducción

Conforme a las proyecciones del Consejo Nacional de Población (CONAPO) en 2017, en el país existían poco más de 12 millones de personas adultas mayores (de 60 y más años), de las cuales 53.9% eran mujeres y 46.1% hombres.

Se cuenta con un marco jurídico que reconoce los derechos de estas personas, sin embargo, por sus características particulares, tienen altas probabilidades de no gozar plenamente del acceso a la justicia y la protección de sus derechos humanos.

[1*] Profesora-Investigadora de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social de la Facultad de Derecho de la UNAM.

A partir de los años sesenta, el acceso a la justicia se convirtió en un tema de gran relevancia al considerarse que dicho acceso constituiría un medio imprescindible para lograr una menor desigualdad social. El tema cobra actualidad y relevancia tratándose de las personas adultas mayores.

Así, el acceso a la justicia y su vinculación con los derechos humanos de este grupo social resulta ser un estudio obligado para conocer el grado de formulación de una petición o, en su caso, de alguna defensa por parte de las personas mayores.

Es por ello, que el presente trabajo se enfoca en el estudio de esa conexión, a partir de la revisión a la protección jurisdiccional y no jurisdiccional porque ambas vías están previstas en el sistema jurídico mexicano para lograr la defensa de los derechos humanos de las personas mayores; conocer y dar una explicación de la efectividad de los derechos que corresponde defender y hacer valer a las instituciones judiciales y no judiciales.

En atención a lo anterior, el trabajo se estructuró bajo tres objetivos. En primer lugar, explicar las bases conceptuales del acceso a la justicia desde una perspectiva fundamentalmente jurídica. En segundo lugar, identificar en la protección jurisdiccional el cumplimiento del *derecho de certeza jurídica* previsto en el artículo 5º de la Ley de los Derechos de las Personas Adultas Mayores y, en forma específica, la fracción II, inciso c), que dispone "recibir asesoría jurídica en forma gratuita y contar con un representante legal cuando lo considere necesario", en correlación con la observancia de las autoridades del Estado mexicano de los principios de pro-persona y de progresividad (grado y progreso de la tutela) en favor de las personas mayores, entre otros. En tercer lugar, en torno a la protección no jurisdiccional determinar la actuación ante la violación de derechos humanos de las personas mayores.

Para ello, se recopilaron y seleccionaron criterios judiciales a fin aproximarse a la interpretación que los tribunales han realizado sobre el acceso a la justicia de las personas mayores. Igualmente se revisaron los informes, recomendaciones y acceso a las páginas Web de la

Comisión Nacional de Derechos Humanos y las comisiones estatales, así como instrumentos internacionales, materiales que permitirían confrontar el marco normativo y la realidad, para poder después formular algunas conclusiones.

II. Acceso a la justicia

Bajo el tema de acceso a la justicia se han discutido acciones, estrategias, métodos, procedimientos e instituciones. Sin embargo, no existe una definición única del concepto porque la diversidad de sus acepciones se corresponden con la disciplina desde la cual se le estudia que puede ser jurídica, sociológica o con base en los principios de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos o la regulación o criterios jurisdiccionales de un determinado país o en forma específica con relación a determinados sujetos titulares de derechos.

En el campo jurídico, la doctrina define el acceso a la justicia como "el derecho de toda persona a tener un ámbito en el cual hacer valer el derecho de que se crea asistida y de lograr la satisfacción de ésta."[2]

Cappeletti y Garth reconocen dos dimensiones del concepto de acceso a la justicia: [3]

a. Dimensión normativa. Referida al derecho igualitario de todos los ciudadanos a hacer valer sus derechos legalmente reconocidos.
b. Dimensión fáctica. Aspectos vinculados con los procedimientos tendientes a asegurar el ejercicio del acceso a la justicia. Comprende el derecho a reclamar por medio de los mecanismos institucionales existentes en una comunidad la protección de un derecho legalmente reconocido.

---

[2] Marabotto, Jorge, "Un derecho humano esencial: el acceso a la justicia". *Anuario de Derecho Constitucional Mexicano,* México, 2003, p.1.

[3] Cappelletti, Mauro y Garth, Bryant, *El Acceso a la justicia* (movimiento mundial para la efectividad de los derechos. Informe General), Trad. Samuel Amoral, Buenos Aires, Colegio de Abogados del Departamento Judicial de la Plata, 1983, citado por Birgin, Haydee y Gherardi, Natalia, "El acceso a la justicia como un derecho humano fundamental: retos y oportunidades para mejorar el ejercicio de los derechos de las mujeres", *Mujer y acceso a la justicia,* Buenos Aires, El Mono Armado, 2008, pp. 4-5.

En el orden internacional, la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 8°) dispone: "Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley". Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 8°) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 14), establecen la posibilidad de acudir ante los órganos jurisdiccionales en defensa de los derechos o intereses.

En el ámbito nacional, el artículo 17 constitucional, párrafo segundo, consagra: "Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial". Así, este precepto establece la garantía de acceso a la justica por parte del Estado, a través de instaurar los tribunales respectivos y procurar los medios para su buen funcionamiento.[4]

Sobre el particular, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) en la tesis jurisprudencial 1ª./J.42/2007, definió *el acceso a la justicia* como:

> un derecho público subjetivo que toda persona tiene, dentro de los plazos y términos que fijen las leyes, para acceder de manera expedita a tribunales independientes e imparciales, a plantear una pretensión o a defenderse de ella, con el fin de que, a través de un proceso en el que se respeten ciertas formalidades se decida sobre la pretensión o la defensa y, en su caso, se ejecute esa decisión.[5]

La SCJN en la tesis 1ª. LXXIV/2013 señaló que el derecho al acceso a la justicia comprende tres etapas: a) una previa al juicio; b) una judicial, que va desde el inicio del procedimiento hasta la última actuación; y c) una posterior al juicio, identificada con la eficacia de las resolucio-

---

[4] Para efectos del acceso a la justicia el artículo 17 constitucional está relacionado con los artículos 14 y 20, apartados B y C de la Constitución mexicana.

[5] Tesis 1ª./J.42/2007, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,* Novena Época, t. XXV, abril de 2007, p. 124.

nes emitidas.[6]

Del contenido de los ordenamientos y criterios expuestos, se desprende como acepción general del acceso a la justicia: la existencia de un recurso; la posibilidad de reclamar la protección de un derecho legalmente reconocido; los mecanismos institucionales existentes; la disponibilidad efectiva de instituciones para resolver en forma oportuna y con apoyo en el ordenamiento jurídico.

En atención a lo anterior, la doctrina ha manifestado la existencia de derechos asociados mínimos que configuran y garantizan el acceso a la justicia, a saber:

a. Derecho de acceso a la jurisdicción, que parte del derecho de acción como una especie del derecho de petición dirigido a las autoridades jurisdiccionales y que motiva un pronunciamiento por su parte.
b. Tutela jurisdiccional efectiva. A un juicio justo. [7]
c. Debido proceso. La posibilidad de acceder a un órgano jurisdiccional dotado de independencia e imparcialidad y competencia determinada por ley, y el desarrollo de un procedimiento que asegure ciertas garantías procesales.
d. Eficacia de la sentencia. Una solución en un plazo razonable y plena efectividad de cumplimiento.

Otro sector de la doctrina ha referido un catálogo de derechos que comprende el acceso a la justicia: a) derecho de acceso a la jurisdicción; b) derecho a un juez natural, competente, imparcial y predeterminado por ley; c) derecho al *habeas corpus; d)* derecho al amparo; e) derecho a no ser juzgado dos veces por la misma causa; f) derecho a la defensa y asistencia letrada; g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo y confesarse culpable; h) derecho a disponer de un intérprete o traductor en juicio; i) derecho a un recurso efectivo ante tribunales

---

[6] Tesis 1ª. LXXIV/2013, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. 1, marzo de 2013, p. 882.

[7] Este derecho está consagrado en los artículos XVIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, el 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y el 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

competentes superiores, independientes e imparciales; j) derecho a la reparación material y moral de las víctimas; k) derecho a la igualdad ante la ley y ante los tribunales; l) derecho a la presunción de inocencia e irretroactividad de la ley.[8]

La SCJN ha determinado que los derechos del acceso a la justicia alcanzan no solamente a los procedimientos ventilados ante jueces y tribunales del Poder Judicial, sino también a todos aquellos seguidos ante autoridades que, al pronunciarse sobre la determinación de derechos y obligaciones, realicen funciones materialmente jurisdiccionales.[9]

Igualmente, la doctrina ha afirmado que el acceso a la justicia comprende aspectos diferenciados, aunque complementarios entre sí[10]:

a) El acceso propiamente dicho, es decir, la posibilidad de llegar al sistema judicial;
b) La posibilidad de lograr un buen servicio de justicia, esto es, no sólo llegar al sistema sino que éste brinde la posibilidad de lograr un pronunciamiento judicial justo en un tiempo prudencial; y
c) El conocimiento de los derechos por parte de los ciudadanos, de los medios para poder ejercer y hacer reconocer esos derechos y específicamente la conciencia del acceso a la justicia como un derecho y la consiguiente obligación del Estado de brindarlo y promoverlo.

La importancia del acceso a la justicia reside en su capacidad de constituirse en la "puerta de entrada" al sistema de tutela judicial y de resolución de conflictos. Sin la aplicación efectiva del derecho de acceso a la justicia, la exigibilidad del resto de los derechos consagrados en la Constitución y en las leyes pierde toda viabilidad. El acceso a la justicia

---

[8] Ortiz Ahlf, Loretta, *El Derecho de Acceso a la Justicia. Obra en Homenaje a Rodolfo Cruz Miramontes*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, t. II, 2008, pp. 412-413.

[9] Tesis 1ª. LXXIV/2013, *op. cit.*

[10] Birgin, Haydee y Gherardi, Natalia, "El acceso a la justicia como un derecho humano fundamental: retos y oportunidades para mejorar el ejercicio de los derechos de las mujeres, retos y oportunidades para mejorar el ejercicio de los derechos de las mujeres, Mujer y acceso a la justicia", Argentina, 2008, p. 5. http://www.jusformosa.gob.ar/escuela/violencia/MOD7-3-BibliografiaSugerida.pdf, consultado el 27 de mayo de 2019.

se yergue, entonces, como un derecho fundamental de primera importancia en todo sistema de administración de justicia democrático.[11]

En forma específica, con relación al acceso a la justicia desde la perspectiva de los derechos humanos de las personas adultas mayores, la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, define el acceso a la justicia en el artículo 31 como el:

> derecho de la persona adulta mayor a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

Dicha Convención establece como obligación estatal asegurar que la persona mayor tenga acceso efectivo a la justicia en igualdad de condiciones con las demás, incluso mediante la adopción de ajustes de procedimiento en todos los procesos judiciales y administrativos en cualquiera de sus etapas. Asimismo, dispone el compromiso de los Estados para garantizar la debida diligencia y el tratamiento preferencial a la persona mayor para la tramitación, resolución y ejecución de las decisiones en procesos administrativos y judiciales.

La Convención se pronuncia porque la actuación judicial sea particularmente expedita en casos en que se encuentre en riesgo la salud o la vida de la persona mayor y porque los Estados desarrollen y fortalezcan políticas públicas y programas dirigidos a promover:

a) Mecanismos alternativos de solución de controversias.
b) Capacitación del personal relacionado con la administración de justicia, incluido el personal policial y penitenciario, sobre la protección de los derechos de la persona mayor.

Tanto en su acepción general como en la específica, se reconoce que

---

[11] Universidad Diego Portales, *Informe anual sobre derechos humanos en chile 20*07, Hechos 2006, Chile, Facultad de Derecho, 2007, p. 176.

el acceso a la justicia es un derecho humano y determina la posibilidad de la defensa de los derechos, sin embargo, de no atenderse ese derecho puede dar lugar a la exclusión, discriminación social, impunidad e incertidumbre, con todas las consecuencias que se produzcan.

III. Proteccion jurisdiccional

La protección jurisdiccional se realiza por el Poder Judicial mediante los juzgados y tribunales federales competentes, con base en la interposición de una petición, para después, si continúa la violación a los derechos humanos, acudir al juicio de amparo y concluir con una sentencia.

El análisis de los criterios judiciales encontrados para determinar el acceso a la justicia de las personas mayores evidenció que de la totalidad de tesis pronunciadas por la SCJN, son mínimas las tesis emitidas sobre las personas mayores. Las resoluciones de los demás tribunales no pudieron ser consultadas, porque se exigen datos precisos de la sentencia que se pretende conocer y, para el caso, de consulta expedientes se exige un pago, en los términos establecidos en la liga http://www.poderjudicialcdmx.gob.mx/sicor/. Esta situación, si bien responde a la protección de los datos personales, impide conocer el carácter de los demandados y saber el fondo de todas las demandas, razón por la cual sólo es posible obtener los criterios judiciales respecto de los asuntos que fueron tramitados en un tribunal superior y adquirieron la cualidad de tesis. En el ámbito penal, fue más difícil acercarse información porque las instancias correspondientes no llevan un registro o en caso de tener los datos no están desagregados.

Además de lo anterior, la reducida existencia de criterios judiciales puede deberse a la falta de demandas presentadas por las personas mayores para defender sus derechos en los tribunales, atribuibles quizá al desconocimiento de ese derecho por parte de los afectados, o el costo de la representación y el asesoramiento jurídicos que implica acudir a un tribunal para hacer valer y asegurar su debido ejercicio de tal derecho, o la resistencia por el tiempo que conlleva y la percepción o prejuicios

sobre la actuación, dilación y retrasos judiciales en todas las materias, principalmente la penal. Estos obstáculos, sobre todo, los económicos, obligan a trascender hacia los mecanismos alternativos de solución de controversias.

A pesar de este panorama, la revisión y análisis de los criterios judiciales existentes resultaron interesantes para nuestro objeto de estudio y permiten presentar una visión en conjunto cumplimiento del derecho a la certeza jurídica y su correlación con los principios de derechos humano por tratarse de tesis emitidas en años recientes y que corresponden a la décima época, a saber: I.1o.A.E.1 CS (10a.), I.1o.A.E.89 A (10a.), 1o.A.E.96 A (10a.) y I.1o.A.E.126 A (10a.) y I.4o.A. J/103 (9a.)

a) *Derecho de certeza jurídica previsto en el artículo 5º de la Ley de las Personas Adultas Mayores*. Las resoluciones judiciales han determinado que esta ley protege los derechos fundamentales de las personas que cuentan con sesenta años de edad o más. Su finalidad es conferirles un mismo nivel de oportunidad para el goce y ejercicio de sus derechos del que disfrutan el resto de las personas. En forma específica, tales criterios han reconocido que el artículo 5°., fracción II, inciso c) relativo a *recibir asesoría jurídica en forma gratuita y contar con un representante legal cuando lo considere necesario (correspondiente al derecho de* certeza jurídica), tutela valores constitucionales y derechos fundamentales del orden jurídico como es la *protección especial* de las personas adultas mayores, y este principio permea en el resto de los componentes del sistema jurídico, de tal forma, que opera de modo transversal y prevalente en las demás materias o especialidades del orden jurídico. Así, esta protección especial impone a las autoridades que sujetan a personas adultas mayores a procedimientos administrativos o judiciales, el deber de colmar ese beneficio en coordinación con las reglas previstas para tales procedimientos. Esto implica una variación del debido proceso legal que permite cumplir el propósito perseguido por la ley tutelar. Dicha aplicación preferente y de mayor jerarquía tiene "el ánimo de producir un efecto útil en el momento de su implementación. De lo anterior se desprende, que este criterio confirma que las personas mayores tengan efectivamente la oportunidad de gozar de

las prerrogativas en el precepto en comento.

b) Principio *pro-persona* (en favor de la persona). En atención a este principio contenido en el artículo 1°. constitucional,[12] que determina la interpretación y aplicación más favorable que deben observar todas las autoridades, los criterios judiciales han señalado que "la observancia de la Ley de los Derechos de los Adultos Mayores", no sólo se constriñe a las autoridades de la administración pública centralizada, desconcentrada o paraestatal, federal, estatal o municipal, sino a todas aquellas autoridades administrativas que conozcan de procedimientos en los que sean parte adultos mayores. Lo anterior significa que todas las autoridades sujetas o no al poder público tradicional (entre ellos los organismos constitucionales autónomos) están obligadas a promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de este grupo social. Se trata de favorecer la protección más amplia.

c) Principio de progresividad. Conforme a este principio los órganos de Gobierno del Estado mexicano están impedidos para adoptar medidas que restrinjan el alcance interpretativo de aplicación y protección de las normas que reconocen los derechos fundamentales de las personas adultas mayores. Con base en ello, los criterios jurisdiccionales han determinado que la aplicación de otras normas de índole procesal deberá ajustarse para generar la mayor protección que el sistema jurídico pueda brindar a este grupo vulnerable a través de realizar una interpretación funcional y extensiva. Lo anterior porque las autoridades que instrumentan procedimientos administrativos contemplados en el sistema jurídico mexicano están obligados a conocer y respetar las formalidades garantes del debido proceso y, con mayor razón, cuando se trata de sujetos que gozan de protección especial, como los adultos mayores. Por ello, ante la sospecha de que una persona sujeta a un procedimiento es adulta mayor, la autoridad debe actuar de tal forma que pueda disipar esa incertidumbre, o ante la duda, proceder preventivamente informando lo pertinente

[12] Con la reforma del 10 de junio de 2011 en materia de derechos humanos, el artículo 1º. constitucional fue objeto de cambios y avances dentro del sistema jurídico mexicano, al incluir diferentes obligaciones y acciones que el Estado debe realizar con la finalidad de ofrecer una mejor protección de esos derechos.

para garantizar y procurar la máxima tutela, y así estar en aptitud de determinar, si se otorgan o se prescinde de los derechos que como adulto mayor corresponden al particular involucrado.

d) De este criterio se desprende que con independencia de que las legislaciones en sus procedimientos no contemplen en su contenido los derechos que asisten a los sujetos que cuenten con la calidad especial de persona mayor, ante cualquier procedimiento en contra de ésta, la autoridad deberá proporcionarle la información sobre las prerrogativas procedimentales a su favor.

Por último, del estudio y análisis de los criterios judiciales antes señalados se desprende que, para garantizar la máxima tutela del derecho fundamental de acceso a la justicia de las personas mayores, se deben cumplir como mínimo, los supuestos siguientes:

a) Verificar que se trata de una persona adulta mayor.
b) Hacer de su conocimiento que tienen derecho a recibir asesoría jurídica gratuita y a contar con un representante legal cuando lo consideren necesario.
c) Actuar diligentemente y allegarse de los medios necesarios para determinar si es procedente conceder las prerrogativas contempladas en la Ley de los Derechos de las Personas Adultas Mayores.
d) Acceso a la justicia. Los criterios jurisdiccionales disponen que cuando alguna persona mayor acuda ante los tribunales a ejercer sus derechos, éstos deben garantizar en todo momento el respeto a su dignidad humana, evitar que se cometan abusos en su contra y tomar las medidas necesarias para cerciorarse de que entiende claramente el procedimiento en que se están ventilando sus derechos, así como que conozca la situación jurídica en que se encuentra para que pueda ejercerlos. (Tesis I.3o.C.289 C (10a.)).
e) Procuración y administración de justicia. Las resoluciones judiciales han determinado que en los procesos penales cuando la parte agraviada u ofendida, inculpada o sentenciada sea una persona adulta mayor deben atenderse las directrices del marco jurídico nacional e internacional sobre la atención preferente, que se sintetiza en : a) gozar de la presunción de ser adulto mayor, salvo prueba en contra-

rio; b) celeridad en la realización de las diligencias que se ordenen en los procesos penales; c) monitoreo constante de sus niveles de salud física y mental con auxilio de las autoridades correspondientes; d) trato preferencial en los horarios para comparecer ante el Juez de la causa; e) analizar con detenimiento si su edad fue determinante para la comisión de los hechos que le imputan; f) en sentencia absolutoria, velar por su inmediata libertad, corroborando previamente sus condiciones alimentarias y de salud, y cuidar que al salir no se le exponga a las inclemencias del tiempo o a la soledad de su retiro del centro de reclusión en horarios impropios para la facilidad del traslado; g) establecer el modo y lugar de internamiento tanto para la prisión preventiva como cuando cumple la pena corporal impuesta, tomando en consideración la edad de sesenta años o más; y, h) en determinados supuestos, tener derecho a sufrir prisión preventiva o a purgar condena de prisión, en sus domicilios particulares. (VII.4o.P.T. J/4 (10a.)).

f) Perspectiva humanitaria. Los criterios judiciales señalan que al resolver asuntos que involucren derechos de las personas mayores, el juzgador debe partir de una perspectiva humanitaria y considerar su condición de vulnerabilidad. Lo anterior significa que el juzgador no debe limitarse a verificar si se cumple con la debida fundamentación y motivación, en términos de los artículos 14 y 16 constitucionales, sino que, además, debe constatar que se prevean los elementos indispensables para garantizar los derechos fundamentales de los adultos mayores afectados. Así, ante una orden judicial para desalojar un asilo deberá especificar la institución pública a la que serán trasladados las personas mayores a fin de garantizar sus derechos fundamentales a una vida digna, alimentación, vivienda, salud, atención médica y al respeto de su integridad física, mental y emocional. Por ello, incluso en diligencia posterior y con auxilio de las autoridades que se estimen necesarias, deberá efectuarse el traslado conducente. Esto es así, porque el Estado se encuentra obligado a proporcionar instalaciones adecuadas, así como alimentación y atención médica especializada a las personas mayores que carezcan de aquéllas y no se encuentren en condiciones de proporcionárselas por sí mismas. (Tesis XI Región) 2o.9 A (10a.).

Como puede observarse, para este criterio no es suficiente que se cumplan con las formalidades del caso, si en éste se pueden ver afectados derechos de los adultos mayores.

g) Suplencia de la queja deficiente en el juicio de amparo. En 2015, diversos criterios judiciales consideraron que, si bien las personas adultas mayores eran sujetos de protección especial por parte de los órganos del Estado, no necesariamente en todos los casos en los que intervinieran debía suplirse la deficiencia de la queja (Tesis 1a. CCXXIV/2015 y 1a. CXXXIV/2016). Posteriormente, a finales de 2016, se dio un giro de criterio al considerarse que los adultos mayores, entre otros, se encuentran en una condición de debilidad respecto del resto de la población y merecen atención especial jurídica, por pertenecer a un grupo vulnerable. Por tanto, la autoridad que conozca del juicio de amparo promovido por un adulto mayor debe suplir la queja deficiente en su favor, para su mayor protección acorde con los derechos fundamentales que tiene reconocidos en diversos instrumentos internacionales y en la legislación nacional. (Tesis: I.7o.A.22 K (10a.)).

   Conforme al viraje de criterio jurisprudencial, las personas mayores gozarán de la suplencia cuando sus demandas de amparo sean deficientes, lo cual significa que se han realizado los ajustes en los procesos judiciales para conceder un trato preferencial a este sector de la población.

h) Violencia familiar. Respecto al trato denigrante y la creación de un ambiente hostil que asumen las personas contra un adulto mayor que reúne la calidad de ascendiente en línea recta, en lugar de cuidarlo y protegerlo en esa etapa de su vida, los criterios judiciales han señalado que el sistema judicial debe configurarse como un instrumento para su defensa efectiva, ya que las personas mayores por su edad tienen derecho a no ser discriminado por dicho factor, a ser tratado con dignidad y protegido ante cualquier rechazo o tipo de abuso mental por su condición de vulnerabilidad. (Tesis: I.9o.P.58 P (10a.).

   Con este criterio, se exige a los tribunales una actuación expedita en atención al riesgo en la salud o vida de la persona mayor.

IV. Protección no jurisdiccional

La protección no jurisdiccional de los derechos humanos tiene como característica no estar sujeta a los formalismos jurídicos para la atención de los casos. Esta protección está a cargo de la Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH) y de los 32 organismos estatales en la materia, conforme al artículo 102 constitucional, apartado B.

Dichas instancias se ocupan de las quejas presentadas (a petición de parte o de oficio), por la presunta violación administrativa de derechos humanos, provenientes de cualquier autoridad o servidor público, que da lugar a una investigación y, en su caso, a la formulación de una recomendación pública no vinculante o denuncias y quejas ante las autoridades correspondientes, con excepción del Poder Judicial de la Federación. No pueden conocer de los asuntos en materia electoral ni jurisdiccional. Si bien la recomendación no es vinculante, sí señala medidas para restablecer a la persona afectada en el goce y disfrute del derechos en cuestión, así como la reparación de los daños y perjuicios, en su caso, ocasionados.

Las recomendaciones que se han emitido en torno a las personas mayores, principalmente, por la CNDH, se refieren a la transgresión a tres tipos de derechos: a) a la protección de la salud, b) a la vida y c) al de acceso a la información en materia de salud. Todos ellos, vinculados a la afectación del derecho a un trato digno y a la especial protección de que gozan las personas mayores en esa etapa de la vida.

Los derechos objeto de las recomendaciones se encuentran establecidos en diversos instrumentos internacionales, algunos en forma general y, otros, se constriñen de manera específica a las personas mayores, dentro de los cuales destaca la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, aprobada el 15 de junio de 2015, por la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos (OEA) en su Cuadragésimo Quinto Período Ordinario de Sesiones. Dicho instrumento tiene como objetivo la protección de este grupo social con perspectiva de derechos, género y ciclo de vida,

sin discriminación y con un enfoque diferenciado que considere sus características particulares tanto a nivel individual como colectivo.

Igualmente, los derechos de las personas mayores están reconocidos en el sistema jurídico mexicano, aunque hasta el momento no se encuentra actualizado con los estándares de la Convención.

Para comprender las recomendaciones pronunciadas por la CNDH resulta conveniente explicar en qué consiste cada uno de estos derechos.

1. Derecho a un trato digno

Este derecho tiene sustento en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 11.1); en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 1°); en el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, conocido como *"Protocolo de San Salvador"* (art. 17, párrafo primero); en el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (arts. 12.1 y 12.2); en la Observación General No. 6 de *"Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Personas Mayores";* en los Principios de las Naciones Unidas en Favor de las Personas de Edad; y en la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores.

Conforme a dichos instrumentos, de manera general, el derecho a un trato digno protege como bien jurídico un trato respetuoso dentro de las condiciones mínimas de bienestar, lo que implica la obligación de todo servidor público de evitar conductas que tiendan a dar tratos humillantes, vergonzosos o denigrantes a una persona, y con ello, vulnerar sus derechos.

Por su parte, la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores establece en el artículo 9°, entre otras cosas, que la persona mayor tiene derecho a recibir un trato digno y a ser respetada y valorada…". Para ello, señala como obligación estatal: a) adoptar medidas legislativas, administrativas y de otra índole para prevenir, investigar, sancionar y erradicar los actos de violencia contra la persona mayor, así como aquellas que propicien la

reparación de los daños ocasionados por estos actos; b) establecer o fortalecer mecanismos de prevención de la violencia, en cualquiera de sus manifestaciones, dentro de la familia, unidad doméstica, lugares donde recibe servicios de cuidado a largo plazo y en la sociedad para la efectiva protección de los derechos de la persona mayor, entre otras.

En el máximo ordenamiento jurídico mexicano, el derecho a un trato digno está previsto en el artículo 1o., párrafo quinto que señala "queda prohibido todo acto que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas."

2. Especial protección

La especial protección de las personas adultas mayores está reconocida en el Primer Plan de Acción Internacional sobre el Envejecimiento de 1982;[13] en la Declaración de la Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos de 1993;[14] en el Plan de Acción Internacional de Madrid sobre el Envejecimiento de 2003;[15] en la Estrategia Regional de Implementación para América Latina y el Caribe del Plan de Acción Internacional de Madrid sobre el Envejecimiento de 2003; en la Declaración de Brasilia de 2007; en el Plan de Acción de la Organización Panamericana de la Salud sobre las Personas Mayores de 2009; en la Carta de San José sobre los Derechos de las Personas Mayores de América Latina y el Caribe de 2012, entre otros.

Conforme a estos instrumentos las personas mayores constituyen un grupo vulnerable que merece especial protección por parte de los órganos del Estado, porque su avanzada edad los coloca, en ocasiones, en una situación de desatención.

En forma particular, la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores establece la especial protección de este sector de la población, en uno de sus principios generales "buen trato y atención preferencial".

[13] Adoptado en la Asamblea Mundial del Envejecimiento en Viena.

[14] Pronuncida en la Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos.

[15] Establecido en la Segunda Asamblea Mundial sobre el envejecimiento en Madrid en 2002.

En México, este derecho está consagrado en el artículo 1º constitucional, párrafo quinto, el cual dispone: "queda prohibido cualquier acto que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas" y en correlación con la Ley de los Derechos de las Personas Mayores, artículo 4o, fracción V que establece como principio la atención preferente, entendida como aquélla que obliga a las instituciones federales, estatales y municipales de gobierno, así como a los sectores social y privado a implementar programas acordes a las diferentes etapas, características y circunstancias de las personas adultas mayores."

3. Derecho de Protección de la salud

Este derecho se encuentra reconocido en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 12); en el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 10); en la Observación General No. 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y en la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores (art. 19).

De estos instrumentos se desprende que la salud es un derecho fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos. En atendión a ellos, se impone un deber estatal de asegurar el acceso a servicios esenciales de salud, garantizando una prestación médica de calidad y eficaz, así como de impulsar el mejoramiento de las condiciones de salud de la población, pero también, la obligación de abstenerse de injerir directa o indirectamente en el disfrute del derecho a la salud, se impida que terceros interfieran en la aplicación de las garantías previstas en el citado precepto legal y se adopten las medidas apropiadas de carácter legislativo, administrativo, presupuestario, judicial o de otra índole para dar plena efectividad al derecho a la salud.

En forma específica, la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores determina que estas personas tienen derecho a su salud física y mental, sin ningún

tipo de discriminación. Para ello, señala una serie de medidas que los estados debe implementar, entre otras: políticas públicas intersectoriales de salud orientadas a una atención integral que incluya la promoción de la salud, la prevención y la atención de la enfermedad en todas las etapas; la rehabilitación y los cuidados paliativos de la persona mayor a fin de propiciar el disfrute del más alto nivel de bienestar, físico, mental y social.

A fin de hacer efectivo el derecho de protección a la salud la Convención se sugiere, entre otras medidas, las siguientes: a) asegurar la atención preferencial y el acceso universal, equitativo y oportuno en los servicios integrales de salud de calidad basados en la atención primaria, y aprovechar la medicina tradicional, alternativa y complementaria, de conformidad con la legislación nacional y con los usos y costumbres; b) acciones de prevención de enfermedades; c) acceso a beneficios y servicios de salud asequibles y de calidad para la persona mayor con enfermedades no transmisibles y transmisibles, incluidas aquellas por transmisión sexual; d) servicios socio-sanitarios integrados especializados para atender a la persona mayor con enfermedades que generan dependencia, incluidas las crónico-degenerativas, las demencias y la enfermedad de Alzheimer, capacitación de trabajadores de los servicios de salud, sociales y socio-sanitarios integrados y de otros actores, en relación con la atención de la persona, entre otros.

En el contexto nacional el derecho a la protección de la salud está previsto en el artículo 4º constitucional,[16] cuarto párrafo al diponer: "Toda persona tiene derecho a la protección de la salud". También se prevé en la Ley General de Salud. La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha determinado los elementos que comprenden ese derecho: el disfrute de servicios de salud de calidad en todas sus formas y niveles, entendiendo calidad como exigencia de que sean apropiados médica y científicamente, por lo que para garantizarlo, es menester que sean pro-

[16] Este artículo, además de la protección de la salud establece un número amplio de derechos, principalmente, de los denominados derechos económicos, sociales, culturales y ambientales.

porcionados con calidad, lo cual tiene estrecha relación con el control que el Estado haga de los mismos.[17]

4. Derecho a la vida

El Derecho a la vida está contenido en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 6.1), en la Convención Americana sobre Derechos Humanos los artículos (artículo 4.1), en la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 3o) en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y en la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores (art. 11).

Del contenido de los instrumentos internacionales citados se desprende que el derecho a la vida se trata de un derecho fundamental, el cual implica el disfrute de todo ser humano de un ciclo existencial , sin que sea interrumpido por algún agente externo, por constituir un presupuesto esencial para el ejercicio de los demás derechos. Así, este derecho involucra dos aspectos: a) el respeto a la vida humana a través de prohibir la privación arbitraria de ésta y b) garantizar las condiciones para proteger y preservar la vida.

La Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores establece el artículo 6o el Derecho a la vida y a la dignidad en la vejez y al efecto dispone que los Estados adopten las medidas necesarias para garantizar a la persona mayor el goce efectivo de este derecho hasta el fin de sus días, en igualdad de condiciones con otros sectores de la población. Para ello, propone que las instituciones públicas y privadas ofrezcan un acceso no discriminatorio a cuidados integrales, incluidos los cuidados paliativos, eviten el aislamiento y manejen apropiadamente los problemas relacionados con el miedo a la muerte de los enfermos terminales, el dolor, y eviten el sufrimiento innecesario y las intervenciones fútiles e inútiles, de conformidad con el derecho de la persona mayor a expresar el consentimiento informado.

[17] Tesis 1ª /J.50/2009, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XXIX/, abril de 2009, p. 164.

En el contexto nacional, la vida como derecho fundamental se encuentra consagrada en el artículo 29 constitucional, párrafo segundo, que dispone. "En los decretos que se expidan, no podrá restringirse ni suspenderse el ejercicio de los derechos a la no discriminación, al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la vida, (…) ni las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.

5. Derecho al acceso a la información en materia de salud

Los instrumentos internacionales que tienen relación con este derecho son la Observación General 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturale; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 12) y la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores (art.11).

El derecho de acceso a la información en materia de salud, "comprende el derecho de solicitar, recibir y difundir información e ideas acerca de las cuestiones relacionadas con la salud. Con todo, el acceso a la información no debe menoscabar el derecho de que los datos personales relativos a la salud sean tratados con confidencialidad", el derecho a la información en materia de salud comprende: 1) el acceso para recibir todo tipo de información relacionada con la atención de la salud, 2) la protección de los datos personales, y 3) cumplir con los principios de: a. Accesibilidad: que se encuentre disponible para el paciente; b. Confiabilidad: que se sustente en criterios, prácticas, estudios y análisis realizados por una institución profesional y especializada en la disciplina médica; c. Verificabilidad: que se pueda corroborar con la institución médica tratante; d. Veracidad: que permita conocer la verdad sobre la atención otorgada al paciente y e. Oportunidad: mediante datos actualizados sobre el estado de salud de la persona.

En particular, la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores en el artículo 11 precisa el contenido de este derecho en materia de salud: derecho a brindar consentimiento libre e informado, de manera previa respecto de la salud, así como a ejercer su derecho de modificarlo o revocarlo, en rela-

ción con cualquier decisión, tratamiento, intervención o investigación. Al respecto, la información que se brinde deberá ser adecuada, clara y oportuna, disponible sobre bases no discriminatorias, de forma accesible y presentada de manera comprensible de acuerdo con la identidad cultural, nivel educativo y necesidades de comunicación de la persona mayor, para que ésta pueda aceptar, negarse a recibir o interrumpir voluntariamente tratamientos médicos o quirúrgicos, incluidos los de la medicina tradicional, alternativa y complementaria, investigación, experimentos médicos o científicos, ya sean de carácter físico o psíquico. Se sugiere que los Estados establezcan un proceso para que la persona mayor pueda manifestar de manera expresa su voluntad anticipada e instrucciones respecto de las intervenciones en materia de atención de la salud, incluidos los cuidados paliativos. Dicha voluntad podrá ser expresada, modificada o ampliada en cualquier momento solo por la persona mayor, a través de instrumentos jurídicamente vinculantes, de conformidad con la legislación nacional.

En el ámbito nacional, el artículo 6o constitucional, párrafo segundo prevé de manera general el derecho de las personas al libre acceso a información, el cual comprende también la materia de salud, al disponer "Toda persona tiene derecho al libre acceso a información plural y oportuna, así como a buscar, recibir y difundir información e ideas de toda índole por cualquier medio de expresión".

6. Reparación de los derechos vulnerados

De lo expuesto sobre el contenido normativo de los diversos instrumentos internacionales, entre ellos, la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, se entiende el por qué los derechos analizados forman parte de las recomendaciones de la CNDH.

Las recomendaciones se centran en que los adultos mayores son objeto de una atención inadecuada en materia de protección a la salud, inclusive con privación de la vida por indebida integración del expediente clínico, por ende, de la historia clínica (antecedentes, tratamientos, in-

observancia de la normativa sobre el expediente clínico, etc.); falta del personal médico especializado (atención médica profesional y de calidad); incumplimiento de las obligaciones de los servidores públicos de dar un trato acorde a las necesidades, características y circunstancias de la persona mayor; incumplimiento del deber de disponibilidad (instalaciones, bienes, servicios o programas); entre otros aspectos que vulneran los derechos que aquí se han explicado.

Así, la CNDH establece como medidas para garantizar la reparación integral de los derechos violados a las personas mayores, proporcional a la gravedad de la violación y las circunstancias de cada caso, entre otras, las siguientes:[18]

a) *Rehabilitación.* Consiste en la atención psicológica que requieran, previo consentimiento informado, el cual debe ser gratuito, inmediato y por el tiempo que sea necesario, inclusive la provisión sin costo de medicamentos, considerando sus circunstancias y necesidades particulares a fin de contrarrestar el sufrimiento derivado de la muerte, en su caso, del adulto mayor.

b) *Medidas de satisfacción*. Se trata de dignificar al afectado y recomendar sanciones judiciales o administrativas para los servidores públicos.

c) *Garantías de no repetición*. Se refiere a implementar medidas a fin de evitar la repetición de hechos violatorios de derechos humanos y contribuir a su prevención. Lo anterior comprende la capacitación sobre los estándares relacionados con la protección de la salud de las personas mayores, así como sobre la disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad que deben cumplir los servicios de salud.

d) *Indemnización*. Se fija una cantidad económica en atención a los derechos violados, la temporalidad, el impacto bio-psicosocial (estado psico-emocional, privacidad e integridad psicofísica, esfera familiar, social, cultural, laboral, situación económica y proyecto de vida), y

[18] Para ello se sugiere la inscripción de los afectados en el Registro Nacional de Víctimas a cargo de la Comisión Ejecutiva de Atención a Víctimas, a fin de que, conforme a derecho, corresponda el acceso al Fondo de Ayuda, Asistencia y la reparación integral.

consideraciones especiales atendiendo a las condiciones de discriminación o vulnerabilidad.

e) Obligación de investigar. Los hechos e identificar, localizar, detener, juzgar y, en su caso, sancionar a los responsables.

V. Conclusiones

Puede señalarse que hay algunos avances en la protección jurisdiccional y no jurisdiccional en favor de las personas mayores. Las pocas resoluciones existentes han permitido observar los ajustes en los procesos administrativos y judiciales, un tratamiento preferencial, una debida diligencia y una actuación expedita cuando se ponga en riesgo la salud o vida de este sector de la población.

Sin embargo, la escasa información disponible (tesis y recomendaciones), la falta de datos estadísticos de las instancias involucradas, así como la carencia de estudios cuantitativos y cualitativos y un diagnóstico sistemático en ambos tipos de protección no permite conocer el grado y resultado del acceso a la justicia y la gravedad o no de la violación a los derechos humanos de las personas mayores.

Además, podría pensarse que persisten barreras de distinta naturaleza, que en mayor o menor grado dificultan el acceso de las personas mayores al sistema de justicia. Por ello, serían convenientes dos medidas: a) colocar el derecho de acceso a la justicia como una pieza clave y como uno de los presupuestos para materializar todos los demás derechos de las personas mayores, y b) transcender hacia los mecanismos alternativos de solución de controversias en favor de este grupo social.

Igualmente, es una exigencia contar con información clara, entendible, ordenada y clasificada conforme al grupo vulnerable del que se trata, y del derecho vulnerado, para poder generar estadísticas correspondientes. Asimismo, es necesario mejorar el acceso al material legal trabajado en los tribunales menores anteriores a la SCJN, sin dejar de lado la protección de datos personales.

También resulta toral la armonización del sistema jurídico mexicano a efecto de que los derechos de las personas adultas mayores estén ex-

plícitamente contemplados y protegidos para hacerlos congruentes con los estándares de la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores a fin de incorporar la perspectiva, enfoques y derechos que comprende este instrumento internacional y, sobre todo, para incluir los instrumentos de exigibilidad de esos derechos.

Por último, es importante continuar con la sensibilización y capacitación en materia de derechos humanos a todo el personal que tenga relación o contacto con los adultos mayores (servidores públicos, autoridades, médicos, abogados, estudiantes de derecho, administradores de justica, etc.), así como elaborar protocolos de atención especializada desde una perspectiva integral de protección a sus derechos.

Bibliografía

BIRGIN, Haydee y GHERARDI, Natalia, "*El acceso a la justicia como un derecho humano fundamental: retos y oportunidades para mejorar el ejercicio de los derechos de las mujeres*", http://www.jusformosa.gob.ar/escuela/violencia/MOD7-3-bibliografiaSugerida.pdf.

CASTAÑEDA, Mireya, *La protección no jurisdiccional de los derechos humanos en México,* México, CNDH, 2011.

COMISIÓN NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS (CNDH), *Recomendación* 98/1999.

----------, *Informe de actividades 2018*, CNDH, 2019.

----------, *Informe Especial sobre la Situación de los Derechos Humanos de las Personas Mayores en México*, México, CNDH, 2019.

----------, *Recomendación* 11/ 2019.

----------, *Recomendación* 12/2016.

----------, *Recomendación* 30/2015.

----------, *Recomendación* 57/2015.

----------, *Recomendación* 8/2019.

----------, *Recomendación*, 56/2015.

MARABOTTO, Jorge, "Un derecho humano esencial: el acceso a la justicia". *Anuario de Derecho Constitucional Mexicano,* México, 2003.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, *Declaración Universal de los Derechos Humanos, 10 de diciembre de 1948.*

----------, *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, 16 de diciembre de 1966.

----------, *Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, 16 de diciembre de 1966.

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERIANOS, *Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores*, 15 de junio de 2015.

----------, *Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto De San José),* 22 de noviembre de 1969.

----------, *Protocolo adicional a la Convención Americana Sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador",* 17 de noviembre de 1988.

ORTIZ AHLF, Loretta, "El Derecho de Acceso a la Justicia*", Obra en Homenaje a Rodolfo Cruz Miramontes,* México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, t. II, 2008.

Criterios Jurisprudenciales

Tesis (XI Región) 2o.9, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación,* Décima Época, libro, 22, t. III, septiembre de 2015, p. 2100.

Tesis 1.7o.A.22 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación,* Décima Época, libro 29, 37, t. II, diciembre de 2016, p. 1678.

Tesis 1.9o.P.58 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación,* Décima Época, libro 10, 37, t. III, septiembre de 2014, p. 2651.

Tesis 1a. CCXXIV/2015 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 19, t. I, junio de 2015, p. 573.

Tesis 1a. CCXXIV/2016 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación,* Décima Época, libro 19, t. I, junio de 2015, p. 1573.

Tesis 1a. CXXXIII/2016 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación,* Décima Época, libro 29, t. II, abril de 2016, p. 1103.

Tesis 1a. CXXXIV/2016 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación,* Décima Época, libro 29, t. II, p. 1104.

Tesis 1a. CXXXIV/2016 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 29, t, II, abril de 2016, p. 1104.

Tesis 1a. CXXXIV/2016 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 29, t. II, abril de 2016, p. 1104.

Tesis 1ª. LXXIV/2013, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,* Décima Época, t. 1, marzo de 2013, p. 882.

Tesis 1ª./J.42/2007, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,* Novena Época, t. XXV, abril de 2007, p. 124.

Tesis I.1o.A.E.1 CS (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 26, t. IV, enero de 2016, p. 3248.

Tesis I.1o.A.E.126 A (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 26, t. IV, enero de 2016, p. 3383.

Tesis I.1o.A.E.89 A (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 26, t. IV, enero de 2016, p. 3249.

Tesis I.1o.A.E.96 A (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 26, Tomo IV, enero de 2016, p. 3382.

Tesis VII.4o.P.T. J/4 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación,* Décima Época, Libro 9, t. III, agosto de 2014, p. 1397.

Tesis: I.3o.C.289 C (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 47, t. IV, octubre de 2017, p. 2403.

LOS DERECHOS HUMANOS LABORALES EN LA PRÁCTICA DE LAS Y LOS OPERADORES JURÍDICOS

Tomás H. Natividad Sánchez[1*]

SUMARIO: *Resumen.* I. *Los derechos humanos laborales en la práctica de las y los operadores jurídicos. Bibliografía.*

Resumen: El referirnos a los derechos humanos es tener en cuenta que su idea principal es la protección de la dignidad humana, cuya obligatoriedad es para todas las autoridades e instituciones públicas. Se habla de derechos humanos laborales cuando buscan proteger al trabajador en todos los sentidos en el mundo laboral, siendo su mayor ejemplo el tener un trabajo y bien remunerado. Dada la importancia de los derechos humanos, el papel que desarrollan los operadores jurídicos es de vital importancia, ya que en su actuar deben asumir la obligación de carácter moral y jurídica de aplicar y conducirse conforme a los principios de derecho, cuidando siempre la protección de los derechos humanos.

I. Los derechos humanos laborales en la práctica de las y los operadores jurídicos

Quisiera empezar estas líneas agradeciendo infinitamente la gran oportunidad que me brindan para poder ser parte de esta digna consideración en nombre de la Dra. María Patricia Kurczyn Villalobos, es un gran honor poder formar parte del homenaje a una mujer que ha dedicado su vida a la investigación jurídica y académica, que ha aportado su colaboración para importantes aspectos del derecho, labor que ha dejado grandes aportaciones y enseñanzas, me siento orgulloso de poder contribuir a través de la aportación al presente libro en su honor.

Cuando nos referimos a derechos humanos, debemos tener en cuen-

---

[1*] Maestría y Doctorado de la Universidad Panamericana en proceso de tesis y Licenciado en Derecho de la Escuela Libre de Derecho. Presidente de la Sociedad Mexicana del Derecho al Trabajo y la Seguridad Social.

ta que la idea principal de su defensa, es la protección a la libertad y a la dignidad humana; el fin de los derechos humanos es la defensa a esas garantías como las protege la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, para que el Estado en la operación de todos sus órganos de gobierno federales, estatales y municipales, y organismos e instituciones que ejercen el poder público y privado, deben respetar en sus actos y acciones, todos los derechos humanos fundamentales que la Constitución establece, resguarda y protege.

Durante el paso del tiempo los derechos humanos han evolucionado, que se puede afirmar que dicho marco de protección y de acción aplica de manera obligatoria para todas las autoridades e instituciones públicas de nuestro país, como lo dispone el artículo 1o. constitucional, dando pauta a la aparición de nuevos derechos, que procuran responder a retos más actuales, igual de urgentes e importantes para el bienestar de todas las personas, así como del planeta mismo, como el derecho al desarrollo sustentable, el derecho a la paz, el derecho al medio ambiente y el derecho humano laboral, que incluso de acuerdo a las interpretaciones de los tribunales internacionales, incluye a las personas morales, entre otros.

La Organización de las Naciones Unidas (ONU), presento en la 71ª reunión de su Asamblea General realizada el 20 de octubre de 2016, informe sobre los derechos a la libertad de reunión pacífica y de asociación en el lugar de trabajo, en donde se expresó la importancia de los derechos humanos laborales: *"Los derechos laborales son derechos humanos y, la capacidad de ejercer estos derechos en el lugar de trabajo es imprescindible para que los trabajadores puedan disponer de una amplia gama de otros derechos, sean estos económicos, sociales, culturales, políticos o de otra índole*[2]*"*.

Me enfocaré en estas líneas a los Derechos Humanos Laborales en la práctica de las y los operadores jurídicos, por lo que podemos señalar que un operador jurídico: *"identifica a todos los que, con una habitualidad*

---

[2] Organización de las Naciones Unidas, Informe presentado por la ONU sobre los derechos a la libertad de reunión pacífica y de asociación en el lugar de trabajo, en la 71ª asamblea general realizada el 20 de octubre de 2016.

profesional, se dedican a actuar en el ámbito del derecho, sea como creadores, como intérpretes, como consultores o como aplicadores del derecho y, que se diferencian precisamente por ese papel, que caracteriza su actividad del común de los ciudadanos[3]".

De la definición anterior, se desprende la esencial importancia e implicación de los operadores jurídicos en la protección, garantía y buena aplicación del derecho en todas y cada una de sus ramas, pues como personas que han sido desarrolladas y preparadas profesionalmente en ese ámbito, recae en ellos el buen nivel de la formación, de la interpretación y la aplicabilidad correcta de las normas, leyes, tratados internacionales y jurisprudencia, por lo que, adquieren y tienen en su ejercicio profesional la obligación tanto moral como jurídica, de aplicar el derecho y de invocar el mismo, conduciéndose conforme a los principios de derecho, en protección de los derechos fundamentales de las demás personas que integran la sociedad y que carecen de los conocimientos jurídicos con los que cuentan estos operadores.

Ser un operador jurídico conlleva una gran responsabilidad, pues dentro de los deberes de ellos, independientemente del trabajo y actividad desarrollada dentro del ámbito de su profesión, está el proteger los derechos humanos de los ciudadanos, partiendo de los conocimientos adquiridos de la investigación, la práctica y el estudio, ya que los derechos humanos se encuentran en la cotidianeidad de la vida diaria de las personas, y los derechos humanos laborales, en el día a día de las actividades desarrolladas por las personas que integran la sociedad, en su centro de trabajo, con sus compañeros laborales, en el pago de su salario, el pago de las prestaciones, el trato recibido de las demás personas con las que laboran en la fuente de empleo, y también en el respeto de los derechos del empleador cuya relación, no hay persona empleada sin un empleador y no hay un empleador sin empleados, se implican, entre otras; es decir, los derechos humanos van de la mano con las condiciones de trabajo, y los operadores jurídicos son los responsables de hacer cumplir con dichas condiciones, de manera consiente, pues toda

[3] Los operadores Jurídicos. Peces-Barba Martínez Gregorio, "Los operadores jurídicos", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense,* España *1987.*

persona tiene derecho a un trabajo digno y debidamente retribuido y desde luego a cumplir con las obligaciones que adquiere al emplearse.

La Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH), ha considerado oportuno hacer difusión a todo público en general, de los derechos humanos: al trabajo, en el trabajo y en todo lo relativo a la relación laboral que es bilateral.

La organización Internacional del Trabajo (OIT)[4], en la Declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento, compromete a los Estados miembros a respetar y promover los principios y derechos comprendidos en cuatro categorías:

a) Libertad de asociación y libertad sindical.
b) Reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva.
c) Eliminación del trabajo forzoso u obligatorio, la abolición del trabajo infantil.
d) Eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación.

Son derechos universales y se aplican a todas las personas en todos los países, independientemente del nivel de desarrollo económico.

Estos derechos deben ir en armonía con la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en particular con el artículo 1° del mismo ordenamiento, donde sobresale el principio de universalidad, que determina que son inherentes a todos y conciernen a la comunidad internacional en su totalidad; por ello, son inviolables, lo que no quiere decir que sean absolutos, sino que son protegidos porque de no respetarse, se puede infringir la dignidad humana, ya que lo razonable es pensar que se adecuan a las circunstancias; por ello, en razón de esta flexibilidad es que son universales, ya que su naturaleza permite que, al amoldarse a las circunstancias, siempre debe ser por el bienestar de la persona.

La OIT establece como derechos humanos laborales los que regulan temas relativos a:

---

[4] Agencia 'tripartita' de la ONU que reúne a gobiernos, empleadores y trabajadores de 187 Estados miembros a fin de establecer las normas del trabajo, formular políticas y elaborar programas promoviendo el trabajo decente de todos, mujeres y hombres.

1. Accidentes de trabajo
2. Enfermedad
3. Indemnizaciones
4. Administración del trabajo
5. Agencias de colocación
6. Capacidad profesional
7. Créditos laborales
8. Derecho sindical
9. Descanso
10. Igualdad en el trabajo
11. No discriminación
12. Edad mínima de admisión al trabajo
13. Estadísticas del trabajo
14. Gente de trabajo
15. Higiene en el trabajo
16. Licencias pagadas de estudios
17. Aplicación de normas internacionales del trabajo
18. Prohibición de las peores formas de trabajo infantil
19. Protección de la salud
20. Recursos humanos
21. Salarios mínimos
22. Protección al salario
23. Seguridad y salud
24. Seguridad social
25. Trabajadores rurales
26. Trabajo nocturno
27. Trabajos subterráneos
28. Vacaciones

Por lo que a los operadores jurídicos les toca regular y proteger estos derechos laborales, para procurar el bienestar y el trabajo digno de las personas, quien hace un trabajo lícito y tienen derivado de ello, un modo de subsistencia requiere de la protección necesaria para posibilitar su ejercicio y para realizar sus actividades en plena libertad.

Ello también debería contemplar la protección del derecho de las personas físicas y morales empleadoras, que necesitan también protección de su libertad de propiedad y ejercicio de los derechos que también las asisten. El derecho laboral, ha sufrido importantes cambios a lo largo de la historia de México, han sido enfocados a proteger a los trabajadores en todo sentido dentro del ámbito de las labores que realizan, siendo importante resaltar que:

a) México fue pionero de los derechos sociales que se elevaron a rango constitucional en 1917 y fue ejemplo de los mismos durante muchos años;
b) Nos rigió un marco legal que se estructuro desde la primera Ley Federal del Trabajo de 1931 y que le dio paz laboral al país durante los últimos 90 años, y nos permitieron una paz laboral que generó el desarrollo industrial y comercial que vive el país que ahora con las nuevas reformas está terminando o sujeto a prueba.
c) Los tres derechos colectivos fundamentales: *Sindicación, huelga y contratación colectiva,* fueron controlados por el Poder Ejecutivo Federal y Estatal, con criterios que regulaban la vida sindical y el ejercicio de dichos derechos en forma eficiente y aunque criticada, funciono y estableció la paz laboral señalada (y también generó abusos y extremos que las mismas reglas permitieron).

Con motivo de la negociación del TPP[5] el presidente Peña Nieto comprometió y llevo un cambio profundo en la justicia laboral que incluyo tres líneas fundamentales, en consecuencia, a partir del 01 de mayo de 2019, publicada en el Diario Oficial de la Federación, la última Reforma Laboral, que con la ratificación del Senado de la Republica del Tratado 89 de la OIT que establece y complementa la libertad y pluralidad sindical en la empresa y la firma del nuevo tratado comercial de América del Norte USMCA o T MEC, y sus anexos 23 A y 31 A y 31 B, se ha establecido en México un nuevo marco regulatorio de todos

[5] Acuerdo de Asociación Transpacífico, Tratado que contiene convenios comerciales, integrando asuntos de carácter laboral, en el que participan 12 países: Australia, Brunel, Canadá, Chile, USA, Japón, Malasia, México, Nueva Zelanda, Perú, Vietnam y Singapur.

los derechos laborales, sobre todo en la justicia laboral y en los derechos colectivos ya mencionados, de lo cual se desprenden cambios importantes a la forma de regir las relaciones laborales, y en consecuencia la protección de los derechos humanos laborales. Los más importantes son:

i. Transición de la función jurisdiccional de las Juntas de Conciliación y Arbitraje a Tribunales Laborales del Poder Judicial de la Federación y de las Entidades Federativas. Esta nueva organización de la Justicia Laboral, acaba con las viejas reglas del tripartismo y la justicia laboral en manos del Poder Ejecutivo y pretende dar agilidad y certeza jurídica a la justicia laboral, creando Jueces Laborales, y por tanto, estará en ellos la protección de los derechos humanos laborales, tanto en cuestiones individuales como colectivas.
ii. Creación de un Organismo Descentralizado con personalidad y patrimonio propio *Centro de Conciliación Federal y Registro Laboral*, que regulará la conciliación laboral en todo el país como instancia obligatoria individual y colectiva y el control de los registros laborales, (registro de Sindicatos Federales, Estatales, Municipales y de cualquier ámbito o radio de acción y depósito de contratos colectivos de trabajo y reglamentos interiores de trabajo), cuyo director fue designado por la Presidencia de la República y durará en su encargo 6 años prorrogables otros 6; la creación de estos centros tendrá como función además de conciliar, velar por los derechos humanos laborales de los trabajadores y de los Sindicatos, mediante las funciones que tiene encomendadas, funciones que deberán de ser llevadas por los conciliadores que laborarán dentro de los mismos centros de conciliación y que serán debidamente capacitados para ejercer esta función.
iii. La reglamentación de la representación de los trabajadores en la firma de los contratos colectivos de trabajo y el respeto de los principios de representatividad de las Organizaciones Sindicales, la certeza en la firma de registro y depósito de los contratos colectivos de trabajo, y en la resolución de conflictos entre sindicatos, la solicitud de celebración de un contrato colectivo de trabajo y la elección de dirigentes, deberá ser ahora mediante el voto de los trabajadores *personal, libre y secreto* e incluso en voto directo en alguno de dichos supuestos.

Derivado de ello, nos están rigiendo cuatro cuerpos legales de especial importancia en esta materia:

i. Reforma Constitucional del 24 de febrero de 2017, que contiene los tres puntos señalados antes;
ii. Convenio 98 de la OIT (pluralidad de la contratación colectiva en los centros de trabajo y fuero sindical de los trabajadores que se organicen para ser Sindicato) y que fue ratificado por el Senado de México en septiembre de 2018 y entró en vigor el 23 de septiembre de 2019.
iii. Anexo 23 A del USMCA (T MEC), que fue negociado por México con USA que contempla todos los cambios derivados de la Reforma Constitucional, que incluso los rebasa ya que se establecen en el mismo más obligaciones y compromisos que México acepto en dicho tratado que ya fue ratificado por México en el Senado.
iv. Reforma a nuestra legislación laboral reglamentaria que se aprobó, publicó y entro en vigor el 1 de mayo de 2019, y que contempla los puntos que se establecen en la Reforma constitucional y en los Anexos señalados, sobre todo en la representatividad de los trabajadores en donde se requiere el voto personal, libre y secreto en todos los supuestos: *firma, revisión, terminación, titularidad y vigencia de los contratos colectivos de trabajo y la elección de dirigentes sindicales e incluso mediante el voto directo en algunos de los supuestos señalados.*

Por eso el país ya vive nuevas reglas laborales y nuevas reglas en la retribución del trabajo que es sin duda el mayor derecho humano relacionado al trabajo, *no hay mejor derecho al trabajo que el tener trabajo y bien remunerado*, por ello los trabajadores y las empresas deben prepararse para enfrentar los nuevos retos, las acciones más importantes son las que se lleven a cabo en cada empresa u organización de acuerdo a su naturaleza, estructura y ramo de actividad, con organizaciones sindicales si cuentan con ellas o directamente con los trabajadores, *resaltándose en esas acciones valores y principios cómo del trabajo humano, como es la dignidad y el buen trato, la pertenencia y permanencia en el empleo y la solución de los problemas humanos, culturales, educativos y familiares de los trabajadores.*

México ya cambio, esto ya es una realidad, la zona de confort que vivió el país en esta materia durante muchos años ya termino, las partes de la

relación laboral, trabajadores, sindicatos y empleadores, deben enfrentarlo ahora.

Por ello la importancia del desarrollo profesional de todas aquellas personas que nos desenvolvemos en el ámbito del derecho laboral, como *operadores jurídicos,* pues tenemos como fin el velar por los derechos humanos laborales de las y los trabajadores, así como de todas aquellas personas físicas y morales que emplean de manera licita a los individuos integrantes de la sociedad, pues estos son un pilar importante para el desarrollo económico del país.

Bibliografía

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, Informe presentado por la ONU sobre los derechos a la libertad de reunión pacífica y de asociación en el lugar de trabajo, en la 71ª asamblea general realizada el 20 de octubre de 2016.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, "Los operadores jurídicos", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense,* España 1987.

Normatividad.

Ley Federal del Trabajo, México, 2019.

Tratado México-Estados Unidos-Canadá, Anexo 23-A, 2018, México

LA PERSPECTIVA DE GÉNERO EN LA JURISPRUDENCIA COMO INSTRUMENTO PARA ALCANZAR LA EFECTIVIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS LABORALES

Brenda Areli Hernandez Arana[1*]

SUMARIO: Resumen. I. Introducción. II. Derechos humanos laborales. III. Derecho humano de acceso a la justicia en condiciones de igualdad. IV. Método verificador de violencia de género aplicable a los DHL. Jurisprudencia 1a./J. 22/2016 (10a.). V. Conclusiones. Bibliografía.

Resumen: La jurisprudencia constituye una fuente de derecho inmensa y en permanente construcción, asimismo es la expresión más vigente de los derechos humanos, donde se establece por la Corte, precedentes que, por su forma de implementar ciertos métodos de verificación de violaciones tanto procesales, como legales y constitucionales, generan la transversalidad de los derechos humanos, cuestión que no es ajena al derecho laboral. Este es el caso de la Jurisprudencia 1ª./J.22/2016 (10a.), la cual plantea un inminente desafío a las y los operadores jurídicos sobre el método verificador de violencia de género que resulta de gran utilidad para la impartición de justicia en el ámbito laboral, pues, a través de los derechos humanos laborales se pueden materializar otros tantos derechos, como a la alimentación, la salud o incluso el proyecto de vida, mediante la adopción de criterios basados en el principio de igualdad, que provee herramientas que permiten eficazmente juzgar con perspectiva de género.

I. Introducción

Me es grato escribir este artículo como una celebración a la trayectoria inspiradora de la Dra. María Patricia Kurczyn Villalobos por sus más de cinco décadas de vida académica; considerada en México como una

[1*] Docente de la División de Estudio de Posgrado de la Facultad de Derecho de la UNAM.

de las grandes propulsoras de la educación en materia de derechos laborales, quienes la conocemos y nos hemos visto impulsados a contribuir en la cultura jurídica, sabemos la huella que ha dejado en varias generaciones al crear consciencia de la importancia de prevalecer y hacer visibles los mecanismos de progresividad en torno a los derechos humanos de la clase trabajadora.

La jurisprudencia constituye una fuente del derecho que han ido estableciendo las Cortes sembrando precedentes que constituyen una fuente de para valorar casos en el presente, acorde a una realidad social que impacta en los tribunales quienes siguen una línea hacia la internacionalización del derecho nacional, pues cobra cada vez mayor importancia para la justiciabilidad de los derechos humanos. En este artículo se analiza el contenido de la Jurisprudencia 1a./J. 22/2016 (10a.), que aunque obligatoria, poco invocada, constituye un método verificador de violencia de género que resulta de gran utilidad en la materia que nos ocupa.

Es por ello que el acceso a la justicia en condiciones dignas de este grupo que mueve al país resulta trascendente, pues, dicho sea de paso, los estudios de género han venido a generar una transversalización del derecho con otras áreas que resultan fundamentales para lograr la efectividad del catálogo de derechos humanos laborales.

II. Derechos humanos laborales

Para correlacionar el derecho a la justicia en condiciones de igualdad tratándose de derechos humanos laborales (en lo subsecuente DHL), cabe destacar sus dos dimensiones, la primera los derechos en el trabajo, vista bajo dos enfoques, las relaciones individuales de trabajo y las relaciones colectivas.

En el plano individual todas aquellas condiciones que le permiten al trabajador laborar con dignidad y plenitud como contar con un horario justo, seguridad social, tiempo de descanso o un salario decoroso constituyen ese espectro de cada trabajador. Por otra parte, en el plano colectivo hablamos de la libre asociación sindical para defender y mejorar sus condiciones laborales o incluso ejercer el derecho de huelga.

Y la segunda, el derecho al trabajo, cuya fuente constitucional se encuentra enmarcada en el artículo 5º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como en instrumentos internacionales, entre los que destacan la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; este constituye además de un factor de ocupación, un acceso a optimizar las condiciones de vida de las y los trabajadores y por ende sus familias y que se traduce en un beneficio para la colectividad. Derecho que debe ser garantizado sin que medie cualquier factor de discriminación y que tenga la característica de ser digno o decente.

De acuerdo con la Organización Internacional del Trabajo, el concepto del trabajo decente significa contar con trabajo suficiente, a efecto de que cada persona cuente con acceso a las oportunidades para obtener ingresos; ese concepto se estima favorable al desarrollo económico y social en el que se harían realidad el empleo, los ingresos, la protección social y los derechos de los trabajadores.[2]

Los DHL son derechos sociales que tienen como objetivo tutelar el trabajo humano realizado libremente y se precisa además, como fuente para materializar otros derechos como a la alimentación, la seguridad social, vivienda, educación o la cultura. Para ello existe un sistema de normas que regula los diferentes tipos de trabajo y las distintas relaciones laborales. Estos derechos son resultado de muchas luchas y reivindicaciones que han buscado mejorar las condiciones en las que se desempeñan las personas.[3]

México ha ceñido sus pasos en la progresividad de los derechos humanos en general, infundido por el contexto internacional, tanto de la OEA, la ONU y la OIT, que llevo a nuestro país a aprobar la reforma constitucional del 10 de junio de 2011, en la que destaca la reforma de su artículo 1º, ampliando el sumario de derechos humanos a los prove-

[2] Memoria del Director General, *Trabajo decente*, Ginebra, OIT, 1999, p. 57-58, http://www. oit. org/public/ spanish/standards/relm/ilc/ilc87/rep-i. htm#

[3] Comisión Nacional de los Derechos Humanos, Quinta Visitaduría General, *Catalogo de derechos humanos laborales* https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/100174/016_Dere_Laborales.pdf

nientes de los Tratados internacionales de los que sea parte, establece los principios *pro homine* y progresividad, obligando a todas las autoridades en el ámbito de su competencia a promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos así como ante una violación a aquellos, determina que los agentes del Estado deberán prevenirlos, investigarlos, sancionarlos y repararlos.[4]

A decir de Héctor Fix-Zamudio, en la mayoría de los ordenamientos constitucionales latinoamericanos se advierte una tendencia cada vez más acentuada para otorgar a los tratados internacionales, en general, una jerarquía superior a las normas ordinarias, y específicamente a aquellos que consagran derechos humanos, ya que en cuanto a estos últimos existe la tendencia de otorgarles una categoría equivalente a las disposiciones constitucionales (ya sea de manera expresa o implícita) o al menos inmediatamente inferior a la de las normas fundamentales.[5]

De manera enunciativa más no limitativa tenemos los siguientes DHL que se identifican en su conjunto como el núcleo duro del derecho internacional del trabajo, ya que resguarda un aspecto elementos de los derechos humanos y constituyen un marco de protección que se ha ido desarrollando progresivamente de manera complementaria:

a) derecho de huelga[6]

b) derecho al trabajo digno[7]

---

[4] Véase *Programa Nacional de Derechos Humanos 2014-2018*, su objetivo es consolidar la política de Estado en materia de derechos humanos; su marco referencial lo constituyen los estándares y recomendaciones internacionales, asegura la participación civil y cuenta con un mecanismo de evaluación estadístico, D.O.F. 20 de abril de 2014, http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5343071&fecha=30/04/2014

[5] Fix-Zamudio, Héctor, "La creciente internacionalización de las Constituciones iberoamericanas, especialmente en la regulación y protección de los derechos humanos" en Bogdandy, Armin y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.) Tomo II: *La justicia constitucional y su internacionalización ¿Hacia un Ius Constitucionale Commune en América Latina?,* Serie Doctrina Jurídica, número 570, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2010, p. 598.

[6] Consiste en el derecho de la clase trabajadora para suspender temporal y legalmente sus labores en demanda el cumplimiento de los DHL. Fuente artículo 123 constitucional.

[7] No existe discriminación, se desempeña un trabajo decente y se respeta la dignidad de la condición humana de las personas trabajadoras, llámense condiciones

c) derecho a la no discriminación[8]
d) derecho a percibir salario igual por un trabajo igual[9]
e) derecho a laborar una jornada razonable[10]
f) derecho a descanso y tiempo libre[11]
g) derechos de maternidad[12]
h) derechos de paternidad[13]
i) derecho a una indemnización[14]
j) derecho a la higiene y la seguridad en el trabajo[15]
k) derecho de asociación y a la libertad sindical[16]

---

viables de seguridad e higiene, salario decoroso, salud, capacitación, deporte y esparcimiento. Fuente artículo 123 constitucional, 23 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y artículo 1 del Convenio 111, Convenio 155 y Recomendación 164 de la Organización Internacional del Trabajo.

[8] Este derecho implica que en el entorno laboral no se deberá tener un trato diferenciado a partir de situaciones de raza, sexo, orientación sexual, identidad de género, religión, edad, nacionalidad, opinión política, discapacidad o cualquier otra circunstancia que anule o altere posibilidades de empleo o de trato en el entorno laboral. Fuente artículo 123 constitucional; artículo 23 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y artículo 1 del Convenio 111 de la OIT.

[9] Significa que las personas que se deben recibir las mismas percepciones que otros u otros trabajadores que ejerzan el mismo tipo de trabajo con las mismas responsabilidades que otras personas sin importar circunstancias de género, edad, sexo, etc. Fuente artículo 123 constitucional; artículo 23 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; artículo 1 del Convenio 111 de la OIT.

[10] La jornada máxima actual es de ocho horas diarias, cualquier hora extra laborada se deberá percibir un ciento por ciento más del salario, es decir el doble, que corresponda a las horas de jornada, y no deberán exceder de nueve horas divididas estas en tres horas tres días a la semana. Fuente artículo 123 constitucional y artículo 24 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

[11] Es el derecho a descansar después de la jornada de trabajo y a tener vacaciones ocupando libremente el tiempo. Fuente artículo 123 constitucional y artículo 24 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

[12] Derecho a embazarse sin sufrir represalias en sueldo y estabilidad en el empleo, descansos, servicio de salud y licencia de doce semanas por maternidad. Fuente artículo 123 constitucional.

[13] Gozar de licencia con goce de sueldo para cuidados paternos por nacimiento o enfermedad de hijos, así como el derecho a guarderías.

[14] Derecho a recibir una indemnización en caso de sufrir un accidente o enfermedad con motivo del trabajo. Fuente artículo 123 constitucional.

[15] El centro de trabajo debe contar con condiciones salubres, prevención y control de accidentes y enfermedades. Fuente artículo 123 constitucional.

[16] Es el derecho de los trabajadores a reunirse y formar grupos para su defensa de

l) derecho a recibir capacitación y adiestramiento para el trabajo[17]
m) derechos humanos de las mujeres en el ámbito laboral[18]
n) Acceso a la justicia en las relaciones de trabajo[19]

A decir de Miguel F. Canessa la acepción derechos humanos laborales constituye todos aquellos derechos en materia laboral consagrados en instrumentos internacionales de derechos humanos que reconocen universalmente como titular a la persona, respetan la dignidad humana y satisfacen las necesidades básicas en el mundo del trabajo.[20]

III. Derecho humano de acceso a la justicia en condiciones de igualdad

El marco constitucional que establece el derecho de acceso a la justicia se encuentra en el artículo 14 el cual dispone que toda persona tiene derecho de acudir ante los tribunales para que se le administre justicia de manera pronta, completa, imparcial y gratuita. Asimismo, refiere que el Estado procurará que este derecho se realice en condiciones de igualdad y de no discriminación, garantizando en todo momento las formalidades esenciales del procedimiento y finalmente dentro de ese

---

derechos laborales, por su parte la libertad sindical es el derecho de todo trabajador a formar y unirse al sindicato que deseen para realizar luchas colectivas laborales, sin la intervención del sector patronal o gubernamental, pudiendo elegir a sus representantes y constituir federaciones u organizaciones internacionales. Fuente artículos 2, 3, 4 y 5 del Convenio 87 de la Organización Internacional del Trabajo; artículo 123 constitucional; artículo 23 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

[17] Significa obtener habilidades y capacitación adecuada para el trabajo a desempeñar. Fuente artículo 123 constitucional.

[18] Omisión para prestar auxilio cuando ocurre violencia en a las mujeres en el trabajo. Acciones perpetradas por agentes del Estado o por particulares con la tolerancia del mismo, encaminadas a discriminar y estereotipar a las mujeres en las relaciones de trabajo *http://cdhdfbeta.cdhdf.org.mx/wp-content/uploads/2014/08/cat-trabajo.pdf*

[19] Mecanismos tanto jurisdiccionales como no jurisdiccionales que permitan equilibrar las relaciones laborales y las disputas que surjan en conflictos tanto individuales como colectivos, mediando reglas procesales que eliminen las desventajas de la clase trabajadora frente a la clase patronal, propiciando una igualdad no solo formal sino material.

[20] Canessa Montejo, Miguel Francisco, *Los derechos humanos laborales en el derecho internacional*, p. 352 *http://www.corteidh.or.cr/tablas/r32265.pdf*

derecho de tutela jurisdiccional efectiva prevé que toda persona tiene derecho a acudir ante los jueces o tribunales competentes, para que le amparen contra actos que violen sus derechos humanos.

En México existen tres instancias laborales en el orden jurisdiccional que tienen conferida la función de impartir justicia en esta materia, así tenemos en el orden federal el Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje en la Ciudad de México y sus respectivas Salas Regionales en las entidades federativas; la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje con sedes en la Ciudad de México y entidades Federativas; finalmente en el orden local las Juntas Locales de Conciliación y Arbitraje con las mismas sedes en las entidades federativas.[21]

En un plano formal, los DHL se podrían definir como todos aquellos derechos en materia laboral recogidos en instrumentos internacionales de derechos humanos que reconocen universalmente como titular a la persona. Su fundamentación proporciona argumentos consistentes que justifican la existencia o reconocimiento de este grupo de derechos; en particular, afianzan su reconocimiento en los instrumentos internacionales.[22]

La lucha por la efectividad de los derechos humanos laborales surge

---

[21] El pasado 01 de mayo de 2019, fue publicado en el Diario Oficial de la Federación, la nueva Reforma Laboral, en la cual se contempla la transición de la función jurisdiccional de las Juntas de Conciliación y Arbitraje a Tribunales Laborales del Poder Judicial de la Federación y de las Entidades Federativas, por la cual se crean Juzgados o Tribunales Laborales.

[22] *Ibidem* p. 352. En primer lugar al resaltar la existencia de necesidades básicas que padecen todos los seres humanos que forman parte del mundo del trabajo y que no son creadas por ellos mismos, asimismo esas necesidades reclaman su satisfacción para evitar un daño o un perjuicio grave a las personas que puedan sufrirlo. La exigencia ética de la satisfacción está vinculada estrechamente con las condiciones indispensables que permiten al individuo actuar con autonomía y asegurar su supervivencia, derivando en la conformación de derechos reconocidos; en segundo lugar tenemos el valor intrínseco que poseen los seres humanos —la dignidad—, que nos ennoblece a la condición de personas —o sujetos de derechos—. Este reconocimiento del valor intrínseco de los seres humanos es resultado de formaciones socioculturales habituadas dentro del mundo intersubjetivo de las personas, en el que el significado de dignidad adquiere tal importancia que se institucionaliza en el colectivo social, y es en consecuencia aprehendido e internalizado y que finalmente se traduce en el reconocimiento de un derecho.

día a día y se dirimen controversias en el ámbito jurisdiccional. Conforme al Informe estadístico anual 2018 la Junta Local de Conciliación y Arbitraje en la Ciudad de México al cierre de ese año contaba con 93,235 expedientes en trámite.[23]

Para el cierre de octubre de 2017 la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje en la Ciudad de México, el inventario de asuntos en trámite cerró 422,978. De estos, el 45% se encontraban en la fase de instrucción, 15% en dictamen, 10% en amparo, 18% en laudo y 12% en ejecución.[24]

Y finalmente en el Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje al 15 de noviembre de 2018, reportó 35,433 expedientes de conflictos individuales, de los cuales el 49% se encontraban en trámite y el 51% se había cerrado instrucción para dictar laudo o bien para ejecutar.[25]

Dichas instancias laborales tanto juntas como tribunal si bien no forman parte del Poder Judicial, pues la Ley Orgánica del Poder de la Federación no los considera como parte de su estructura, constituyen una instancia formalmente administrativa pero materialmente jurisdiccional, pues imparten justicia y forman parte de la gama de autoridades que deben velar por la tutela jurisdiccional de las personas en los juicios que se someten a su competencia, es decir atender los principios 1. de justicia pronta, 2. de justicia completa, 3. de justicia imparcial y 4. de justicia gratuita, es decir, que las autoridades que se encuentran obligadas a la observancia de la totalidad de los derechos que la integran son todas aquellas que realizan actos materialmente jurisdiccionales, esto es, las que en su ámbito de competencia tienen la atribución necesaria

---

[23] Informe estadístico anual 2018 de la Junta Local de Conciliación y Arbitraje, incluye conflictos individuales, colectivos y huelgas, p. 2, *http://www.juntalocal.cdmx.gob.mx/*

[24] Informe anual de labores 2017, de la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje, p. 4, *https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/278488/Informe_de_Labores_2017.pdf*

[25] Informe anual de actividades 2018, del Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje, p. 33
http://www.trifeca.gob.mx/work/models/TFCA/Resource/360/1/images/informe_anual_2018.pdf

para dirimir un conflicto suscitado entre diversos sujetos de derecho, independientemente de que se trate de órganos judiciales, o bien, sólo materialmente jurisdiccionales.[26]

Los números nos muestran la gran cantidad de conflictos que en materia laboral se suscitan y el enorme rezago que existe en administración de justicia, donde las audiencias pueden programarse entre dos y seis meses entre una y otra, emisión de laudos entre 3 y 12 meses que hacen necesario en muchas ocasiones promover amparos por celeridad, y donde el acuerdo de promociones se ve rebasado al tener que esperar de entre tres y seis meses para que una promoción sea acordada.[27]

Así los números, los altos tiempos de espera, van en contra de los principios de justicia pronta y expedita y por ende el derecho de acceso a la justicia se ve violentado constantemente, es por ello que además de la ley existen estándares, principios, derechos humanos laborales, criterios jurisprudenciales y protocolos de actuación que deben permear en el ejercicio de impartición de justicia frente a los operadores jurídicos para hacer realidad el derecho a la igualdad.

---

26 Tesis 2a./J. 192/2007, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,* Novena Época, Tomo XXVI, Octubre de 2007, p. 209, que lleva por rubro *ACCESO A LA IMPARTICIÓN DE JUSTICIA. EL ARTÍCULO 17 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS ESTABLECE DIVERSOS PRINCIPIOS QUE INTEGRAN LA GARANTÍA INDIVIDUAL RELATIVA, A CUYA OBSERVANCIA ESTÁN OBLIGADAS LAS AUTORIDADES QUE REALIZAN ACTOS MATERIALMENTE JURISDICCIONALES.*

27 Hace poco menos de una década los juicios laborales se ventilaban en un par de años, hoy en día un juicio tradicional, por ejemplo, de despido injustificado *llega a* tener una duración de 6 a 8 años o más si consideramos la etapa de ejecución; el juicio de mayor temporalidad en el que he intervenido profesionalmente tuvo una duración de 15 años seguido en una instancia laboral federal, se trataba de un caso en el que a un trabajador le había sido reconocida una incapacidad total y permanente, derivada de un accidente de trabajo, pues al realizar trabajos de limpia tuvo una caída que le condiciono una paraplejia; en etapa de ejecución después de varios años de requerimientos de cumplimiento al órgano de seguridad social, se obtuvo la emisión del cheque para pagar la condena del laudo, sin embargo, el trabajador había muerto el día anterior, lo que motivó una apertura de designación de beneficiarios que dio pauta a otro año más para su determinación. El joven murió en situaciones precarias, pintando cuadros con la boca afuera de una iglesia, pidiendo limosna, con dolor, depresión y la espalda lacerada por la poca movilidad y no contar con la protección suficiente en seguridad social frente a un deplorable "acceso a la justicia" en inminentes condiciones de desigualdad.

Por una parte, en el contexto internacional tenemos las aportaciones que ha hecho la Organización Internacional del Trabajo, a través de convenios y declaraciones de distintos rubros que han permitido ir constituyendo el marco de los derechos humanos laborales y que constituyen el núcleo duro del derecho internacional del trabajo.[28]

La Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales y universales en el trabajo y para todos los países, adoptada en 1998 compromete a los Estados miembros (habiendo ratificado o no[29]) a respetar y promover los principios y derechos comprendidos en cuatro categorías:

- la libertad de asociación y la libertad sindical y el derecho efectivo de la negociación colectiva;
- la eliminación del trabajo forzoso u obligatorio;
- la abolición del trabajo infantil y
- la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación.[30]

La primera vez que se emplea la noción de «trabajo decente» fue en la 87ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo celebrada en 1999, la idea abarca cuatro elementos de este concepto: a) el empleo (faceta cualitativa y cuantitativa, es decir desde trabajadores asalaria-

---

[28] La OIT reconoce que el crecimiento económico por sí solo no es suficiente para asegurar la equidad y el progreso social y para erradicar la pobreza.

[29] Los Estados Miembros que no han ratificado uno o varios de los convenios fundamentales deben presentar cada año una memoria sobre la situación de los principios y derechos considerados señalando los obstáculos que impiden la ratificación y los ámbitos en los que necesitarían asistencia. Véase Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento, adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo en su octogésima sexta reunión, Ginebra, 18 de junio de 1998 (Anexo revisado, 15 de junio de 2010), *https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---declaration/documents/publication/wcms_467655.pdf*

[30] La OIT califica como fundamental la protección de los derechos elementales en relación con el trabajo mismos que se encuentran plasmados en: Convenio sobre el trabajo forzoso, 1930 (número 29); Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (número 87); Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949 (número 98), Convenio sobre igualdad de remuneración, 1951 (número 100), Convenio sobre la abolición del trabajo forzoso, 1957 (número 105); Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (número 111); Convenio sobre la edad mínima, 1973 (número 138) y el Convenio sobre las peores formas de trabajo infantil, 1999 (número 182).

dos, informales, independientes y en casa, suficiencia y remuneración); b) la protección social (seguridad en el trabajo y las condiciones laborales salubres; c) los derechos fundamentales de los trabajadores (libertad de sindicación y erradicación de la discriminación laboral, del trabajo forzoso y del trabajo infantil) y d) el diálogo social, (los trabajadores ejercen el derecho a exponer sus opiniones, defender sus intereses y entablar negociaciones con los empleadores y con las autoridades sobre los asuntos relacionados con la actividad laboral).[31]

Calificar la decencia de un trabajo, se puede hacer a través de indicadores, por su parte, la promoción de los derechos fundamentales en el trabajo tiene como presupuesto que todas las personas que laboran tienen derechos consagrados sin importar dónde se trabaje, a su vez la promoción del empleo se relaciona con la defensa de los derechos en el trabajo, utilizada entre los elementos que abarcan las condiciones generales de trabajo.

Sin embargo, cuando las relaciones laborales se ven quebrantadas, el mecanismo jurisdiccional para dirimir sus controversias debe ser sensible a las situaciones puestas a su consideración.

Las juntas y tribunales laborales como impartidores de justicia tienen la obligación de resolver los conflictos y aconteceres laborales a través de laudos congruentes dictados bajo los principios de *verdad sabida y buena fe guardada*, según las leyes de la materia.

Tales consideraciones se ven recogidas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la tesis de jurisprudencia I.6o.T. J/112, que ha dispuesto lo siguiente:

> *LAUDOS CONGRUENTES. LO SON AQUELLOS QUE ADEMÁS DE RESOLVER CON BASE EN LAS ALEGACIONES Y PRUEBAS DE LAS PARTES, CONTIENEN LOS RAZONAMIENTOS O CONSIDERACIONES QUE DAN CONSISTENCIA A LA ABSOLUCIÓN O CONDENA.*
> *El requisito de congruencia a que se refiere el artículo 842 de la Ley Federal del*

[31] Dharam GHAI, "Trabajo decente. Concepto e indicadores", *Revista Internacional del Trabajo*, número 2, vol. 122, 2003, p. 126. *https://www.ilo.org/public/spanish/revue/download/pdf/ghai.pdf*

> *Trabajo, no sólo implica la necesidad de que las Juntas se pronuncien absolviendo o condenando respecto de las prestaciones reclamadas con base en las alegaciones y pruebas de las partes, es decir, haciendo la declaratoria respectiva, sino que es preciso, además, que tal declaratoria esté precedida de los razonamientos o consideraciones que, fundados en dichas alegaciones y pruebas, den consistencia a la absolución o a la condena; de otro modo, el laudo no cumpliría con las exigencias de los artículos 840, fracción VI, y 841 de la propia ley*.[32]

La tutela jurídica nos dice Eduardo J. Couture, se entiende como la satisfacción efectiva de los fines del derecho, la realización de la paz social mediante la vigencia de las normas jurídicas, mismas que procuran el acceso efectivo a los valores jurídicos, tales como la justicia, la seguridad, el orden, cierto tipo de libertad humana. La tutela jurídica, en cuanto efectividad del goce de los derechos, supone la vigencia de todos los valores jurídicos armoniosamente combinados entre sí.[33]

Para este autor el contenido de la sentencia es determinante -pues constituyen piezas de orden público- aduce que la sentencia que no decide la causa no es sentencia, pues ontológicamente el sentido de la sentencia es decidir la causa. Si no la decide, frustra su ser, pues precisamente la tutela jurídica es el ámbito donde se hacen efectivos los derechos mediante las decisiones de órganos, organismos, instancias u operadores de justicia, ya sea jurisdiccionales o no, nacionales o internacionales y finalmente, expertos en materia de trabajo o en derechos humanos.

Asimismo, las sentencias de las Cortes de derechos humanos han cobrado especial relevancia, es el caso de las sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos o bien por el Tribunal o Corte Europea (CEDH) y donde se advierte la complementariedad de estas materias en torno a la protección del trabajo y los derechos

---

[32] Tesis: I.6o.T. J/112, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXIII, junio de 2011, p. 1007.

[33] Couture, Eduardo, *Fundamentos del derecho procesal civil*, 3ª ed., Buenos Aires, Roque Depalma, 1958, p. 486-487 *https://www.upg.mx/wp-content/uploads/2015/10/LIBRO-42-Fundamentos-de-Derecho-Procesal-Civil.pdf*

humanos.[34]

Existen laudos paradigmáticos en la materia que nos ocupa, que han tocado temas muy peculiares como el caso de trabajadores discriminados por VIH, personas a las que les fue negada la seguridad social, discriminación, mujeres despedidas por embarazo, violación a derechos de libertad sindical, entre otros.

Como se adujo, en el argot procesal laboral existe el imperativo de las autoridades laborales de dictar laudos congruentes a verdad sabida y buena fe guardada, pues en el orden federal de México tenemos las disposiciones de la Ley Federal del Trabajo que rezan:

> *ARTICULO 841.- Los laudos se dictarán a verdad sabida, y buena fe guardada y apreciando los hechos en conciencia, sin necesidad de sujetarse a reglas o formulismos sobre estimación de las pruebas, pero expresarán los motivos y fundamentos legales en que se apoyen.*
>
> *ARTICULO 842.- Los laudos deben ser claros, precisos y congruentes con la demanda, contestación, y demás pretensiones deducidas en el juicio oportunamente.*

Y correlacionado entre los requisitos que deben contener los laudos dispone la misma ley en la fracción VI del artículo 840 que:

> *ARTÍCULO 840. El laudo contendrá: …VI. Las razones legales o de equidad; la jurisprudencia y doctrina que les sirva de fundamento;*

Bajo esta tesitura hoy en día habría que precisar o caracterizar los principios de verdad sabida y buena fe guardada a la realidad social, bastaría de forma singular citarlo o podríamos hablar de una era de laudos dictados a verdad sabida y buena fe guardada con perspectiva de género, pero en cuantas ocasiones por desconocimiento de todo lo que implica la teoría de género, los laudos son emitidos bajo un erróneo e

[34] El Instituto de Formación de la OIT ha reunido algunas decisiones judiciales emanadas de los sistemas europeos y americanos; se pueden encontrar resoluciones con perspectiva de género sobre derechos humanos laborales como acoso sexual en el centro de trabajo, derecho de huelga, despido, igualdad de remuneración, libertad sindical, negociación colectiva, principio general de igualdad, protección de la maternidad, protección frente a la discriminación en el empleo y la ocupación, protección salarial, trabajo forzoso, trabajo infantil entre otros, *http://compendium.itcilo.org/es/sentencias-por-tema*

irresponsable entendimiento de lo que vislumbra el principio de igualdad de las personas ante la ley.

IV. Método verificador de violencia de género aplicable a los DHL. Jurisprudencia 1a./J. 22/2016 (10a.).

La Suprema Corte de Justicia de la Nación reconoce que las sentencias tienen un poder individual y colectivo que impacta en la vida de las personas y conforman la identidad del Poder Judicial como un actor imprescindible en la construcción de un Estado democrático de derecho.[35]

Por ello, la adopción de criterios jurisdiccionales basados en el derecho a la igualdad determina la generación de herramientas que permitan juzgar con perspectiva de género, razón por la cual ha establecido ocho protocolos de actuación[36] dirigidos a los impartidores de justicia particularmente en los casos que involucran grupos de atención prioritaria o también conocidos como grupos o personas en situación de vulnerabilidad, que son los siguientes:

1. En caso que involucren a niñas, niños y adolescentes;
2. En casos que involucren personas, comunidades y pueblos indígenas;
3. Con perspectiva de género. Haciendo realidad el derecho a la igualdad;
4. En caso que afecten a personal migrantes y sujetas de protección internacional;
5. En casos que involucren derechos de personas con discapacidad;
6. En casos que involucren la orientación sexual o la identidad de género;
7. En asuntos que involucren hechos constitutivos de tortura y malos tratos y
8. En casos relacionados con proyectos de desarrollo e infraestructura.

Los rubros que comprenden pueden ser aplicados de forma trans-

[35] Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Protocolo para juzgar con perspectiva de género, haciendo realidad el derecho a la igualdad*, 2ª ed., México, 2015, *file:///C:/Users/User/Downloads/Protocolo_perspectiva_de_genero_REVDIC2015.pdf*

[36] El derecho humano de acceso a la justicia como eje constante en cualquier litigio precisa de la adopción de toda herramienta jurídica a nuestro alcance, si bien los protocolos de actuación no son vinculantes a la actividad jurisdiccional si constituyen un instructivo de criterios orientadores para generar equilibrio entre relaciones asimétricas de poder, por tanto el método verificador de violencia de genero resulta útil para hombres y mujeres cuyos anhelo es obtener justicia tratándose de sus derechos laborales universales.

versal a la impartición de justicia laboral, pues si bien las autoridades jurisdiccionales laborales tienen formalmente una naturaleza administrativa, materialmente ejercen una función judicial.[37] Estos Protocolos proponen una metodología que surge de las resoluciones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de su trabajo y experiencia como parte del Poder Judicial de la Federación así como de la incorporación de los criterios más relevantes del Sistema Universal de Derechos Humanos y el Sistema Interamericano.[38]

Para atender precisamente los casos de estos grupos o personas, se ha precisado sentar a través de los protocolos, las bases mínimas de actuación para los operadores jurídicos a fin de que propicien condiciones de acceso a la justicia en condiciones de igualdad frente a otros entes, en este caso frente a los derechos litigados contra patronales ya sea privadas o estatales.[39]

Por su parte, la producción de jurisprudencia es resultado de la labor de las y los jueces que desde los pronunciamientos que hacen en los casos que se someten a su conocimiento, interpretan los instrumentos internacionales (tratados, convenciones y otras fuentes del derecho internacional), aportando una gran variedad de criterios para la mejor protección de la dignidad, la igualdad y los derechos humanos.[40]

[37] Sin dejar de mencionar que a partir del 1º de mayo del año 2022 en todas las entidades federativas será el poder judicial quien solucionará los conflictos laborales, sin embargo, actualmente las juntas laborales emiten decisiones judiciales.

[38] El enfoque transversal concierne por igual a trabajadoras y trabajadores, así como a los sindicatos, en sus negociaciones; también al sector patronal, autoridades y operadores de justicia laboral, donde el contexto juega un papel relevante.

[39] El Protocolo constituye un instrumento que permite, a quienes tienen a su cargo la labor de impartir justicia, identificar y evaluar en los casos sometidos a su consideración: • Los impactos diferenciados de las normas; • La interpretación y aplicación del derecho de acuerdo a roles estereotipados sobre el comportamiento de hombres y mujeres; • Las exclusiones jurídicas producidas por la construcción binaria de la identidad de sexo y/o género; • La distribución inequitativa de recursos y poder que deriva de estas asignaciones, y • La legitimidad del establecimiento de tratos diferenciados en las normas, resoluciones y sentencias. Desde la independencia e imparcialidad que guía la impartición de justicia, *https://www.sitios.scjn.gob.mx/codhap/sites/default/files/archivos/paginas/Protocolo_perspectiva_de_genero_REVDIC2015.pdf*

[40] Véase Mac Gregor Ferrer, Eduardo, *La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Colección

En el caso de México como producto del ejercicio de la tutela judicial efectiva por parte del Estado, surgió en el año 2016, la tesis de jurisprudencia 1a./J. 22/2016 (10a.) que se cita a continuación:

> ACCESO A LA JUSTICIA EN CONDICIONES DE IGUALDAD. ELEMENTOS PARA JUZGAR CON PERSPECTIVA DE GÉNERO. *Del reconocimiento de los derechos humanos a la igualdad y a la no discriminación por razones de género, deriva que todo órgano jurisdiccional debe impartir justicia con base en una perspectiva de género, para lo cual, debe implementarse un método en toda controversia judicial, aun cuando las partes no lo soliciten, a fin de verificar si existe una situación de violencia o vulnerabilidad que, por cuestiones de género, impida impartir justicia de manera completa e igualitaria. Para ello, el juzgador debe tomar en cuenta lo siguiente:* i) *identificar primeramente si existen situaciones de poder que por cuestiones de género den cuenta de un desequilibrio entre las partes de la controversia;* ii) *cuestionar los hechos y valorar las pruebas desechando cualquier estereotipo o prejuicio de género, a fin de visualizar las situaciones de desventaja provocadas por condiciones de sexo o género;* iii) *en caso de que el material probatorio no sea suficiente para aclarar la situación de violencia, vulnerabilidad o discriminación por razones de género, ordenar las pruebas necesarias para visibilizar dichas situaciones;* iv) *de detectarse la situación de desventaja por cuestiones de género, cuestionar la neutralidad del derecho aplicable, así como evaluar el impacto diferenciado de la solución propuesta para buscar una resolución justa e igualitaria de acuerdo al contexto de desigualdad por condiciones de género;* v) *para ello debe aplicar los estándares de derechos humanos de todas las personas involucradas, especialmente de los niños y niñas; y,* vi) *considerar que el método exige que, en todo momento, se evite el uso del lenguaje basado en estereotipos o prejuicios, por lo que debe procurarse un lenguaje incluyente con el objeto de asegurar un acceso a la justicia sin discriminación por motivos de género.*[41]

La citada tesis establece una mecánica para detectar las circunstan-

---

Estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos miradas complementarias desde la academia, Núm. 5., México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas-CNDH, 2017, p. 13. El autor resalta la indiscutible necesidad de acudir a la jurisprudencia más que sólo a citar los tratados internacionales para lograr la protección de los derechos humanos, de esta forma adquiere cada vez mayor importancia la producida nacional e internacionalmente.

[41] Tesis 22/2016 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,* Décima Época, t. II, abril de 2016, p. 836.

cias estructurales que perpetúan las violaciones a los derechos humanos incluidos los laborales, en virtud de la identidad sexo-genérica de las personas, enfatizando la importancia de que la labor jurisdiccional tome en cuenta la complejidad del contexto social, económico y cultural.[42]

Su implementación por los impartidores de justicia laboral, favorece a identificar las condiciones estructurales que obstaculizan el acceso a los derechos y condenan a las personas a cumplir con determinados roles a partir de su identidad sexo-genérica, demandan un especial compromiso de las y los jueces, quienes por medio de sus sentencias, intervienen en la vida de las personas y en la definición de cuestiones relativas al Estado y su actuación. Además, generan precedentes de gran impacto en el debate público.

La justicia laboral no debe ser ajena a la transversalidad de los estudios de género, máxime que incluso varias categorías sospechosas podrían concentrarse en un caso concreto; como ejemplo, pensemos en un conflicto individual por despido injustificado donde el patrón alega que la trabajadora renunció voluntariamente, pero su contraparte es una mujer, menor de edad, migrante, con estudios de primaria, con una discapacidad, perteneciente a una comunidad indígena, embarazada. ¿Cuántas categorías sospechosas existen en torno a esa trabajadora? Estas son las evidencias de diversidad que determinan un trato desigual si

En un conflicto individual de trabajo donde existan estas u otras "categorías sospechosas" la o el operador jurídico deberá esgrimir los argumentos de ponderación y análisis del derecho para colocarle en un plano de igualdad en el derecho de acceso a la justicia, pues no bastarían la verdad sabida ni la buena fe guardada para hacer un pronunciamiento congruente e igualitario, se precisaría de una metodología que la tesis citada nos permite ejecutar para compensar esas minucias o factores de vulnerabilidad y emitir un laudo con perspectiva de género.

A decir de Patricia Kurczyn, si bien el Plan Nacional de Desarrollo

[42] Protocolo para juzgar con perspectiva de género, haciendo realidad el derecho a la igualdad, *op. cit.,* p. 8.

2012-2018 incorporó entre sus tres estrategias transversales la perspectiva de género en todas las tareas públicas y programas de gobierno, no se puede afirmar que hoy en día, en la segunda década del siglo XXI, la igualdad sustantiva sea una realidad.[43]

En las sedes de justicia laboral nos encontramos con una gran cantidad de casos en los que impera la necesidad de emplear esta herramienta jurisprudencial, sin embargo, aunque sea obligatoria, no es prácticamente utilizada por los operadores jurídicos laboristas; si bien contiene tecnicismos y una mecánica, para su debida implementación primero se requiere escudriñarla y cobrar empatía por su aplicación".

Además, resulta fundamental emplear como instrumento de actuación para su correcto desarrollo de valoración de casos con perspectiva de género, los protocolos de actuación emitidos por la Suprema Corte, por ejemplo, el Protocolo con perspectiva de género. Haciendo realidad el derecho a la igualdad, igualdad, actualizado en el año 2020 y el cual contiene toda la metodología para desarrollar cabalmente los seis puntos que la tesis de jurisprudencia *ACCESO A LA JUSTICIA EN CONDICIONES DE IGUALDAD. ELEMENTOS PARA JUZGAR CON PERSPECTIVA DE GÉNERO,* determinando que está realmente pueda ser empleada con resultados dúctiles que llevan a la justiciabilidad de los DHL.

Sobre esa tesitura, recuerdo el expediente laboral de un maestro destituido por haberle hecho insinuaciones sexuales a cambio de una alta calificación, a quien fuera su alumna de secundaria, misma que al negarse fue reprobada; dicho "maestro" fue cesado por un comportamiento ajeno a los principios que rigen la actuación de los servidores públicos, sin embargo, el proyectista del caso me expuso lo que consideraba la principal problemática de su argumentación para determinar la legalidad o ilegalidad del cese, cuando la prueba toral se reducía al

---

[43] Kurczyn Villalobos, Patricia, *Transparencia y su impacto en la igualdad*, en Sánchez Vázquez, Rafael (coord.), *Derechos Humanos, seguridad humana, igualdad y equidad de género*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2018, p. 65. *https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/12/5615/21.pdf*

dicho de la supuesta víctima, no había testigos de esas insinuaciones y por tanto no había pruebas contundentes.

Por supuesto que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha hecho análisis sobre este tipo de conductas de agresión sexual a las mujeres y mayoritariamente los entornos en que se presentan, singularmente y en su gran mayoría ocurren en la opacidad, en la secrecía, en circunstancias que resultan casi imposibles para las víctimas comprobar más allá de con su dicho la violencia que sufrieron. La tesis aludida perfectamente constituye un instrumento, por ejemplo, para analizar las categorías sospechosas y poder emitir un laudo congruente y claramente con perspectiva de género, posibilitando la igualdad entre iguales y desiguales (adulto-menor, hombre-mujer, maestro-alumna, poder-subordinación).

Otros tantos casos ocurren en personas que aclaman justicia laboral, como personas adultas mayores, menores de edad, personas en situación de pobreza; por ejemplo tenemos los casos de juicios por riesgos de trabajo y enfermedad, el acceso a la justicia es tratado con "igualdad" en tiempos procesales que otros asuntos, es decir, no se toma en cuenta la presunción del deplorable estado orgánico funcional de esos trabajadores y trabajadoras, pese a que el propio orden internacional ha determinado la necesidad de que los tribunales hagan ajustes necesarios a sus procedimientos en determinados casos de personas en situación de vulnerabilidad.

Comprobar la situación de discapacidad de las personas puede configurarse a través de juicios con duración de 3 a 8 años, con alto grado de inejecución de laudos por la falta de medidas contundentes de las autoridades jurisdiccionales, pese a que celosamente deberían hacer cumplir sus propias determinaciones (laudos).

Haciendo énfasis en que la jurisprudencia 1a./J. 22/2016 (10a.) es de aplicación obligatoria de acuerdo y bajo las reglas de los artículos 215 y 217 de la Ley de amparo[44]

[44] Artículo 215.- La jurisprudencia se establece por reiteración de criterios, por contradicción de tesis y por sustitución. Artículo 217. La jurisprudencia que establez-

La jurisprudencia citada constituye una importante herramienta para los juzgadores para lograr la efectividad de los DHL, pues permite de forma metodológica identificar las categorías sospechosas que rodean el caso, por ejemplo, la edad, el sexo, situaciones de jerarquía, preferencia sexual, estado civil, ideología política, grado de estudios, entre otras, y equilibrar la balanza para que el acceso a la justicia en condición de igualdad se vea materializado.

Conforme a los Diagnósticos realizados en la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) en materia de equidad de género 2008-2009 • Casi 7 de cada 10 personas que laboran en el ámbito jurisdiccional de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (67.7%) consideran que es importante incluir la perspectiva de género en el análisis de los asuntos jurisdiccionales y los proyectos de sentencia. • El 18.3% del personal jurisdiccional admite no saber qué significa perspectiva de género, y la mitad de ellos no tiene claro cómo incluirla en su labor o no la considera una prioridad. • Entre el personal jurisdiccional del Alto Tribunal predomina la idea errónea de que adoptar la perspectiva de género significa "no hacer distinción alguna entre hombres y mujeres".[45]

El desarrollo de los seis pasos requiere auxilio del propio Protocolo, sin embargo, se ha planteado la necesidad de contar con peritajes de género que constituyen un análisis de agentes especializados y conoce-

---

ca la Suprema Corte de Justicia de la Nación, funcionando en pleno o en salas, es obligatoria para éstas tratándose de la que decrete el pleno, y además para los Plenos de Circuito, los tribunales colegiados y unitarios de circuito, los juzgados de distrito, tribunales militares y judiciales del orden común de los Estados y del Distrito Federal, y tribunales administrativos y del trabajo, locales o federales. es obligatoria, precisamos de la pericia de los juzgadores laborales para ello y como postulantes identificar también tales factores para hacerlos valer frente a la autoridad y constreñirla a emplear tal metodología, si desconocemos las particularidades de los trabajadores terminarán siendo vistos como un expediente y no como una persona con características e historia de vida singulares.

Ley de Amparo, Reglamentaria de los Artículos 103 Y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el D.O.F. 2 de abril de 2013, *http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LAmp_150618.pdf*

[45] Diagnósticos realizados en la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) en materia de equidad de género 2008-2009 de la Coordinación General del Programa de Equidad de Género del Poder Judicial de la Federación, *http://www. equidad.scjn.gob.mx/spip.php?article1342*

dores de esta metodología, al igual que en otras áreas donde se precisan conocimientos particulares que puedan auxiliar al juzgador a tomar una decisión.

Este ejercicio ha llevado a la Corte a pronunciarse en casos donde existen categorías sospechosas que son necesarias valorar para emitir laudos congruentes y con perspectiva de género, como la tesis jurisprudencial por contradicción 2a./J. 96/2019 (10a.), que lleva por rubro:

> *TRABAJADORA EMBARAZADA. SI EL PATRÓN SE EXCEPCIONA ADUCIENDO QUE LA ACTORA RENUNCIÓ Y ÉSTA DEMUESTRA QUE AL MOMENTO DE CONCLUIR EL VÍNCULO LABORAL ESTABA EMBARAZADA, EL SOLO ESCRITO DE RENUNCIA ES INSUFICIENTE PARA DEMOSTRAR QUE FUE LIBRE Y ESPONTÁNEA.*
>
> *Es criterio reiterado que juzgar con perspectiva de género implica reconocer la realidad sociocultural en que se desenvuelve la mujer, lo que exige una mayor protección del Estado con el propósito de lograr una garantía real y efectiva de sus derechos y eliminar las barreras que la colocan en una situación de desventaja, lo que cobra particular relevancia cuando se encuentra en estado de embarazo, momento en el que requiere gozar de la atención médica necesaria de los periodos pre y post natal y de las demás prestaciones de seguridad social que garanticen el bienestar de ella y del menor. Por tanto, cuando la parte empleadora opone la excepción de renuncia y la trabajadora demuestra que la terminación de la relación laboral ocurrió encontrándose embarazada, la patronal deberá acreditar que la renuncia fue libre y espontánea; sin que en ningún caso el solo escrito que la contenga sea suficiente para demostrar su excepción, aun en caso de no haberse objetado o habiéndose perfeccionado, sino que se requieren elementos de convicción adicionales. Esto obedece al principio de primacía de la realidad consagrado en el tercer párrafo del artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, toda vez que no es verosímil que la mujer prescinda de su empleo por lo gastos que implica el alumbramiento y la necesidad de acceder a la atención médica, aunado a que existe una práctica común de ejercer actos de coacción con motivo del embarazo.*[46]

Siguiendo la misma tesitura, actualmente y dada la realidad social que se vislumbra encontramos una peculiaridad necesaria de resaltar

[46] Tesis 2a./J. 96/2019 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,* Décima Época, t. II, julio de 2019, p. 998.

por lo que hace a las cualidades de las y los impartidores de justicia, pues además de aplicar criterios de justicia transversales en perspectiva de género, su actuación debe estar matizada por la "sensibilidad", una característica que recoge el criterio aislado III.2o.C.33 K (10a.), que lleva por rubro:

> *TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA. EXIGE TRES CUALIDADES ESPECÍFICAS DEL JUZGADOR EN EL DESEMPEÑO DE SU FUNCIÓN (FLEXIBILIDAD, SENSIBILIDAD Y SEVERIDAD).*

En este criterio la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha destacado la necesidad para el desempeño de la tutela jurisdiccional efectiva, que consiste en la cualidad de la sensibilidad, la cual se vincula al juicio, desde la admisión de la demanda hasta el dictado de la sentencia, donde el juzgador, respetando las formalidades esenciales que conforman el debido proceso y sin dejar de ser imparcial, debe comprender, a la luz de los hechos de la demanda, qué es lo que quiere el actor, así como qué es lo que al respecto expresa el demandado, para fijar correctamente la litis; suplir la queja en los casos que proceda hacerlo, ordenar el desahogo oficioso de pruebas cuando ello sea posible y necesario para conocer la verdad, evitar vicios que ocasionen la reposición del procedimiento y dictar una sentencia con la suficiente motivación y fundamentación; así como pensar en la utilidad del fallo, en sus implicaciones prácticas, esto es, como la mejor solución para resolver la conflictiva social.[47]

V. Conclusiones

Actualmente las aristas del conocimiento jurídico relacionadas con los derechos humanos laborales permiten una aproximación transversal, al ser estos interdependientes y no aislados, encontrar resolución de conflictos a partir de diseño e implementación de herramientas como los protocolos de actuación para su debida interpretación, proporcionando una mayor protección jurídica completada por el empleo de tesis de

[47] Tesis III.2o.C.33 K (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, mayo de 2018, p. 2848.

jurisprudencia que nos brindan esa metodología de actuar y donde el juzgador tenga un margen solido de argumentación y ponderación.

Se advierte que pese a que hay disposición del personal jurisdiccional para incorporar la perspectiva de género en sus actuaciones, escazas ocasiones se emplea la metodología idónea para darle un tratamiento científico sino más bien a lo que cada operador jurídico considera de forma subjetiva sin realizar un ejercicio de argumentación y ponderación efectivo dado el desconocimiento de la jurisprudencia como herramienta para aplicar la perspectiva de género, los instrumentos internacionales y de la legislación nacional en materia de derechos humanos laborales.

El empleo de la jurisprudencia como herramienta de emisión de laudos con perspectiva de género permitiría asertividad en la conceptualización de la igualdad formal sin omitir su componente material y estructural.

Al existir una confluencia entre derechos humanos y derechos laborales en su función jurisdiccional las autoridades laborales a través de sus decisiones o laudos pueden y deben constituir reales transformaciones de los patrones de conducta que favorecen la desigualdad y la discriminación.

El adagio jurídico que reza *dame los hechos que yo te daré el derecho* debe replantearse en la realidad social, pues hoy en día se requiere una plataforma de conocimientos de mayor apertura y alcance para todo operador jurídico que intervenga en la lucha de la efectividad de los DHL pues exige identificar las cualidades que pueden ser objeto de vulnerabilidad en las personas y grupos de trabajadores y exponerle también al juzgador un campo elementos aplicables a la causa concreta a resolver, significa repensar la relación entre el derecho constitucional y el derecho internacional dada la creciente internacionalización de las Constituciones iberoamericanas, particularmente en la regulación y protección de los derechos humanos.

Bibliografía

CANESSA MONTEJO, Miguel Francisco, *Los derechos humanos laborales en el derecho internacional*, *http://www.corteidh.or.cr/tablas/r32265.pdf Corte Interamericana de Derechos Humanos.*

COUTURE, Eduardo, *Fundamentos del derecho procesal civil*, 3ª ed., Buenos Aires, Roque Depalma, 1958, https://www.upg.mx/wp-content/uploads/2015/10/LIBRO-42-Fundamentos-de-Derecho-Procesal-Civil.pdf

DHARAM GHAI, *"Trabajo decente. Concepto e indicadores"*, Revista Internacional del Trabajo, número 2, vol. 122, 2003, https://www.ilo.org/public/spanish/revue/download/pdf/ghai.pdf

FIX-ZAMUDIO, Héctor, "*La creciente internacionalización de las Constituciones iberoamericanas, especialmente en la regulación y protección de los derechos humanos"* en Bogdandy, Armin y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.) Tomo II: La justicia constitucional y su internacionalización ¿Hacia un Ius Constitucionale Commune en América Latina?, Serie Doctrina Jurídica, número 570, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2010.

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS, Quinta Visitaduría General, Catalogo de derechos humanos laborales https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/100174/016_Dere_Laborales.pdf

JUNTA FEDERAL DE CONCILIACIÓN Y ARBITRAJE, *Informe anual de labores 2017*,https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/278488/Informe_de_Labores_2017.pdf

JUNTA LOCAL DE CONCILIACIÓN Y ARBITRAJE, *Informe estadístico anual 2018*, incluye conflictos individuales, colectivos y huelgas, http://www.juntalocal.cdmx.gob.mx/

INSTITUTO DE FORMACIÓN DE LA OIT, *Compendium of Court decisions* http://compendium.itcilo.org/es/sentencias-por-tema

KURCZYN VILLALOBOS, Patricia, *Transparencia y su impacto en la igualdad*, en Sánchez Vázquez, Rafael (coord.), Derechos Humanos, seguridad humana, igualdad y equidad de género, México, Comisión Nacional de

Derechos Humanos, 2018, https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/12/5615/21.pdf

MAC GREGOR FERRER, Eduardo, *La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos,* Colección Estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos miradas complementarias desde la academia, Núm. 5, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas-CNDH, 2017.

MEMORIA DEL DIRECTOR GENERAL, *Trabajo decente,* Ginebra, OIT, 1999 http://www. oit. org/public/ spanish/standards/relm/ilc/ilc87/rep-i. htm#

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, *Declaración Universal de los Derechos Humanos, 10 de diciembre de 1948.*

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERIANOS, *Convención Americana sobre Derechos Humanos, (Pacto De San José),* 22 de noviembre de 1969.

_____, *Protocolo adicional a la Convención Americana Sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador",* 17 de noviembre de 1988.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT)

Convenio sobre el trabajo forzoso, 1930 (número 29)

Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (número 87)

Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949 (número 98)

Convenio sobre igualdad de remuneración, 1951 (número 100)

Convenio sobre la abolición del trabajo forzoso, 1957 (número 105)

Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (número 111)

Convenio sobre la edad mínima, 1973 (número 138)

Convenio, sobre seguridad y salud de los trabajadores, 1981, (número 155)

Convenio sobre las peores formas de trabajo infantil, 1999 (número 182)

Declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento, adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo en su octogésima sexta reunión, Ginebra, 18 de junio de 1998

Recomendación sobre seguridad y salud de los trabajadores, 1981 (164)

PROGRAMA NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS 2014-2018, D.O.F. 20 de abril de 2014.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, *Protocolo para juzgar con perspectiva de género, haciendo realidad el derecho a la igualdad*, 2ª ed., México, 2015.

----------*Diagnósticos en materia de equidad de género 2008-2009 de la Coordinación General del Programa de Equidad de Género del Poder Judicial de la Federación.*

TRIBUNAL FEDERAL DE CONCILIACIÓN Y ARBITRAJE, *Informe anual de actividades 2018*, http://www.trifeca.gob.mx/work/models/TFCA/Resource/360/1/images/informe_anual_2018.pdf

Normatividad

LEY DE AMPARO, REGLAMENTARIA DE LOS ARTÍCULOS 103 Y 107 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, publicada en el D.O.F. 2 de abril de 2013.

Criterios judiciales

Tesis 22/2016 (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t. II, abril de 2016, p. 836.

Tesis 2a./J. 192/2007, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXVI, Octubre de 2007, p. 209.

Tesis: I.6o.T. J/112, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXXIII, junio de 2011, p. 1007.

Tesis 2a./J. 96/2019 (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t. II, julio de 2019, p. 998.

Tesis III.2o.C.33 K (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, mayo de 2018, p. 2848.

LA COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LOS DERECHOS HUMANOS LABORALES EN MÉXICO

Alma Elena Rueda Rodríguez[1*]

Dedico estas líneas a la Dra. María Patricia Kurczyn Villalobos con todo mi cariño, respeto y admiración por ser una gran mujer y una excelente investigadora. La Dra. Patricia es para mí un ejemplo y un aliento para seguir trabajando y dedicando mi compromiso y esfuerzo a una materia tan apasionante y noble como lo es el Derecho del Trabajo.

SUMARIO: *Resumen.* I. *Introducción.* II. *La asignación de la competencia sobre asuntos laborales a los Organismos Públicos de Derechos Humanos.* III. *La Comisión Nacional de Derechos Humanos y la Sexta Visitaduría General.* IV. *Recomendación General número 34.* V. *Recomendación General número 36.* VI. *Recomendación Específica número 28/2017.* VII. *Conclusiones. Bibliografía.*

Resumen: Los organismos públicos de derechos humanos, hasta antes de la reforma constitucional del 2011 que modificó el apartado B del artículo 102 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se veían impedidos de investigar sobre violaciones a los derechos humanos laborales; tal reforma, trajo como consecuencia que la Comisión Nacional de Derecho Humanos realice modificaciones en su normativa interna y a su vez se cree una visitaduría que conozca de violaciones a derechos humanos laborales, por lo que se amplía el sistema no jurisdiccional de protección, cuyas recomendaciones han sido de gran calado sobre este tema.

[1*] Doctora en Formación de la Persona y Mercado del Trabajo por la Universidad de Bérgamo, Italia y Candidata a Investigadora Nacional reconocida por el Sistema Nacional de Investigadores del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología.

I. Introducción

El presente texto realiza un estudio histórico sobre el proceso legislativo de la reforma constitucional del 2011, que modificó el apartado B del artículo 102 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual facultó a los Organismos Públicos de Derechos Humanos para conocer de asuntos en materia laboral; posteriormente, se expone cuáles fueron las modificaciones que realizó la Comisión Nacional de los Derechos Humanos para adecuar su normativa interna y así crear la Sexta Visitaduría General, área encomendada de brindar la protección no jurisdiccional a los derechos laborales a nivel federal, consecuentemente, se expone cuáles son los asuntos laborales de los que puede conocer, y finalmente, se realiza un análisis de dos recomendaciones generales y una específica, ejercicio que demuestra que la labor que realiza ese Organismo Nacional es crucial en la protección de los derechos humanos laborales que tienen como fin proteger al trabajador.

II. La asignación de la competencia sobre asuntos laborales a los organismos públicos de derechos humanos

La protección no jurisdiccional de los derechos humanos laborales en México es reciente, debe recordarse que previo a la reforma constitucional del año 2011, el segundo párrafo, del apartado B del artículo 102 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establecía que los Organismos Públicos de Derechos Humanos (OPDH) no serían competentes tratándose de asuntos electorales, laborales y jurisdiccionales.

La reforma de diez de junio de dos mil once, entre otras disposiciones, eliminó la restricción para que los Organismos Públicos de Derechos Humanos conocieran asuntos en materia laboral y es relevante señalar que esta atribución que se concedió a los OPDH, no estuvo contemplada desde el inicio del proceso legislativo, pues como se puede observar en el dictamen aprobado por la Cámara de Origen[2], que en

[2] Cámara de Diputados de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales

este caso concreto fue la Cámara de Diputados, esta propuesta no se encontraba prevista.

Sin embargo, cuando el dictamen fue remitido al Senado de la República, como Cámara Revisora, ésta argumentó en el dictamen legislativo aprobado el 8 de abril de 2010[3] que debía fortalecerse a los OPDH ampliando su competencia en algunos de los campos que actualmente les eran vedados, refiriendo que:

> *(…) Para tal propósito se hace una propuesta en tres direcciones. En primer lugar, se plantea suprimir la veda competencial de los organismos públicos de derechos humanos con relación a los actos u omisiones administrativas del Poder Judicial de la Federación albergadas en el primer párrafo del apartado B del artículo 102. En la actualidad los organismos públicos sí tienen competencia para conocer quejas en contra de actos u omisiones de naturaleza administrativa provenientes de los tribunales distintos a los del Poder Judicial de la Federación, lo cual genera un doble estándar que debe ser superado.*
>
> *Otra limitante de importancia en la naturaleza y funciones de los organismos públicos en México, consiste en que el propio texto constitucional establece que no serán competentes tratándose de asuntos electorales y laborales. Sobre este asunto, el Diagnóstico sobre la situación de los derechos humanos en México[4] ha sostenido que no existe*

y de Derechos Humanos, con proyecto de decreto que modifica la denominación del Capítulo I y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de derechos humanos", *Gaceta Parlamentaria*, México, año XII, núm. 2743-XVI, 23 de abril de 2009.

[3] Senado de la República, "Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Estudios Legislativos, con opinión de la Comisión de Reforma del Estado, respecto a la Minuta Proyecto de Decreto que modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de derechos humanos", *Gaceta Parlamentaria*, México, LXI/1SPO-114/24568, 8 de abril de 2010.

[4] La Oficina del Alto Comisionado de Nacionales Unidas para los Derechos Humanos en México en el Diagnóstico sobre la situación de los Derechos Humanos en México, propone al Presidente de la República, que a fin de avanzar en el cumplimiento de los estándares internacionales atienda en el Programa de Nacional de Derechos Humanos las recomendaciones generales, entre las cuales, en el quinto punto señalaba que se debe conferir autonomía a todas las comisiones públicas de derechos humanos y dotarlas de la facultad de promover iniciativas de leyes en sus ámbitos respectivos, presentar acciones de inconstitucionalidad y ampliar su competencia a asuntos laborales, electorales y administrativos en el ámbito jurisdiccional. Eliminar

realmente ninguna justificación para que los organismos públicos de derechos humanos no puedan conocer de violaciones a los derechos humanos en el ámbito electoral y laboral, pues "aunque ya existan sistemas de protección en estos ámbitos, esto no implica que desde su propia dimensión las comisiones de derechos humanos puedan intervenir". Así pues, en la recomendación general número cinco del Diagnóstico se estableció que "se incluya dentro de la competencia de la CNDH y de las comisiones locales las violaciones a derechos humanos en materia electoral y laboral, cuando se trate de asuntos no jurisdiccionales." Con base en la reciente modificación constitucional en materia electoral, se plantea ampliar la competencia de los organismos públicos exclusivamente al ámbito laboral y conservar la incompetencia por lo que hace a la materia electoral (…)[5].

De esta manera, la Cámara Revisora señaló que, motivada por las recomendaciones de alcance general que se formularon al Gobierno de México en el Diagnóstico sobre la Situación de los Derechos Humanos elaborado por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, y debido a que no existía expresamente ninguna justificación para que los Organismos Públicos de Derechos Humanos no puedan conocer de violaciones a estos derechos, específicamente en materia laboral, se proponía eliminar esta limitante. Siendo así que, en las siguientes etapas del proceso legislativo esta modificación fue aceptadas por ambas Cámaras y, de igual forma, por las Legislaturas de los Estados logrando que los OPDH consiguieran la facultad de investigar violaciones a derechos humanos laborales.

---

los obstáculos legales que impiden la transparencia de su gestión.

[5] Senado de la República, "Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Estudios Legislativos, con opinión de la Comisión de Reforma del Estado, respecto a la Minuta Proyecto de Decreto que modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de derechos humanos", *Gaceta Parlamentaria*, México, LXI/1SPO-114/24568, 8 de abril de 2010.

III. La comisión nacional de derechos humanos y la sexta visitaduría general

Como consecuencia de esta reforma constitucional, el Congreso de la Unión adecuó la normativa reglamentaria de la Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH), organismo autónomo que tiene por objeto esencial la protección, observancia, promoción, estudio y divulgación de los derechos humanos que ampara el orden jurídico mexicano.

Por tanto, el 15 de junio de 2012 se publicó en el Diario Oficial de la Federación, el Decreto que reformó y adicionó diversas disposiciones de la Ley de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, eliminando la limitante al número de Visitadores Generales, que en ese entonces establecía solamente cinco. Consecuentemente, el 18 de junio del mismo año, el Presidente de ese Organismo Nacional firmó el "*Acuerdo del Presidente de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, por el que crea la Sexta Visitaduría General de la CNDH*"[6], con la finalidad de crear una Sexta Visitaduría General que tuviera la facultad de conocer de recursos de quejas e impugnación por presuntas violaciones de Derechos Humanos Económicos, Sociales, Culturales, Ambientales y Laborales[7], así como aquellas que le fueran encomendadas derivadas de violaciones graves, que se presenten ante este organismo autónomo.

Es importante señalar que, si bien a la Sexta Visitaduría General se le dotó de competencia para conocer de asuntos laborales, entendidos éstos como los actos u omisiones atribuibles a servidores públicos relacionados con el desarrollo de procedimientos sustanciados ante las autoridades del ámbito laboral, permaneció la excepción de conocer

[6] Comisión Nacional de los Derechos Humanos, Acuerdo del Presidente de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, por el que crea la Sexta Visitaduría General de la CNDH, *Gaceta de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos*, México, núm. 263, junio de 2012. Consultado en https://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Gacetas/336.pdf.

[7] Recordemos que los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales, también conocidos como "DESCA", son derechos humanos tendientes a satisfacer las necesidades elementales de las personas para alcanzar el máximo nivel posible de vida digna desde los ámbitos de la salud, la educación, el trabajo, la seguridad social, la vida en familia y el disfrute de un medio ambiente sano, entre otros.

de asuntos jurisdiccionales de fondo, esto es, que no puede examinar la fundamentación o el sentido de un laudo.

Ahora bien, es crucial indicar que, de acuerdo con su legislación[8], la CNDH también posee la competencia, para analizar y pronunciarse respecto a cuestiones de carácter administrativo que tengan incidencia en un proceso, por lo cual, puede conocer de quejas cuando alguna Dependencia o Entidad de la Administración Pública incurra en incumplimiento en la ejecución de los laudos firmes emitidos por la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje y/o del Tribunal de Conciliación y Arbitraje.

Al respecto de este tema, el Consejo Consultivo de la Comisión Nacional de Derechos Humanos[9] estableció que: *"(…) el incumplimiento de una sentencia o laudo por parte de autoridades o servidores públicos destinatarios de los mismos se considera una omisión de naturaleza administrativa, por lo que constituye una violación de Derechos Humanos y, por tanto, la Comisión Nacional es competente para conocer de quejas que se presenten contra tal incumplimiento",* argumento que ayuda a comprender las razones del porque la CNDH puede conocer de cuestiones de dilación en los procedimientos o respecto a las dilaciones en ejecución de laudos cuando el Estado tenga la calidad de patrón.

Por lo tanto, bajo este criterio, los laudos que resulten favorables a los trabajadores requieren ser cumplidos por parte de la Dependencia o Entidad condenada, con la finalidad que se respeten y garanticen los derechos humanos, particularmente, los derechos laborales reconocidos previamente en estas resoluciones y, asimismo, que se respete y cumpla el derechos a la legalidad, a la seguridad jurídica y al acceso a la justicia del trabajador, derechos reconocidos tanto en la legislación nacional, artículos 14, 16 y 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como en instrumentos internacionales

---

[8] Artículos 3°, 6°, fracción II, inciso a) y 8° de la Ley de la Comisión Nacional, así como, el artículo 9°, párrafo primero, de su Reglamento Interno.

[9] Acuerdo 2/96 del Consejo Consultivo de la Comisión Nacional de Derechos Humanos Adoptado en su LXXXII sesión, celebrada el 8 de enero de 1996.

como lo son el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Declaración Universal de Derechos Humanos y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. De no ser respetados estos derechos humanos, la CNDH tendrá plena competencia de conocer sobre estos asuntos[10]. Sobre este tema ese Organismo Nacional ha emitido las siguientes recomendaciones[11] específicas 43/2012[12], 44/2012[13], 24/2016[14], 14/2019[15] y la 42/2019[16].

Es elemental señalar que, respecto a su atribución de conocer de asuntos laborales, la CNDH tiene la prohibición expresa para entrar al análisis sobre los conflictos suscitados entre uno o varios patrones y uno o más trabajadores o uno o más sindicatos, ni entre sindicatos y/o trabajadores, incluso cuando el patrón sea una autoridad o dependencia

---

[10] En este sentido se han emitido las siguientes Recomendaciones específicas: 14/2019 del 16 de abril de 2019.

[11] LA CNDH con el objetivo de proteger y defender los derechos humanos tiene entre sus atribuciones la de emitir formular recomendaciones públicas no vinculatorias a las autoridades responsables de violaciones a Derechos Humanos, de acuerdo con términos establecido por el artículo 102, apartado B, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

[12] Sobre el caso de dilación en la impartición de justicia en el procedimiento laboral por la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje, en agravio de V1. https://www.cndh.org.mx/documento/recomendacion-432012.

[13] Sobre el caso de dilación en la impartición de justicia en el procedimiento laboral por la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje, en agravio de V1, persona con discapacidad. https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/doc/Recomendaciones/2012/REC_2012_044.pdf.

[14] Sobre el recurso de Impugnación de V en contra de la No Aceptación de la Recomendación emitida por la Defensoría de los Derechos Humanos del pueblo de Oaxaca. https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/doc/Recomendaciones/2016/Rec_2016_024.pdf.

[15] Sobre el caso de violaciones a los derechos a la legalidad y a la seguridad jurídica y al acceso a la justicia, del Instituto Nacional del Suelo Sustentable y de la Junta Especial 28 de la Federal de Conciliación y Arbitraje, (Guanajuato), por la inejecución de un laudo firme, en agravio de V. Consultada en: https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/documentos/2019-05/Rec_2019_014.pdf.

[16] Sobre el recurso de impugnación de R, persona mayor con 68 años de edad, por violaciones a los derechos humanos a la seguridad jurídica y legalidad, por inejecución de laudo firme, atribuido al Ayuntamiento de Ciudad Ixtepec y a la Junta de Arbitraje para los Empleados al Servicio de los Poderes del Estado de Oaxaca. https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/documentos/2019-07/REC_2019_042.pdf.

federal, estatal o municipal[17] por lo que éstos deberán ser resueltos por el sistema jurisdiccional.

De esta manera, la Sexta Visitaduría General para cumplir con su objetivo tiene, entre otras facultades y obligaciones, la de realizar las investigaciones y estudios necesarios para formular proyectos de Recomendación, las cuales son resoluciones en las que se determina la violación a los derechos humanos, se señala a la autoridad su responsabilidad y se le indica la manera en que deberá restituir o reparar el daño a la persona afectada[18]. Una característica relevante de la figura del *Ombudsman* es el carácter no obligatorio de las recomendaciones que emiten, sin embargo, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece que todo servidor público está obligado a responder las recomendaciones que les presenten estos organismos. Cuando las recomendaciones emitidas no sean aceptadas o cumplidas por las autoridades o servidores públicos, éstos deberán fundar, motivar y hacer pública su negativa; además, la Cámara de Senadores o en sus recesos la Comisión Permanente, o las legislaturas de las entidades federativas, según corresponda, podrán llamar, a solicitud de estos organismos, a las autoridades o servidores públicos responsables para que comparezcan ante dichos órganos legislativos, a efecto de que expliquen el motivo de su negativa[19].

Las Recomendaciones de ese Organismo Autónomo pueden ser específicas[20] o generales[21], las primeras están relacionadas a violaciones a

[17] Esta última restricción comprendida en el artículo 2°del Reglamento Interno de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos.

[18] Asimismo, en estas resoluciones la CNDH puede solicitar a las autoridades correspondientes, el inicio de los procedimientos para, en su caso, sancionar a los servidores que hayan incurrido en la conducta violatoria de derechos humanos, o bien, solicitar a dichas autoridades la agilización y conclusión de los procedimientos que a la fecha de emisión de la recomendación se encuentren en trámite.

[19] Apartado B del Artículo 102 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

[20] Las Recomendaciones específicas emitidas por la CNDH encuentran su fundamento en el capítulo VII del Reglamento interno de ese organismo autónomo.

[21] Con fundamento en el artículo 6°, fracción VIII de la Ley de la CNDH y el artículo 140 del Reglamento de esa institución, la CNDH tiene entre sus facultades la

derechos humanos relacionados directamente con algún expediente de queja, mientras que las segundas están dirigidas a diversas autoridades del país, a fin de que se promuevan las modificaciones de disposiciones normativas y prácticas administrativas que constituyan o propicien violaciones a los derechos humanos.

Al respecto, se destaca que a través de los siete años en los cuales ha conocido de asuntos laborales, la CNDH, a través de la Sexta Visitaduría General ha emitido significativas Recomendaciones en relación con violaciones a derechos humanos laborales, empero al ser imposible analizar todas, se reseñan aquellas que a juicio de la autora marcan un precedente relevante para la protección no jurisdiccional de derechos en esta materia.

IV. Recomendación general número 34

La Recomendación General número 34 sobre el efecto del monto del salario mínimo en la dignidad de las trabajadoras, los trabajadores y sus familias, y su relación con el pleno goce y ejercicio de sus derechos humanos[22] evidenció la problemática existente entre el monto del salario mínimo y su suficiencia para cubrir las necesidades de los trabajadores en México.

En la primera parte refiere cuáles son los antecedentes del salario mínimo, destacándose que el salario o ingreso mínimo de los trabajadores tiene sus orígenes en 1890, en Nueva Zelanda y Australia y, particularmente en México, fue en el año de 1962 cuando la esta institución se incorporó a la fracción VI del apartado A del artículo 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, fracción en la que se reconoce que los salarios mínimos generales deben ser suficientes para

de emitir Recomendaciones Generales, las cuales deben ser aprobadas por el Consejo Consultivo y no requieren aceptación por parte de las autoridades a quienes vayan dirigidas; son publicadas en la Gaceta de la CNDH y en el Diario Oficial de la Federación.

[22] La Recomendación General núm. 34 sobre el efecto del monto del salario mínimo en la dignidad de las trabajadoras, los trabajadores y sus familias, y su relación con el pleno goce y ejercicio de sus derechos humanos.

satisfacer las necesidades normales de un jefe de familia, en el orden material, social y cultural, y para proveer a la educación obligatoria de los hijos.

En la segunda sección, relativa a la situación y fundamentación jurídica de la Recomendación, se citan diversos instrumentos internacionales como lo son: la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, el Convenio núm. 131 sobre la fijación de salarios mínimos y la Recomendación 135 de la Organización Internacional del Trabajo, instrumentos internacionales que reconocen que toda persona que trabaja tiene derecho a recibir una remuneración equitativa y satisfactoria, el cual debe ser suficiente para satisfacer las necesidades básicas de la trabajadora o el trabajador, así como de su familia.

Posteriormente, en el tercer apartado de Observaciones, se señala el sentido y alcance de las obligaciones generales del Estado respecto a los derechos humanos, en particular, se alude el derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria y al derecho al mínimo vital, el cual fue estudiado recientemente por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, traduciéndose éste en la satisfacción y protección de diversas prerrogativas que, en su conjunto o unidad, forman la base o punto de partida desde la cual el individuo cuenta con las condiciones mínimas para desarrollar un plan de vida autónomo y de participación activa en la vida democrática del Estado (educación, vivienda, salud, salario digno, seguridad social, medio ambiente, etcétera).

En este mismo sentido, la Recomendación refiere que las metodologías encaminadas a entender las diversas variables socioeconómicas de las que depende el bienestar de la población en México han evolucionado, sin embargo, se señala que resulta de particular relevancia las establecidas por el Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social[23] (CONEVAL), evidenciando que el monto que

[23] Organismo público que mide la pobreza mediante un indicador o metodología denominada línea de bienestar y otra nombrada línea de bienestar mínimo.

se establecía como línea de bienestar en agosto de 2018 y el monto del salario mínimo no coincidían, siendo este último más bajo, por lo que resulta evidente que estos trabajadores enfrentan dificultades para asumir los costos inherentes para su alimentación, vestido, salud, vivienda, educación y servicios básicos como agua y transporte, entre otros satisfactores necesarios para su bienestar, esto es, tienen verdaderas carencias para satisfacer su derecho al mínimo vital.

La última sección de este documento, la CNDH emitió doce recomendaciones generales dirigidas a los Secretarios del Trabajo y Previsión Social, de Desarrollo Social, de Hacienda y Crédito Público; al Presidente y al Consejo de Representantes de la Comisión Nacional de los Salarios Mínimos y a las Legisladoras y Legisladores del Congreso de la Unión y, entre los puntos recomendatorios más apremiantes, se identifica el punto dirigido a las citadas autoridades para que cumplan con los acuerdos necesarios para incrementar el salario mínimo a partir del ejercicio fiscal del 2019, por lo que pide que se considera que como mínimo, lo expuesto por el CONEVAL en relación con la línea de bienestar y, de igual manera, se tome en cuenta la relación existente entre salario mínimo y la cantidad de personas promedio en cada hogar mexicano.

De acuerdo con lo anterior, se puede observar que a través de este pronunciamiento, la CNDH buscó fortalecer la premisa de que el salario mínimo es un derecho humano y que éste constituye el medio fundamental para asegurar la vida digna, ya que es a través del salario mínimo que se puede acceder a servicios o satisfactores que contribuyen al disfrute de otros derechos humanos consustanciales al bienestar y la dignidad de las personas.

V. Recomendación general número 36

La Recomendación General número 36/2019, sobre la situación de la población Jornalera Agrícola en México[24], evidencia las prácticas ad-

[24] https://www.cndh.org.mx/documento/recomendacion-general-362019.

ministrativas que propician violaciones a los derechos humanos de las personas jornaleras agrícolas definidas como aquellas personas que no poseen, ni arriendan la tierra que trabajan, ni las herramientas o equipos que utilizan para laborar en los campos o instalaciones de procesamiento básicos para producir alimentos. Este pronunciamiento se emitió debido a que ese organismo recibió un total de veintiséis escritos de queja relacionados con personas jornaleras agrícolas[25], en los cuales se inició un expediente de queja y, después de ser analizados y estudiados, cinco de éstos finalizaron con la emisión de una Recomendación especifica[26]. Lo anterior evidencio la precaria situación en la que viven ese grupo de la población y motivo a que la CNDH se pronunciara a través de una Recomendación General.

Durante la primera parte, se analiza el contexto geográfico, económico y social en el que se desarrollan las personas jornaleras agrícolas y sobre los flujos migratorios internos, destacando que este grupo no se caracteriza por ser homogéneo y que, de acuerdo con el "Diagnóstico del Programa de Atención a Jornaleros Agrícolas de 2010", elaborado por la Secretaría de Desarrollo Social se advierte que una de las principales características es el dinamismo en la contratación e inestabilidad en el empleo de este grupo de personas, situación que tiene como consecuencia, que estas personas se vean obligadas a buscar opciones laborales en diferentes regiones y, por lo tanto, con distintos empleadores, involucrándose así en la informalidad laboral, situación que vulnera directamente su derechos, sobre todo el de la seguridad social.

Según el análisis lógico-jurídico que se realiza, se acredita la violación al derecho al trabajo, ya que corresponde a las autoridades laborales en el ámbito de su competencia y de conformidad con el artículo

---

[25] Durante el periodo comprendido del 1° de enero de 2015 al 31 de mayo de 2018.

[26] Recomendaciones: 16/2015, 37/2015, 28/2016, 70/2016, 2/2017, 60/2017 y 15/2018 mediante los cuales se acreditó la violación a los derechos humanos al trabajo, a la seguridad social, a un nivel de vida adecuado, a la educación, a la legalidad y seguridad jurídica, a la inviolabilidad de domicilio, a la integridad y seguridad personales, a la libertad sexual, a la procuración de la justicia, a la protección de la salud, al trato digno, al libre desarrollo de la personalidad y al interés superior de la niñez.

2° de la Ley Federal del Trabajo (LFT), propiciar el trabajo digno[27] o decente en todas las relaciones laborales. Asimismo, la violación de distintos derechos en el trabajo, como lo son la omisión de la autoridad local laboral de supervisar las condiciones de trabajo de las personas jornaleras agrícolas; la seguridad e higiene en el trabajo; la omisión de garantizar el interés superior de la niñez en el contexto del trabajo agrícola; el derecho a la seguridad social y la omisión de supervisar su cumplimiento. Todos estos derechos reconocidos en estándares nacionales como internacionales.

En este mismo sentido, la CNDH analizó las prácticas administrativas dirigidas a este grupo de atención prioritario, en específico, al Programa de Atención a Jornaleros Agrícolas, operado con presupuesto federal, el cual tenía como objetivo contribuir fortalecer el cumplimiento efectivo de los derechos sociales de la población jornalera agrícola y a los integrantes de sus hogares. Sin embargo, mediante el análisis, visitas e investigaciones realizadas se advirtieron insuficiencias e incluso la inexistencia del referido programa.

Mediante este pronunciamiento se exhortó a las autoridades a través de veintidós puntos recomendatorios, dirigidos a los Titulares del Poder Ejecutivo local, a la Jefa de Gobierno de la Cuidad de México, a los Secretarios de Bienestar, al de Trabajo y Previsión Social y al Director del Instituto Mexicano del Seguro Social, y entre los puntos más relevantes se instruye a las autoridades a coadyuvar entre sí en la elaboración de un diagnóstico nacional que permita identificar la situación real de la población jornalera agrícola; analizar los programas existentes, los cuales deben ir acorde a la normatividad nacional y a los compromisos internacionales pactados por México y a actuar en de colaboración y

[27] 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.

coordinación para la ejecución de proyectos en beneficio de la población jornalera, entre otras disposiciones.

VI. Recomendación específica número 28/2017

La Recomendación específica número 28/2017[28], se emitió debido a que la CNDH recibió diversos escritos de queja relativos a la negativa del Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS) de dar trámite a las solicitudes por viudez realizadas por ocho varones, imponiéndoles un trato discriminatorio para acceder a dicha pensión, debido a que la normatividad aplicable establecía a los posibles beneficiarios del sexo masculino, mayores requisitos de los exigidos a las personas del género femenino, tales como condiciones de salud y dependencia económica, restringiendo la posibilidad de contar, en igualdad de circunstancias, con prestaciones familiares vitales para la subsistencia de esas personas.

Tras el estudio y análisis respectivo, se acreditaron la vulneración a los derechos humanos a la igualdad, no discriminación, al derecho a la legalidad y seguridad jurídica y al derecho a la seguridad social, por lo que se exhorto al Director General del Instituto Mexicano del Seguro Social, en primer lugar, a otorgar la pensión por viudez bajo los procedimientos más adecuados y eficaces, sin colocarlos en un supuesto jurídico que los distinga por su sexo y sin que se requiera mayores requisitos en comparación con las mujeres; y tomando en cuenta las medidas de restitución, satisfacción y de no repetición a favor de las víctimas, se persuadió a inscribir a los quejosos en el Registro Nacional de Víctimas para que tengan acceso al Fondo de Ayuda, Asistencia y Reparación Integral, previsto en la Ley General de Víctimas.

---

[28] Recomendación 28/2017, sobre los casos de violaciones a diversos derechos humanos por la pensión por viudez negada o declarada improcedente, por motivos de sexo, condición económica y salud, en la que se precisa que las personas deben gozar en igualdad de circunstancias de las prestaciones familiares vitales para su subsistencia, además de proponer a que se evite reproducir estereotipos de género. Consultada en: https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/doc/Recomendaciones/2017/Rec_2017_028.pdf.

Asimismo, se insta a proponer a la autoridad competente el anteproyecto de modificación a las disposiciones de la Ley del Seguro Social y a las normas reglamentarias que así lo ameriten y a efectuar las modificaciones en las disposiciones administrativas secundarias (acuerdos, circulares), así como en los manuales de organización y procedimientos de ese Instituto con el objetivo de que se dejen sin efecto aquellas que transgreden el principio de igualdad y no discriminación, así como el derecho a la seguridad social.

El pronunciamiento emitido por la CNDH fue aceptado por el IMSS[29], institución que admitió una necesaria modificación a sus disposiciones normativas internas aplicables, concernientes a los requisitos para la concesión de pensión por viudez en el caso de cónyuges o concubinos varones, por lo que propuso a las instancias correspondientes, la viabilidad de realizar las modificaciones legales requeridas para atender la citada Recomendación.

Posteriormente, en concordancia con el sentido de estas recomendaciones y, debido a la importancia del tema, la Cámara de Senadores aprobó el "*Proyecto de Dictamen por el que se reforman diversas disposiciones a la Ley del Seguro Social y a la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado*"[30], a través del cual se reconoce el derecho y acceso a prestaciones de seguridad social de las personas del mismo sexo que conforman un vínculo familiar, a través del matrimonio o bien del concubinato. Lamentablemente. el dictamen no fue aprobado por la Cámara de Diputados, quedando como un tema pendiente el reconocimiento de los derechos humanos a la seguridad social y a la igualdad de las personas del mismo sexo que conforman una familia[31].

---

[29] Instituto Mexicano del Seguro Social, "El IMSS recibe recomendación de la CNDH, con motivo de la negativa de otorgamiento de pensión por viudez a hombres y concubinos del mismo sexo", *Boletín de Prensa No. 2016/ 2017*. Consultado en: http://www.imss.gob.mx/prensa/archivo/201707/216.

[30] De fecha 6 de noviembre de 2018.

[31] En este mismo sentido, la CNDH también emitió la Recomendación General 23/2015, sobre el matrimonio igualitario, en la que se destaca que la preferencia sexual no debe ser un criterio relevante para diferenciar el acceso al disfrute del derecho de protección a la familia y la Recomendación especifica 53/2017, sobre los casos

VII. Conclusiones

Durante estos relativamente pocos años en los cuales la Comisión Nacional de los Derechos Humanos ha conocido de asuntos sobre violaciones a derechos humanos en materia laboral, la Sexta Visitaduría General ha desempeñado un papel crucial en la protección no jurisdiccional de estos derechos, debido a que es el área que se encuentra facultada para conocer, proteger y promover estos derechos, tarea que ha realizado principalmente, a través de conciliaciones que se realizan durante la instrucción de los procedimientos de queja o a partir de la emisión de Recomendaciones generales o específicas que se fundamentan en derechos establecidos en la legislación nacional así como en los estándares de derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales buscando siempre la máxima protección de la persona trabajadora. Estos pronunciamientos, algunas veces, trascienden en la modificación de prácticas administrativas o, directamente, en cambios legislativos, como lo fue el caso de la Recomendación General número 34 sobre el efecto del monto del salario mínimo en la dignidad de las trabajadoras, los trabajadores y sus familias, y su relación con el pleno goce y ejercicio de sus derechos humanos.

De esta manera, la labor de protección no jurisdiccional de los derechos humanos laborales realizada por esta institución encargada de proteger, respetar, garantizar y promover los derechos humanos en el país, se debe reconocer importante y trascendental, ya que complementa la protección jurisdiccional al conocer de situaciones específicas, las cuales deben ser analizadas bajo una perspectiva de derechos humanos, por ejemplo, en temas como discriminación o acoso laboral, sobre la inobservancia a los principios de igualdad o seguridad jurídica y protegiendo los derechos a la legalidad, a la seguridad jurídica y al acceso a

de violaciones a los Derechos Humanos de acceso a la seguridad social, igualdad, no discriminación, legalidad y seguridad jurídica con motivo de la declaración de improcedencia de la pensión por viudez por causa de su estado civil, en la cual se solicitó al Instituto Mexicano del Seguro Social, promover ante quien corresponda la modificación legislativa de su Ley y normas reglamentarias para otorgar un trato igualitario a parejas del mismo sexo.

la justicia de los trabajadores. Siendo el sistema de protección no jurisdiccional una opción para restituir a las víctimas o agraviados sus derechos humanos laborales afectados y, consecuentemente alcanzar así, un mayor grado de protección de estos derechos en el país.

Bibliografía

ARESE, César, "Los derechos humanos laborales en las Constituciones latinoamericanas (el centenario de la Constitución de Querétaro)", *Revista Latinoamericana de Derechos Socia*l, núm. 25, julio-diciembre, 2017.

CÁMARA DE DIPUTADOS, "Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Derechos Humanos, con proyecto de decreto que modifica la denominación del Capítulo I y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de derechos humanos", *Gaceta Parlamentaria*, México, año XII, núm. 2743-XVI, 23 de abril de 2009.

CANESSA MONTEJO, Miguel F., "Los derechos humanos laborales: el núcleo duro de derechos (core rights) y el ius cogens laboral", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, Madrid, núm. 72, abril de 2008.

CARBONELL, Miguel y SALAZAR Pedro (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, 2011.

CARMONA TINOCO, Jorge, "La CIDH como espacio para el activismo legal transnacional: acervo en materia DESCA", en Bogdandy, Armin, *et al.*, *Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales,* Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011.

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS, "Acuerdo del presidente de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, por el que crea la Sexta Visitaduría General de la CNDH", *Gaceta de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos*, México, núm. 263, junio de 2012.

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS, *La Recomendación General número 34 sobre el efecto del monto del salario mínimo en la dignidad de las trabajadoras, los trabajadores y sus familias, y su relación con el pleno goce*

y ejercicio de sus derechos humanos, México, CNDH, 24 de julio de 2018. Consultada en: https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/documentos/2019-01/RecGral_034%5B1%5D.pdf.

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS, *Los derechos Humanos Laborales, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje*, México, 2007.

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS, *Recomendación 28/2017, Sobre los casos de violaciones a diversos derechos humanos por la pensión por viudez negada o declarada improcedente, por motivos de sexo, condición económica y salud, en la que se precisa que las personas deben gozar en igualdad de circunstancias de las prestaciones familiares vitales para su subsistencia, además de proponer a que se evite reproducir estereotipos de género*, México, CNDH, 25 de julio de 2017. Consultada en: https://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Recomendaciones/2017/Rec_2017_028.pdf.

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS, *Sobre el caso de dilación en la impartición de justicia en el procedimiento laboral por la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje, en agravio de V1,* México, CNDH, 2012, https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/doc/Recomendaciones/2012/REC_2012_043.pdf.

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS, *Sobre el caso de dilación en la impartición de justicia en el procedimiento laboral por la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje, en agravio de V1, persona con discapacidad,* México, CNDH, 2012. Consultada en https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/doc/Recomendaciones/2012/REC_2012_044.pdf.

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS, *Sobre el caso de violaciones a los derechos a la legalidad y a la seguridad jurídica y al acceso a la justicia, del Instituto Nacional del Suelo Sustentable y de la Junta Especial 28 de la Federal de Conciliación y Arbitraje, (Guanajuato), por la inejecución de un laudo firme, en agravio de V,* México, CNDH, 16 de abril de 2019. Consultada en: https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/documentos/2019-05/Rec_2019_014.pdf.

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS, *Sobre el recurso de Impugnación de V en contra de la No Aceptación de la Recomendación emitida por la Defensoría de los Derechos Humanos del pueblo de Oaxaca*, México, CNDH, 27 de mayo de 2016. Consultada en: https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/doc/Recomendaciones/2016/Rec_2016_024.pdf.

COMISIONA NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS, *Acuerdo del Consejo Consultivo de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos mediante el cual se reforman y adicionan diversos artículos del Reglamento Interno de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos*, Diario Oficial de la Federación, México, 18 de julio de 2012.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Opinión consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, San José Costa Rica.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio y MORALES SÁNCHEZ, Julieta, La *reforma constitucional sobre derechos humanos (2009- 2011)*, 4a. ed. México, Porrúa /UNAM, 2015.

KURCZYN VILLALOBOS, Patricia, "Apuntes sobre los Derechos Humanos en el ámbito laboral. Los Derechos Sociales", en Kurczyn Villalobos Patricia (coord.), *Derechos humanos en el trabajo y la seguridad social. Liber Amicorum: en homenaje al doctor Jorge Carpizo*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014.

KURCZYN VILLALOBOS, Patricia, Derechos de las mujeres trabajadoras, México, Cámara de Diputados, LVIII Legislatura-UNAM, 2002.

KURZCYN VILLALOBOS, Patricia, "La reforma constitucional en materia de derechos humanos laborales", *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, México, núm. 14, enero-junio, 2012.

OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS EN MÉXICO, *Diagnóstico sobre la situación de los derechos humanos en México.* México, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2003.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *Análisis comparativo de los Pactos Internacionales de derechos humanos y de los convenios y recomendaciones internacionales del trabajo*, Ginebra, OIT, 1969.

PLÁ, Américo, "Los derechos humanos y la OIT", *Revista Derecho Laboral*, Montevideo, t. XXXVII, núms. 173 y 174, 1994.

REYNOSO CASTILLO, Carlos, "Hacia el reconocimiento de los derechos humanos laborales", *Revista Alegatos*, núm. 79, septiembre-diciembre de 2011.

REYNOSO CASTILLO, Carlos, *Los derechos humanos laborales*, México, Universidad Autónoma Metropolitana/Tirant lo Blanch, 2015.

SENADO DE LA REPÚBLICA, "Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Estudios Legislativos, con opinión de la Comisión de Reforma del Estado, respecto a la Minuta Proyecto de Decreto que modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de derechos humanos", *Gaceta Parlamentaria*, LXI/1SPO-114/24568, 8 de abril de 2010.

CONSULTA, REPRESENTATIVIDAD Y APARICIÓN DE LA LEGITIMIDAD EN LA REFORMA A LA CONTRATACIÓN COLECTIVA MEXICANA: ¿ENTRE LA TUTELA Y EL CONTROL ESTATAL?

Alfredo Sánchez-Castañeda[1*]

SUMARIO: *Resumen*. I. *Palabras Preliminares*. II. *Un modelo de contratación colectivo y libertad sindical que necesitaba reformarse*. III. *La reforma constitucional y normativa para la consulta y representatividad de los contratos colectivos*. IV. *El tránsito de la representatividad a la legitimidad.* V. *Una tutela estatal sindical cercana a la injerencia. Bibliografía.*

Resumen: La contratación colectiva y la libertad sindical parten de un contexto revolucionario, en donde se delinean dos tipos de movimientos, el sindicalismo corporativo y el no alineado al gobierno. Aquel, trajo consigo una libertad sindical a cambio de subordinación y una contratación sindical simulada. Las reformas de 2017 y 2019 a nivel constitucional y legal respectivamente traen consigo figuras como la negociación colectiva, el protocolo para la legitimación de los contratos colectivos, el Centro Federal de Conciliación y Registro Laboral, Constancia de Representatividad, entre otros, así como la transición de la justicia laboral al poder judicial, ello con la finalidad de proteger ciertos derechos básicos colectivos, lo cual, sin duda, redunda en la protección de derechos humanos.

I. Palabras preliminares

Antes de iniciar el tema que pretendo abordar, quisiera dedicar unas breves palabras para la Dra. Patricia Kurczyn Villalobos,[2] quien es una

[1*] Investigador y Coordinador del Área de Derecho Social del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Consultor externo de la OIT y profesor de la Facultad de Derecho de la UNAM.

[2] Palabras publicadas en el sitio del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la

pionera jurista y laboralista mexicana, que a lo largo de su carrera profesional ha logrado combinar una intensa labor de investigación y formación de jóvenes *ius* laboralistas. El libro en homenaje que ahora se prepara, es una merecida manera de agradecer todas sus aportaciones al conocimiento, a la enseñanza y la formación de nuevas generaciones de laboralistas.

La Dra. Kurczyn es una reconocida conferencista y difusora de la cultura jurídica en el país y en el extranjero. Su larga trayectoria como investigadora del Instituto de Investigaciones Jurídicas en la Universidad Nacional Autónoma de México le ha permitido ser testigo de su historia y, formar parte de la generación de mujeres juristas que en el siglo pasado se abrieron camino gracias a su liderazgo, profesionalismo y tenacidad. Que le ha permitido desempeñarse como una comprometida funcionaria universitaria, al haber estado al frente del Posgrado en Derecho de la UNAM y como una excelente funcionaria pública, como lo atestigua su actual labor como Comisionada en el Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales (INAI).

Su obra publicada comprende libros de autoría única reeditados en diversas ocasiones, y un número muy importante de artículos en revistas y capítulos de libros. Entre sus obras más reconocidas, están: *La justicia laboral administración e impartición* (2005); *Las nuevas relaciones de trabajo* (1999) y *Derecho laboral globalizado* (2007). Dirige actualmente la *Revista Latinoamericana de Derecho Social* editada por el Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, desde donde promueve el debate de los problemas contemporáneos del derecho laboral, de la seguridad social y del derecho agrario, así como sus temas de frontera.

Patricia Kurczyn ha sido pionera en la investigación académica sobre los derechos laborales de las mujeres. Como proyecto de vida, profunda convicción y experiencia personal, ha abordado el derecho laboral desde el enfoque de género en sus libros *Derechos de las mujeres*

UNAM: Nuestros Maestros y Maestras. https://www.juridicas.unam.mx/nuestros-maestros-y-maestras.

trabajadoras (2001), y *Acoso sexual y discriminación por maternidad en el trabajo* (2004), ambos publicados por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

Imparte las cátedras de derecho individual del trabajo y derecho colectivo y procesal del trabajo en la Facultad de Derecho de la UNAM y en diversas Instituciones de Educación Superior a nivel licenciatura y posgrado. La Dra. Patricia Kurczyn ha realizado una importante labor de formación y tutoría de estudiantes en los distintos niveles de los estudios universitarios, varios de los cuales realizan ya una destacada labor académica propia. La nueva generación de laboralistas mexicanos no hubiera sido posible sin el apoyo entusiasta y desinteresado que siempre le ha brindado la Dra. Kurczyn a sus becarios, quienes ahora se desempeñan como jóvenes profesores o investigadores en instituciones públicas o privadas. No es exagerado señalar que la Dr. Patricia Kurczyn ha ayudado a inyectar sabia joven al derecho mexicano del trabajo. Quizás, honrando a su vez, a los grandes juristas, que siendo ella una joven becaria en el Instituto de Investigaciones Jurídicas, la motivaron y apoyaron.

Cuenta con una activa participación en asociaciones internacionales y colegios de abogados. Es socia fundadora y ha sido presidenta de la Sociedad Mexicana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (filial de la Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social) los periodos 2009-2012 y 2012-2015. Es miembro de número de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (Silla 14) y de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados.

El Senado de la República Mexicana la ha reconocido en dos ocasiones como idónea para desempeñar cargos públicos de alto rango. Patricia Kurczyn fue designada consejera de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos para los períodos 2002-2007 y 2007-2012, y el 14 de mayo de 2014 fue elegida mediante un proceso de parlamento abierto como Comisionada del Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales (INAI), para

el periodo 2014-2020. Es de subrayarse que durante su paso por todos estos cargos no ha dejado de cultivar la reflexión jurídica ni de producir obra académica relevante.

Aunque ha abordado numerosos temas en el campo del derecho laboral, en años recientes su obra se ha desarrollado también, gracias a su labor desempeñada en la CNDH y el INAI, en otros campos de estudio: los derechos humanos laborales y la transparencia; la rendición de cuentas de los sindicatos y, la protección de datos personales de los trabajadores. Asimismo, a través de sus resoluciones como integrante del órgano garante del acceso a la información, ha influido visiblemente en los debates públicos, abogando por la transparencia sindical y la defensa de los derechos laborales, así como la probidad administrativa y el combate a la corrupción en México.

Sin duda la Dra. Patricia Kurczyn Villalobos ha enriquecido el estudio del derecho laboral en nuestro país a través de un trinomio virtuoso. En primer lugar, explorando temas que no eran objeto de análisis por la comunidad académica, a pesar de su importancia (los derechos de las mujeres y en los recientes años estudiando temas frontera del derecho del trabajo); en segundo lugar, difundiendo el derecho laboral y contribuyendo decididamente a la formación de nuevos y nuevas juristas laboralistas y en tercer lugar, reflejando en su trabajo académico la bondad y la justicia que caracterizan tanto su obra escrita como su calidad humana.

II. Un modelo de contratación colectiva y libertad sindical que necesitaba reformarse

A partir de la Revolución Mexicana se delinearon dos tipos de movimientos sindicales. El primero, de naturaleza corporativa, ligado a los intereses de los grupos políticos triunfantes de dicho movimiento y que hasta ahora ejerce una representación formal y oficial de del movimiento sindical –ejerce el monopolio de la representación obrera en los organismos oficiales–. El segundo, reducido, pero con una postura inde-

pendiente y no subordinada al Gobierno.[3]

El sindicalismo corporativo ha tenido una estrecha relación con las políticas estatales; existiendo una especie de pacto entre los intereses del Estado y los intereses de los líderes sindicales corporativos. Estos últimos, legitimando las políticas públicas de contención obrera y salarial y el Estado actuando de forma paternalista y benevolente hacia el sindicalismo corporativo. En la medida en que los sindicatos se identificaran con los intereses del gobierno, éste era omiso en materia de democracia sindical interna y el manejo de los recursos sindicales. Esta convivencia dio nacimiento a una relación corporativa entre el Estado y el movimiento sindical oficial.[4] La renovación del poder político en México, a partir del año pasado, ha generado un repliegue del sindicalismo corporativo, pero aún es incierto su destino.

El corporativismo sindical mexicano generó dos fenómenos. En primer lugar, un control estatal de la libertad de los sindicatos, a cambio de la subordinación al Gobierno, este no cuestionaba la representatividad de los sindicatos, la falta de libertad sindical interna, así como la ausencia de transparencia y rendición de cuentas tanto del manejo del sindicato como de las cuotas sindicales. En segundo lugar, a una contratación colectiva simulada, sin negociación colectiva.[5]

En materia de libertad sindical, existen dos tendencias en América Latina. Una "abstencionista, en donde a nivel constitucional se reconoce la libertad sindical, y no existe una reglamentación del registro sindical.

---

[3] Robles, Jorge y Gómez, Luis Ángel, *De la autonomía al corporativismo. Memoria cronológica del Movimiento Obrero en México 1900-1980*, México, El Atajo Ediciones, 1995, pp. 169; Trejo Delarbre, Raúl, "Historia del movimiento obrero en México", 1860-1982, pp. 11-87, en Historia del movimiento obrero en América Latina, T. I, IIE-UNAM/Siglo Veintiuno Editores, 1994, México, 412 pp. y, González Casanova, Pablo, *La clase obrera en la historia de México en el primer gobierno constitucional (1917-1929)*, México, Siglo XXI, 1987, p. 227.

[4] Sánchez-Castañeda, Alfredo, "Poder e ideología del sindicalismo mexicano", en *Revista Alegatos*, núm. 81, México, mayo-agosto de 2012, pp. 507-530. http://www.azc.uam.mx/publicaciones/alegatos/pdfs/74/81-09.pdf.

[5] Sánchez-Castañeda, Alfredo, "Futuro de la negociación colectiva en México: De la contratación sin negociación a la negociación con contratación", en González Nicolás, Inés (coord.), *40 años cuarenta respuestas. Ideas para la democratización del mundo del trabajo*, México, Fundación Friedrich Ebert, 2009.

Situación que no ha impedido que se adopten normas protectoras de la vida sindical. Otra, denominada "intervencionista" o "reglamentaria", en donde el Estado a pesar de existir un reconocimiento constitucional a la libertad sindical, regula el nacimiento, vida y extinción de los sindicatos[6]. Llegando, como sucede en México, a controlar discrecionalmente su reconocimiento legal. En muchas ocasiones, los sindicatos han aceptado o tolerado el modelo reglamentario-intervencionista, ya sea porque se trata de organizaciones cooptadas o por que participan en el sistema político dada su cercanía con el partido del gobierno en turno.[7] Como ha sucedido también en México.[8]

En su Ley Federal del Trabajo (LFT), México retomó la noción de contrato colectivo proveniente de Europa continental y no la de negociación colectiva nacida en Inglaterra. Por lo que, en la legislación mexicana no existe propiamente un derecho a la negociación colectiva, sino más bien, la obligación del empleador de celebrar un contrato colectivo; generando una contratación colectiva sin negociación.[9] La negociación colectiva, si bien podría pensarse implícita en la celebración de un contrato colectivo, no tiene raigambre en el derecho laboral mexicano.

[6] Von Potobsky, Geraldo, "Las organizaciones sindicales", en OIT, *Las relaciones colectivas de trabajo en América Latina*, Ginebra, 1981, p. 41-45.

[7] Ermida Uriarte, Oscar, "Origen, característica y perspectivas", en Ojeda Avilés, Antonio y Ermida Uriarte, Oscar, *La negociación colectiva en América Latina*, Valladolid, Madrid, Trotta-Instituto Europeo de Relaciones Industriales, 1993, p. 139.

[8] Sánchez-Castañeda, Alfredo, "Poder e ideología del sindicalismo mexicano", en *Revista Alegatos*, México, núm. 81, mayo-agosto de 2012, pp. 507-530. http://www.azc.uam.mx/publicaciones/alegatos/pdfs/74/81-09.pdf.

[9] En 1891 en su estudio "*The co-operative Movement in Great Britain*" Beatrice Web señalaba que: "…el termino negociación colectiva no se usa a menudo en el lenguaje corriente, pero se está generalizando progresivamente entre empleadores y trabajadores. Dando, evidentemente, la idea muy exacta de la práctica seguida por empleadores y trabajadores de congregarse de vez en cuando para acordar las condiciones de trabajo. En los países de Europa continental la negociación colectiva tiene también una larga historia. Sin embargo, en el Continente, primero se hizo hincapié en el contrato colectivo porque lo que interesaba a los trabajadores, más que establecer un procedimiento de negociación, era obtener un resultado reconocido y aplicado como un contrato legalmente obligatorio. Hoy en día la negociación colectiva forma parte del proceso para llegar a un contrato colectivo. OIT, *La Negociación Colectiva en Países Industrializados con Economía de Mercado*, Ginebra, Suiza, Oficina Internacional de Trabajo, 1974. p. 10.

La expresión "negociación colectiva", no aparecía ni una sola vez en la Constitución ni en la LFT, hasta las reformas de 2017 y 2019, respectivamente. Resulta asombroso que la LFT buscará garantizar condiciones generales de trabajo y el respeto de ciertos derechos básicos en los contratos colectivos, pero no contemplará la necesaria existencia de un procedimiento de negociación colectiva que permita acordar dichos derechos o de mecanismos de fomento de la negociación colectiva para llegar a un contrato colectivo.

Los anteriores fenómenos, explican la necesaria reforma constitucional de 2017 y la reforma legal de 2019. La reforma constitucional de 2017 introduce por primera vez en el artículo 123 las nociones de negociación colectiva, contrato colectivo de trabajo (CCT) y representatividad sindical. Hasta esa fecha ausentes en el derecho del trabajo mexicano. Cien años después de la promulgación de la Constitución mexicana, aparecen por primera vez. No obstante, dicha reforma mandataba modificar la Ley Federal del Trabajo (LFT), lo cual sucedió hasta el primero de mayo de 2019. Es de destacar que la reforma a la LFT cambia la palabra representatividad por legitimidad. Además, como lo mandatan los artículos transitorios de la reforma, se expide también un protocolo para la legitimación de los contratos colectivos (II): Reformas que crean confusiones en su interpretación (III). Por otro lado, el mecanismo para garantizar la representatividad sindical, pareciera que se ha burocratizado, con una autonomía posiblemente cuestionada. (IV).

III. La reforma constitucional y normativa para la consulta y representatividad de los contratos colectivos

La reforma constitucional en materia de consulta y representatividad de los contratos colectivos de trabajo (A). A su vez mandataba reformar la Ley Federal del Trabajo (LFT) para establecer la representatividad de los trabajadores antes y después de negociar un CCT (B). Dada la complejidad de implantación de la reforma, del porque se debe crear un organismo encargado de verificar la legitimidad de los sindicatos y los contratos colectivos, la LFT establece en sus transitorios (C). La

obligación de la Secretaría del Trabajo y de Previsión Social (STPS) de crear un procedimiento de verificación (D).

A. *La reforma constitucional de 2017*

El 12 de febrero de 2017 se reformó el artículo 123 apartado "A" de la Constitución, particularmente las fracciones XVIII, y XXII Bis. La fracción XVIII referente a la licitud e ilicitud de la huelga, ahora añade que cuando se trate de celebrar un CCT, se deberá acreditar que se cuenta con la representación de los trabajadores. Por su parte la nueva fracción XXII Bis señala que los procedimientos y requisitos que establezca la ley para asegurar la libertad de negociación colectiva y los legítimos intereses de trabajadores y patrones deberán garantizar, entre otros, los principios de: a) Representatividad de las organizaciones sindicales, y b) Certeza en la firma, registro y depósito de los contratos colectivos de trabajo.

La reforma establece también que la resolución de conflictos entre sindicatos, la solicitud de celebración de un CCT y la elección de dirigentes debe realizarse con el voto personal, libre y secreto de los trabajadores. Mandata igualmente, en la fracción XX, la creación de un organismo descentralizado encargado del registro de sindicatos y CCT.

B. *Las modificaciones a la LFT de 2019*

El 1º. de mayo de 2019 se publicaron en el Diario Oficial de la Federación las reformas a la LFT en materia de contratación colectiva. El artículo 390 reformado de la LFT establece que el CCT debe celebrarse por escrito y depositarse en el Centro Federal de Conciliación y Registro Laboral (el Centro), organismo que se crea también en mayo de 2019, a partir del mandato constitucional de 2017. Por su parte, el artículo 390 Bis señala que para celebrar un CCT inicial es indispensable que el sindicato obtenga del Centro la Constancia de Representatividad.

A su vez, el artículo 390 Ter señala que, para el registro de un CCT o un convenio de revisión, el Centro debe verificar que su contenido sea aprobado por la mayoría de los trabajadores cubiertos por el mismo a través del voto personal, libre y secreto.

El procedimiento de consulta a los trabajadores implicaría considerar los siguientes tiempos:

1. Una vez acordados con el patrón los términos del contrato colectivo inicial o del convenio de revisión respectivo, el sindicato representativo debe dar aviso al Centro por escrito o vía electrónica, que someterá a consulta de los trabajadores la aprobación del contenido del contrato. El aviso al Centro deberá hacerse con un mínimo de diez días de anticipación a que se realice la consulta. El aviso debe incluir el día, hora y lugar en donde se lleve a cabo la consulta a los trabajadores.
2. El sindicato debe emitir la convocatoria correspondiente, señalando el lugar, día y hora en que debe efectuarse la votación. La convocatoria se emitirá por lo menos con diez días de anticipación a ésta sin que exceda de quince días.
3. Dentro de los tres días hábiles siguientes a la fecha en que se realice la consulta, el sindicato debe dar aviso del resultado de la votación al Centro, a efecto de que el Centro lo publique en su sitio de Internet.
4. No se fija un tiempo determinado para que el Centro declare nula la consulta y ordene su reposición, en caso de detectar inconsistencias en relación con hechos sustantivos del proceso.
5. Las actas de votación son resguardadas durante cinco años para acreditar el cumplimiento a la obligación de consultar a los trabajadores, para efectos de verificación de la autoridad laboral o registral.
6. El sindicato promovente deberá manifestar bajo protesta de decir verdad, que dio cumplimiento a la obligación de consultar a los trabajadores.
7. El Centro *podrá* verificar que el procedimiento de consulta se haya realizado conforme a los requisitos señalados por la LFT.
8. De contar con el apoyo mayoritario de los trabajadores al contenido del acuerdo, se estará a lo siguiente:

a. Para contratos colectivos de trabajo inicial, el sindicato procederá a realizar la solicitud de registro ante la Autoridad Registral conforme a lo previsto en el artículo 390 de la LFT y,
b. Para convenios de revisión o modificaciones del contrato colectivo de trabajo, se estará a lo dispuesto en el artículo 399 Ter, que señala que el convenio de revisión o de modificación del CCT debe celebrarse ante la Autoridad Registral, el Tribunal o el Centro de Conciliación competente según corresponda. Una vez aprobado por la autoridad, surtirá efectos legales.

9. En caso de que el contrato colectivo de trabajo inicial o el convenio de revisión no cuente con el apoyo mayoritario de los trabajadores cubiertos por el mismo, el sindicato podrá:
   a. Ejercer su derecho a huelga, en caso de haber promovido el emplazamiento correspondiente y,
   b. Prorrogar o ampliar el periodo de pre-huelga con el objeto de continuar con la negociación y someter el acuerdo a nueva consulta, observando lo establecido en la fracción V del artículo 927 de esta Ley.

Finalmente, el artículo 400 Bis señala que cada dos años, en la revisión contractual que corresponda, el convenio de revisión del contrato colectivo deberá someterse a la aprobación de la mayoría de los trabajadores regidos por el contrato colectivo, conforme al procedimiento de consulta contemplado en el artículo 390 Ter de la LFT. Lo anterior, conforme a lo dispuesto en el artículo 399 de la LFT relativo a la solicitud de revisión que debe hacerse, por lo menos, sesenta días naturales 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.

Las revisiones contractuales deben depositarse ante el Centro, el cual puede verificar que el contenido del contrato colectivo de trabajo se haya hecho del conocimiento de los trabajadores.

C. *Los Transitorios de la reforma a la LFT de 2019*

El numeral Tercero Transitorio establece el plazo de inicio de funciones del Centro en materia de registro de asociaciones sindicales y contratos colectivos de trabajo, en un plazo no mayor de dos años contados a partir del primero de mayo de 2019.

El numeral Décimo Primero Transitorio, relativo a la legitimación de un CCT, establece que con el fin de cumplir el mandato del artículo 123 Apartado A, fracción XVIII, segundo párrafo y XX Bis (error del Transitorio en comento ya que en realidad es la fracción XXII BIS) de la Constitución y los compromisos internacionales asumidos por el Estado mexicano, los contratos colectivos de trabajo deberán revisarse al menos una vez durante los cuatro años posteriores a la entrada en vigor de la reforma del 1º. de mayo de 2019. El Centro debe verificar que se les haya hecho del conocimiento de los trabajadores el contenido del CCT y que se les haya entregado un ejemplar impreso del mismo por parte del patrón, y que el CCT cuenta con el respaldo de la mayoría de los trabajadores mediante voto personal, libre y secreto. La consulta a los trabajadores se debe realizar conforme al procedimiento establecido en el artículo 390 Ter de la LFT.

Si al término de los cuatro años el CCT no cuenta con el apoyo mayoritario de los trabajadores o se omite realizar la consulta, se tendrá por terminado, conservándose en beneficio de los trabajadores las prestaciones y condiciones de trabajo contempladas en el CCT que no fue revisado, que sean superiores a las establecidas en la LFT, las que serán de aplicación obligatoria para el patrón.

Hasta en tanto no entre en funciones el Centro, la STPS establecerá el protocolo para efectuar la verificación de la consulta a que se refiere el presente Transitorio y dispondrá las medidas necesarias para su instrumentación, dentro de un plazo de tres meses siguientes a la entrada en vigor del presente Decreto. Se señala que la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje tendrá la participación que dicho protocolo le establezca.

D. *El Protocolo para la legitimación de contratos colectivos de trabajo*

El 31 de julio de 2019 se publicó en el DOF el *Protocolo para la legitimación de contratos colectivos existentes*, según dispone el numeral Décimo Primero Transitorio del decreto que reformó la LFT del 10. de mayo de 2019, que señala la obligación de someter a revisión los CCT vigentes, al menos una vez durante los cuatro años siguientes de la reforma.

El objeto del presente Protocolo es establecer las reglas y procedimientos para la legitimación de los contratos colectivos de trabajo existentes a que se refiere el artículo Transitorio Décimo Primero del Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la LFT.

El numeral 17 del Protocolo señala que: *El procedimiento de legitimación de los contratos colectivos de trabajo es independiente de los procedimientos de revisión salarial e integral de dichos contratos ante las Juntas de Conciliación y Arbitraje*.

Dicho Protocolo estará vigente desde del 1º. de agosto del 2019 y hasta el momento en que el Centro Federal de Conciliación y Registro Laboral entre en funciones registrales y de verificación. El Protocolo señala que:

1. El sindicato tiene que avisar a la STPS a efecto de que la dependencia consulte a los colaboradores si la mayoría respalda el CCT, con al menos 10 días hábiles de anticipación al día de la consulta mediante la dirección electrónica: *https://legitimacioncontratoscolectivos.stps.gob.mx*.
2. El sindicato puede realizar el procedimiento de consulta con el acompañamiento de un fedatario público o de una autoridad laboral para verificar el procedimiento de consulta. En este último caso, se deberá confirmar la disponibilidad del día y la hora seleccionada por el promovente, así como al servidor público encargado de la diligencia. Una vez confirmada la disponibilidad de la autoridad laboral, el sindicato emitirá la convocatoria correspondiente. Dicha convocatoria se emitirá por lo menos con diez días hábiles de anticipación a la fecha de la consulta.
3. Si la STPS detecta inconsistencias en la información remitida por el sindicato en su registro, le solicitará que las subsane, apercibiéndolo que, de no hacerlo y proceder con la consulta, ésta se tendrá por no realizada.

4. La representación sindical debe imprimir la convocatoria, las boletas y el acta de votación que se generen desde la citada plataforma.
5. El empleador está obligado a dar facilidades para el desarrollo de la consulta y entregar al personal un ejemplar impreso del CCT con tres días hábiles de anticipación a la consulta, cuando menos. Si no cumple con esta última responsabilidad, el sindicato lo proporcionará, con costo para la empresa y dará vista a la autoridad.
6. La votación debe efectuarse en el día, la hora y el lugar señalados en la convocatoria. Tiene que garantizarse que el sitio de la votación sea accesible a los trabajadores y reúna las condiciones necesarias para que emitan su sufragio, así como los principios de seguridad, transparencia, confiabilidad y certeza respecto de la disposición e instalación de las urnas y, el escrutinio y cómputo de las boletas. Los trabajadores con derecho a voto deben presentarse con una identificación oficial para su registro, y el patrón no puede tener intervención alguna en el proceso.
7. El sindicato tiene que fijar el acta de resultados de la votación en lugares visibles y accesibles en su domicilio y en el edificio del centro de trabajo, así como avisar a la STPS el resultado del proceso, dentro de los tres días hábiles siguientes a que tuvo lugar la votación, a través de la dirección electrónica *https://legitimacioncontratoscolectivos.stps.gob.mx*.
8. Si la STPS descubre irregularidades sustantivas, declarará nula la votación y ésta se podrá reponer.
9. Si aquella dependencia no hace observaciones dentro de los 20 días hábiles siguientes a la fecha en que el sindicato remita el aviso del resultado, el CCT se considerará legitimado.
10. Si el CCT no cuenta con el apoyo mayoritario de los trabajadores, se tendrá por terminado, conservándose en beneficio de estos las prestaciones y las condiciones de trabajo respectivas, y
11. Si un gremio no puede completar el registro a causa del elevado número de empleados que necesita consultar en dos o más entidades federativas o en el transcurso de dos o más jornadas de trabajo, debe hacerlo saber a la STPS mediante el correo electrónico: *reforma.laboral@stps.gob.mx*.

IV. El tránsito de la representatividad a la legitimidad

Un tema previo de pronunciamiento importante en materia de revisión de un CCT tiene que ver con el cambio de la noción de representatividad por legitimidad (A) y de los tiempos diferentes señalados por la LFT y el *Protocolo para la legitimación de contratos colectivos existentes* elaborado por la Secretaría del Trabajo y Previsión Social (B).

A. *De la representatividad a la legitimidad*

Conceptualmente de la reforma constitucional en materia de contratación colectiva, destaca la noción de representatividad, que debería ser el eje rector de la reforma secundaria. Sin embargo, la palabra no aparece en la LFT, pero ahora aparece la noción de legitimación. Lo mismo ocurre en el Protocolo, de donde también se esfuma y se usa la palabra legitimación. Así tenemos a la Constitución que establece que se debe buscarse la representatividad en todo CCT, mientras que la legislación secundaria establece un procedimiento de legitimidad.

Para la Real Académica de la Lengua Española (RAE), la legitimidad implica aquello que es legítimo. Esta palabra se entiende a su vez como lo que es adecuado a los principios y valores de un orden jurídico. De igual manera, parte para la RAE, la representatividad implica la acción de representar, es decir, sustituir a alguien o hacer sus veces, desempeñar su función o la de una entidad. El cambio de una palabra por otra podría considerarse inocuo. Sin embargo:

i. La legitimidad no es electoral o representativa sino provine de la capacidad de los representantes sindicales de mejorar las condiciones de sus agremiados.
ii. Las dos palabras no se pueden entender como sinónimos. Legitimidad implica un procedimiento legal para acreditar que se está de acuerdo con la ley, mientras que la representatividad implica la manifestación real de una persona que encarna a otras.
iii. La representatividad sindical no sólo implica el número de afiliados. En Francia, además de que no hay verificación previa de la

representatividad, existen siete criterios acumulativos para determinarla: el respeto de los valores republicanos; la independencia; la transparencia financiera; una antigüedad mínima de dos años en el espacio profesional o geográfico que cubra el nivel de negociación; la influencia, prioritariamente caracterizada por la actividad o la experiencia en la defensa de los intereses de los trabajadores y no solamente el hacerse conocer como sindicato, los efectivos adherentes y las cotizaciones y, la audiencia electoral establecida según los niveles de negociación.

iv. La noción de representatividad tiene su origen en la Constitución de la OIT de 1919, que menciona a "las organizaciones profesionales más representativas de empleadores o de trabajadores."

v. Uno de los principios fundamentales de la negociación colectiva, según la Constitución, el Comité de Expertos y el Comité de Libertad Sindical de la OIT, es la representatividad sindical.

El Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT considera que *"los criterios en que se inspire la distinción entre organizaciones más o menos representativas tienen que ser de carácter objetivo y fundarse en elementos que no ofrezcan posibilidad de parcialidad o abuso",*[10] *y que "deben existir en la legislación criterios objetivos, precisos y previamente establecidos para determinar la representatividad de una organización de empleadores o de trabajadores, y dicha apreciación no podría dejarse a la discreción de los gobiernos".*[11]

El Comité de Libertad Sindical también ha señalado que para poder determinar la mejor manera posible la representatividad de las organizaciones sindicales es necesario garantizar la imparcialidad y la confidencialidad del procedimiento. Además, ha establecido que la verificación de la representatividad de una organización sindical debería estar a cargo de un órgano independiente e imparcial.[12]

En el contexto mexicano es una lástima que se haya cambiado la pa-

---

[10] Organización Internacional del Trabajo, OIT, "La libertad sindical" - Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT", 5ª ed., Ginebra, 2006, párrafo 347.

[11] *Ibidem,* p. 348.

[12] *Ibidem*, p. 346.

labra representatividad por la de legitimidad, que hace más referencia a estar de acuerdo con la ley. Lo cual, bajo esa perspectiva, ya sucedía antes de la reforma constitucional de 2017 y la legal de 2019.

B. *La obligación constitucional y los tiempos de la legislación secundaria*

La diferencia que se hace entre representatividad y legitimación repercute en la normatividad secundaria, ya que según se ha establecido en la misma, se trata de dos actividades que no necesariamente tienen que realizarse al mismo tiempo. Como se puede observar a continuación, la LFT y el *Protocolo para la legitimación de contratos colectivos existentes* establecen tiempos diferentes y finalidades diferentes.

Desde nuestra perspectiva, tanto el mandato constitucional como las reformas a la LFT establecen que la celebración de un CCT, la revisión de este y la legitimación corren al mismo tiempo, es decir, se realizan en el mismo momento o conjuntamente. En la medida en que un sindicato tiene la obligación de someter a consulta de los trabajadores la aprobación del contenido de un CCT o la revisión o de modificación de este, con un mínimo de 10 días de anticipación a la fecha de la consulta y dentro de los tres días hábiles siguientes avisar al Centro del resultado de la votación para que la publique en su sitio de internet, quien podrá verificar el procedimiento de consulta.

Además, en caso de un convenio de revisión o de modificación de un CCT debe celebrarse ante la Autoridad Registral, el Tribunal o el Centro de Conciliación[13]competente según corresponda y, una vez aprobado por la autoridad, surtirá efectos legales (artículo 399Ter).

Se entiende que quizás se está limitando el tiempo para que un sindicato y una empresa negocien, ya que antes del termino del emplazamiento a huelga, se requieren por trece días; acotando los tiempos de la negociación, las cuales suelen realizarse hasta el último minuto de la fecha de estallamiento de la huelga. Sin embargo, esos son los plazos que fija la LFT. En ese sentido los tiempos implican:

[13] La noción de Centro de Conciliación no existe en la LFT reformada en mayo de 2019.

1. Realización de la consulta con 10 días de anticipación, por lo menos.
2. Tres días hábiles para avisar al Centro del resultado de la consulta.
3. La ausencia de un tiempo determinado para que el Centro verifique el procedimiento.
4. El uso de días naturales para realizar la votación y de días hábiles para notificar a la autoridad.
5. En el caso de la revisión o de modificación del contrato colectivo de trabajo además de celebrarse ante la Autoridad Registral, el Tribunal o el Centro de Conciliación competente según corresponda; se debe esperar la aprobación de la autoridad para que surta efectos legales.

Los tiempos anteriores sin duda, como se acaba de señalar, repercuten con la fecha de término del emplazamiento a huelga. Necesariamente la consulta debería ser diez días antes de dicho estacionamiento e incluso sumarle los tres días hábiles que se requieren para notificar a la autoridad. Además de que no se señala con claridad cuando inicia la vigencia del CCT.

Lo anterior quiere decir que, si un emplazamiento a huelga se establece para el 30 de noviembre, en realidad su límite es el 15 de noviembre, tomando en cuenta los tiempos de la consulta. Lo que resulta más complejo, si se considera que la revisión se debe hacer, según el caso, 60 días naturales (en caso de revisión de condiciones generales de trabajo) o 30 días naturales (en caso de revisión salarial) de la fecha señalada en el CCT o de la fecha de su depósito.

Se debe hacer la revisión por lo menos sesenta días naturales antes:

i. Luego del vencimiento del contrato colectivo por tiempo determinado, si éste no es mayor de dos años;
ii. Luego del transcurso de dos años, si el contrato por tiempo determinado tiene una duración mayor; y
iii. Luego del transcurso de dos años, en los casos de contrato por tiempo indeterminado o por obra determinada.

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 supuesto anterior, quiere decir que los trabajadores y los empleadores tienen en realidad 45 días naturales para negociar la revisión de un CCT.

Cuando se trata de la revisión anual de salarios, la revisión debe hacerse con 30 días naturales de anticipación. Es decir, en términos prácticos los sindicatos y empleadores sólo tienen 15 días para negociar.

En ambos casos, incluso previendo una fecha previa en los CCT, necesariamente el término de la negociación obrero-patronal debe terminar, por lo menos 15 días antes de la fecha señalada para el inicio de la huelga.

Finalmente, destaca que en casos de revisión o de modificación de un contrato colectivo de trabajo, se debe esperar la aprobación de la autoridad para que surta efectos legales, para lo cual no hay un tiempo establecido. Situación que genera incertidumbre jurídica sobre su entrada en vigor.

Por su parte, según el Protocolo, su objeto es establecer las reglas y procedimientos para la legitimación de los CCT a que se refiere el Décimo Primero Transitorio del Decreto de la LFT reformada, que establece que los CCT deberán revisarse al menos una vez durante los cuatro años posteriores a la entrada en vigor de la reforma del primero de mayo de 2019.

Destaca del Transitorio la palabra *revisarse*. El alcance de la palabra en comento según la RAE es ver con atención o cuidado o someter algo a nuevo examen para corregirlo, enmendarlo o repararlo.

Atendiendo al significado de la palabra revisión y que el espíritu de la reforma constitucional es que los contratos colectivos sean representativos, se podría entender que el numeral Transitorio debería desarrollar el procedimiento en los términos establecido en los artículos 390 Bis, 390 Ter y 400 Bis, que no separan la revisión de los contratos colectivos como el acreditar su representatividad.

Sin embargo, el numeral Décimo Primero, relativo a la legitimación de un CCT, separa la revisión del CCT de lo denominado ahora como legitimación. Así lo expresa con claridad el Protocolo al señalar en su

numeral 17 que: *El procedimiento de legitimación de los contratos colectivos de trabajo es independiente de los procedimientos de revisión salarial e integral de dichos contratos ante las Juntas de Conciliación y Arbitraje.*

Esto es, establece que en un período de cuatro años se deberá revisar que un contrato colectivo sea legítimo, sin que la verificación de legitimidad se tenga que hacer con la revisión anual o bianual del contrato colectivo. Puede ser en ese momento o en otro que se verifique el CCT se haya hecho del conocimiento de los trabajadores. Para lo cual los sindicatos tendrán cuatro años para hacerlo.

Sin embargo, el período de revisión de cuatro años puede quedar limitado a dos años, por lo menos, ya que la LFT establece que el Protocolo estará vigente hasta en tanto no entre en funciones registrales y de verificación el Centro Federal de Conciliación y Registro Laboral. Al respecto se debe establece que el numerar Tercero Transitorio establece que el plazo de inicio de funciones del Centro, en materia de registro de asociaciones sindicales y contratos colectivos de trabajo debe ser en un plazo no mayor de dos años. Esto es, el Protocolo podría tener una vigencia de sólo dos años y no de cuatro años, si el Centro entra en funciones en la fecha señalada por el numeral Tercero Transitorio.

En el caso del procedimiento de legitimación que establece el Protocolo, si se hace referencia a una fecha para que el Centro se pronuncie. Si la entidad no hace observaciones dentro de los 20 días hábiles siguientes, a la fecha en que el sindicato remita el aviso del resultado, el CCT se considerará legitimado.

Como se observa el Centro, nuevamente se concentra en la validez o legalidad de la contratación colectiva y olvida que según los órganos de control de la OIT, una contratación con negociación requiere: libertad sindical; plena independencia y autonomía de las partes; carácter libre y voluntario de las negociaciones; libertad para decidir el nivel de negociación; buena fe y lealtad recíproca; protección contra actos de discriminación antisindical; menor injerencia de la autoridad pública; primacía de los trabajadores y empleadores como sujetos en la negociación; una fuerza equiparable entre trabajadores y empleadores. Esto puede im-

plicar la adopción de medidas para proteger y reforzar a la parte más débil; reconocimiento mutuo de la calidad de sujetos habilitados para negociar; que las organizaciones de trabajadores y empleadores estén bien informadas; que los sindicatos sean democráticos y legítimos (las "negociaciones" llevadas a cabo por cúpulas sindicales sin la participación de los agremiados, son negociaciones simuladas); y, que existan organismos y procedimientos que faciliten la negociación colectiva ya sean obligatorios, voluntarios o de mediación y conciliación.[14]

V. Una tutela estatal sindical cercana a la injerencia

La reforma constitucional mandató el tránsito de la justicia laboral al Poder Judicial, hasta entonces competencia del Poder Ejecutivo, a través de la creación de un organismo descentralizado encargado de la conciliación laboral y del registro de sindicatos y contratos colectivos. Además, la reforma crea centros de conciliación locales en cada entidad federativa. Cabe señalar que antes de mayo de 2019 el registro de sindicatos y contratos colectivos se realizaba ya sea a nivel federal o a nivel local.

La reforma a la LFT de mayo de 2019 crea el organismo descentralizado, denominado Centro Federal de Conciliación y Registro Laboral. Se establece que en dos años el Centro Federal de Conciliación y Registro Laboral iniciará sus funciones de registro de sindicatos y contratos colectivos de trabajo. Se establece también que los centros de conciliación y los tribunales locales iniciarán actividades en un plazo máximo de tres años y que en cuatro años el Centro iniciará la tramitación de solicitudes de conciliación al mismo tiempo que los tribunales del Poder Judicial de la Federación inicien su operación. Sin duda, las medidas tomadas por la reforma constitucional tienden a fortalecer la libertad sindical, la libre negociación colectiva y la representatividad auténtica de las organizaciones de trabajadores.

El Estado tiene la responsabilidad de fijar el ordenamiento básico dentro del cual se desarrollarán las negociaciones, y si es necesario de

[14] Gernigon, Bernard, *et al.*, "Principios sobre la negociación colectiva", *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 119, núm. 1, 2000.

hacer respetar dicho ordenamiento, y en reservar a las partes interesadas la responsabilidad primordial de decidir en común, el contenido de los contratos colectivos.[15]

Las instituciones encargadas de contribuir al fomento de la negociación colectiva estudian los problemas generales que se presentan en la materia, preparan códigos de buenas prácticas y aconsejan a las partes en la solución de los problemas particulares con los que se pueden enfrentar. La institución encargada puede ser la Secretaría del Trabajo o un órgano que dependa de dicho ente, pero que cuente con autonomía en sus funciones. Los órganos consultivos con denominaciones como Consejo Económico y Social, Consejo Nacional de Trabajo o Comisión Consultiva de Trabajo, son instrumentos que han permitido fomentar la negociación colectiva. [16]

En cualquier caso, independientemente de la naturaleza del organismo o sistema que se adopte. Es necesario que éste tenga

> *…como objetivo primordial el fomento, portados los medios posibles, de la negociación colectiva libre y voluntaria entre las partes; los interlocutores en la negociación deberían gozar de la mayor autonomía posible dentro del marco legislativo y el mecanismo administrativo que se establezcan en la materia, a los que puedan recurrir por voluntad propia y de común acuerdo, con el fin de facilitar la celebración de un convenio colectivo…*[17]

Sin embargo, las reformas secundarias introducidas en la LFT dejan ver que buscando fomentar la libertad sindical, la negociación colectiva y la representatividad sindical, el Gobierno, a través de las instituciones creadas puede terminar controlándolas. Si bien el Centro Federal de Conciliación y Registro Laboral es un órgano descentralizado con autonomía administrativa y técnica:

---

[15] OIT con la colaboración de P. Windmuller, La Negociación Colectiva en Países Industrializados con Economía de Mercado, Oficina Internacional de Trabajo, Ginebra, 1974, p. 165.

[16] Conferencia Internacional del Trabajo, 66ª. Reunión, Fomento a la negociación colectiva Informe vol. 1, OIT, Ginebra, 1979, p. 35.

[17] Conferencia Internacional del Trabajo, 81ª. Reunión, 1994, *Libertad Sindical y Negociación Colectiva*. Informe III, parte 4B, OIT, Ginebra, 1994, p. 120.

1. De todos los modelos existentes en el mundo. Se optó por hacer una posible copia de la *National Labor Relations Board* (NLRB) de los Estados Unidos de América. Dado que al igual que la NLRB, el Centro Federal de Conciliación y Registro Laboral, realiza conciliación, celebra elecciones sindicales, reconoce sindicatos y otorga idoneidad a los sindicatos como unidades de negociación en vista de celebrar un contrato colectivo. Además, legitima un contrato colectivo negociado por un sindicato, luego de cumplir ciertos requisitos.
2. El Presidente del Centro, va a ser nombrado por el Presidente de la República, a través de una terna propuesta a la Cámara de Senadores. Se podría decir que el Senado lo va a nombrar, pero en realidad es el Presidente quien selecciona a los integrantes de la terna, esto es tiene tres candidatos y al Senado le corresponde la elección de uno de ellos.
3. El Centro si bien es un organismo descentralizado, nace sectorizado a la Secretaría del Trabajo y Previsión Social. Situación que le puede generar cierta dependencia o subordinación al ministro en turno.
4. Su Junta de Gobierno está integrada en su mayoría por representantes de Secretarias de Estado; asemejándose más a un órgano desconcentrado y alejándolo de uno descentralizado.
5. Dado que el Centro pertenece a la Administración Pública, puede dar origen a recursos por la vía administrativa (al contar con facultades no estrictamente laborales), además de los jurisdiccionales; o incluso a recursos híbridos, entorpeciendo y retardando la libertad sindical y la libre negociación colectiva.
6. Si bien antes el registro sindical y de contratos colectivos era formalmente declarativo, pero realmente constitutivo, dado el control del Gobierno, ahora con la reforma el registro de sindicatos y contratos colectivos es eminentemente constitutivo. Un sindicato no existe y un contrato colectivo no es legítimo si no cuenta con el reconocimiento del Centro Federal de Conciliación y Registro Laboral.
7. El Centro Federal de Conciliación y Registro Laboral, va a realizar la misma labor de control sindical que desempeñaba la Secretaría del Trabajo y Previsión Social, en materia de contratos-ley, es decir aquellos contratos que se firman a nivel de rama industrial (labor

que hacía antes la Secretaría en comento, la va a hacer ahora el Centro). A pesar de que los sindicatos interesados hayan acreditado el requisito de mayoría (representen las dos terceras partes de los trabajadores sindicalizados, por lo menos, de una rama de la industria en una o varias entidades federativas, en una o más zonas económicas, que abarque una o más de dichas entidades o en todo el territorio nacional), previamente autorizados por el propio Centro. A juicio del Centro si *es oportuna y benéfica para la industria la celebración del contrato-ley, convocará a una convención a los sindicatos de trabajadores y a los patrones que puedan resultar afectados* (art. 409 de la LFT). No importa acreditar la mayoría en términos de la LFT, lo que finalmente importa es la opinión de la STPS. Además, que es la Secretaría quien conduce la negociación, no los interesados. Su labor de tutela parece más bien intervención.

8. Los Centros de Conciliación Locales creados por la reforma sindical, al depender también del Poder Ejecutivo Estatal, pueden terminar realizando las mismas funciones de control político que hasta el día de hoy vienen desempeñando las Juntas Locales de Conciliación y Arbitraje.

La Constitución mandata la creación de un órgano descentralizado para encargarse del registro de sindicatos y contratos colectivos, pero la reforma a la LFT crea un organismo que no sólo registra, sino que establece también requisitos para reconocer un sindicato o contrato colectivo; en ese sentido, la LFT va más allá del mandato constitucional. Como se puede observar, el Centro Federal de Conciliación y Registro Laboral, termina legitimando tanto un sindicato, una elección sindical y un contrato colectivo. En consecuencia, pareciera que nos encontramos en una paradoja. La libertad sindical y la libre negociación colectiva, con la reforma secundaria quedan bajo la tutela del Gobierno, en el mejor de los casos, o bajo el control estatal, en el peor de los casos, debido a la manera en que es nombrado el titular del Centro, integrado y sectorizado en la Secretaría del Trabajo y Previsión Social que depende del Poder Ejecutivo Federal.

El tema no es menor; buscando la libertad sindical, la representatividad y la libre negociación colectiva, se puede terminar minándola. La reforma legal tiene la buena intención de promover la libertad sindical y la libre contratación colectiva, pero la paradoja es que lo hace eliminándola. Las modificaciones a la LFT son, de alguna manera, un golpe de Estado técnico hacia los sindicatos.

Ningún sindicato es legítimo, ninguna contratación colectiva es representativa, hasta que no demuestren lo contrario, según las nuevas reglas aprobadas en la legislación sindical y hasta que el Centro no la declare, una vez que haya revisado los procedimientos por éste creados. No hay contratación colectiva autentica ni representatividad sindical hasta que el Centro la legitime. Quizás ahí está la transición de una noción jurídica, la representatividad sindical, a una más política, la legitimidad sindical, que diseña, controla y otorga el Centro Federal de Conciliación y Registro Laboral. En el pasado, la legislación laboral se ha caracterizado por las buenas intenciones, pero con malos resultados. La reforma a la legislación secundaria de 2019, como antaño, busca tutelar derechos colectivos, pero podría terminar nuevamente controlándolos.

Bibliografía

CONFERENCIA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, 66ª. Reunión, Fomento a la negociación colectiva Informe, vol. 1, OIT, Ginebra, 1979.

----------, 81ª. Reunión, *Libertad Sindical y Negociación Colectiva*, informe III, parte 4B, OIT, Ginebra, 1994.

ERMIDA URIARTE, Oscar, "Origen, característica y perspectivas", en OJEDA AVILÉS, Antonio y ERMIDA URIARTE, Oscar, *La negociación colectiva en América Latina*, Valladolid, Madrid, Trotta-Instituto Europeo de Relaciones Industriales, 1993.

GERNIGON, Bernard, *et al.,* "Principios sobre la negociación colectiva", *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 119, núm. 1, 2000.

GONZÁLEZ CASANOVA, Pablo, *La clase obrera en la historia de México en el primer gobierno constitucional (1917-1929)*, México, Siglo XXI, 1987.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO con la colaboración de P. Windmuller, La Negociación Colectiva en Países Industrializados con Economía de Mercado, Oficina Internacional de Trabajo, Ginebra, 1974.

----------, *La Negociación Colectiva en Países Industrializados con Economía de Mercado*, Ginebra, Suiza, Oficina Internacional de Trabajo, 1974.

----------, "La libertad sindical" - Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT", 5ª ed., Ginebra, 2006.

ROBLES, Jorge y GÓMEZ, Luis Ángel, *De la autonomía al corporativismo. Memoria cronológica del Movimiento Obrero en México 1900-1980*, México, El Atajo Ediciones, 1995.

SÁNCHEZ-CASTAÑEDA, Alfredo, "Futuro de la negociación colectiva en México: De la contratación sin negociación a la negociación con contratación", en González Nicolás, Inés (coord.), *40 años cuarenta respuestas. Ideas para la democratización del mundo del trabajo*, México, Fundación Friedrich Ebert, 2009.

----------, "Poder e ideología del sindicalismo mexicano", en *Revista Alegatos*, núm. 81, México, mayo-agosto de 2012, http://www.azc.uam.mx/publicaciones/alegatos/pdfs/74/81-09.pdf.

----------, "Poder e ideología del sindicalismo mexicano", en *Revista Alegatos*, México, núm. 81, mayo-agosto de 2012, http://www.azc.uam.mx/publicaciones/alegatos/pdfs/74/81-09.pdf.

TREJO DELARBRE, Raúl, "Historia del movimiento obrero en México", 1860-1982, pp. 11-87, en Historia del movimiento obrero en América Latina, T. I, IIE-UNAM/Siglo Veintiuno Editores, 1994, México.

VON POTOBSKY, Geraldo, "Las organizaciones sindicales", en OIT, *Las relaciones colectivas de trabajo en América Latina*, Ginebra, 1981.

PANORAMA DE LOS DERECHOS HUMANOS LABORALES DE LOS TRABAJADORES DE LA EDUCACIÓN A LA LUZ DE LA REFORMA EDUCATIVA Y SU IMPACTO EN LAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS AUTÓNOMAS DE MÉXICO

Mariano Palacios Alcocer[1*]

SUMARIO. *Resumen.* I. *Introducción.* II. *Evolución de la educación superior*. III. *El caso de México.* IV. *La reforma obradorista*. V. *Conclusiones. Bibliografía.*

Resumen: Las universidades han sido espacios de reflexión crítica, de formación científica y humanística, cuya evolución histórica han permitido ampliar el acceso del conocimiento, inicialmente restringida a la formación religiosa, para lograr reconocer la enseñanza libre y laica en la constitución mexicana de 1917. Este texto ha tenido diversas reformas a lo largo su historia, pero se destaca con gran ímpetu la reforma de 2011, que pone a los derechos humanos como elemento fundamental de la educación, lo que en materia laboral genera un intenso debate sobre las condiciones de los trabajadores en las Universidades cuando existe un enorme pasivo laboral de las universidades públicas y el riesgo crítico sobre la viabilidad financiera de algunas de ellas en el corto plazo. Para lograr solucionar este problema se requiere de un enorme esfuerzo nacional, una férrea voluntad política de los poderes públicos y una seria responsabilidad de las universidades para contar con el apoyo presupuestal suficiente y oportuno para garantizar los derechos humanos laborales de su claustro de profesores.

I. Introducción

Sin duda es un privilegio participar en esta obra colectiva en honor de los 50 años de vida académica de la Dra. María Patricia Kurczyn Villalobos, egresada de nuestra máxima casa de estudios, prolífica inves-

[1*] Exrector de la Universidad Autónoma de Querétaro.

tigadora, docente destacada, comprometida con el estudio del derecho laboral y la seguridad social y ahora dignísima servidora pública baluarte de la transparencia. La agenda nacional plantea diferentes tópicos relevantes y trascendentes para nuestro país, el tema que he decidido abordar es la reforma educativa en su contexto constitucional y legal y su impacto en las universidades públicas autónomas de México.

II. Evolución de la educación superior

El surgimiento de las primeras universidades de occidente durante la Edad Media facilitó el acceso a los llamados Estudios Generales a una incipiente población seglar en materias antes reservadas a la formación religiosa. Cédulas reales y Bulas pontificias autorizan la apertura de centros de enseñanza. La divulgación del Trívium y el Cuadrívium y el ejercicio creciente del pensamiento libre, darían pauta al Renacimiento y la Ilustración.

Fueron entonces las universidades espacios de reflexión crítica, de formación científica y humanística y en no pocos casos, de merecido timbre de orgullo nacional.

Las rivalidades seculares entre reinos y repúblicas encontraron en las universidades los talentos que habrían de defender sus causas. Recuerdo con particular detalle que cuando el Rey de Portugal Dionís crea en 1290 la Universidad de Coímbra prescribe que "perderá el carácter de súbdito de Su Majestad, cualquier portugués que ostente títulos obtenidos en Universidades extranjeras" en clara alusión a los portugueses egresados de Salamanca, a quienes veía con recelo por su proximidad intelectual con el reino vecino de Castilla.

Las universidades estaban destinadas al impulso de todas las ciencias y se opondrían al dogma y al oscurantismo. Muchas de las mentes más lúcidas y visionarias pagarían con sus vidas en el fuego de la inquisición. Galileo Galilei y Giordano Bruno son personajes emblemáticos del asedio a la verdad científica y a la inteligencia humana cultivada.

En el Campo di Fiori de Roma se yergue la escultura de Giordano Bruno y cada día cientos de visitantes le rinden tributo y le ofrecen flores, éstas, jamás alcanzarán el brillo de su pensamiento.

El humanismo de Europa occidental permea a las universidades Iberoamericanas. En Santo Domingo, en Lima y en México, para remitirnos a la parte insular y a las vigorosas culturas Inca y Mesoamericanas, la creación de las universidades abriría nuevos horizontes y forjarían nuevas realidades. La emergencia de criollos y mestizos ilustrados explicará más tarde los movimientos independentistas.

La cédula de Carlos V que crea la Real Universidad de México en 1551 y la inauguración de su cátedra en Derecho "Prima de Leyes Instituta" dio inicio a una fructífera formación de abogados universitarios.

III. El caso de México

La historia de México a través de sus constituciones nos permite una visión jurídica de su devenir político, el tratamiento que los diversos textos fundamentales otorgan a la educación, nos resulta obligado e ilustrativo. No me detendré en la evolución constitucional de la educación mexicana, sino a partir de la Carta de Querétaro de 1917.

Paradójicamente, siendo la nuestra una Constitución rígida, su reformabilidad ha sido tan intensa que registra más de 710 cambios. Durante los primeros 75 años de su vigencia experimentó un poco más de 300 enmiendas y en el último cuarto de siglo supera 350. La tendencia reformista se ha acentuado durante los gobiernos de los Presidentes De la Madrid con 66; Ernesto Zedillo 77; Felipe Calderón 110 y Enrique Peña Nieto con 155 reformas constitucionales[2].

El texto original de 1917 consagró la enseñanza libre y laica, restringió la participación de las corporaciones religiosas y de los ministros de culto. La garantía de gratuidad solo alcanzaba la instrucción primaria.

La primera reforma del Artículo 3 constitucional se publica al inicio del régimen Cardenista en diciembre de 1934[3], se centra en el carácter socialista que tendría el servicio público de la educación y propende al desarrollo de una cultura basada en los principios de la verdad científica.

---

[2] Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Guerrero Galván, Luis René (coord.), *Derechos del pueblo mexicano: México a través de sus constituciones*, 9ª ed., México, Miguel Ángel Porrúa, 2016. p. 15.

[3] *Ibidem*. pp. 364-365.

Doce años después el presidente Miguel Alemán publica la reforma que elimina la educación socialista y plantea que la educación que imparta el Estado tenderá al desarrollo armónico de las potencialidades del individuo con un espíritu de solidaridad internacional en la independencia y la justicia, y será nacional, pública, científica, democrática y laica[4].

Treinta y cuatro años sin alterar su texto, en junio de 1980 el presidente José López Portillo consagra la autonomía universitaria, garantizando la facultad y responsabilidad de gobernarse a sí mismas, para realizar los fines de educar, investigar y difundir la cultura, respetando la libertad de cátedra e investigación y el libre examen y discusión de las ideas[5].

Durante el gobierno del presidente Carlos Salinas de Gortari, el 28 de enero de 1992 se reformó el artículo 3 constitucional en el contexto de la reforma religiosa a los arts. 3, 5, 24, 27 y 130 constitucionales. Al reconocer la personalidad jurídica a las iglesias y sus repercusiones en la educación, les permite tener los bienes necesarios para participar, previa autorización expresa, en los diversos niveles educativos, ajustándose a los planes y programas que establezca la autoridad[6].

Esta reforma no es iniciada por el Ejecutivo sino por diputados y senadores de su partido[7].

Al año siguiente el presidente Salinas de Gortari publica el 5 de marzo una nueva reforma "El Estado promoverá y atenderá todos los tipos y modalidades educativos garantizando el Derecho Universal a la Educación al señalar que todo individuo tiene derecho a recibir educación"[8].

En el año 2002 el presidente Vicente Fox Quesada establece los temas de formación y evaluación docente y crea el Instituto Nacional

---

[4] *Ibidem.* p. 365-366.

[5] *Ibidem*. p. 366.

[6] Idem.

[7] Palacios Alcocer, Mariano, *Las enmiendas constitucionales en materia eclesiástica,* México, Universidad Autónoma del Estado de México, 1994, p. 119-137.

[8] *Ibidem*, pp. 366-367.

para la Evaluación Educativa[9].

Por su parte, el presidente Felipe Calderón Hinojosa incorpora en el 2011 el respeto a los derechos humanos como elemento fundamental de la educación que imparta el Estado. Esta reforma era parte de la trascendente incorporación en el artículo 1° del cambio de paradigma donde la Constitución ya no otorga sino reconoce derechos y establece el principio de convencionalidad *pro homine*. Y un año después los criterios de obligatoriedad de la Educación Básica y Media Superior[10].

Me detengo aquí para advertir que solo algunas de las referidas reformas han centrado su atención en el tema educativo y que otras obedecen a criterio de armonización en relación con enmiendas de gran calado.

La reforma de Lázaro Cárdenas del Río tenía un fuerte contenido ideológico-político al adoptar el modelo socialista de la educación, las escuelas normales rurales, las escuelas prácticas de agricultura o el Instituto Politécnico Nacional, tenían una explicación racional, lógica para dar acceso a los hijos de obreros y campesinos y para formar los técnicos y profesionales que coadyuvaran al desarrollo nacional con un sentido de solidaridad social.

Igualmente lo fue la del presidente Miguel Alemán Valdés en sentido inverso para hacer de la educación una palanca de incorporación al nuevo mundo de la posguerra. Los valores de la solidaridad internacional en la independencia y la justicia o el carácter nacional y democrático de la educación, eran una apuesta ideológica y geopolítica en los nuevos equilibrios globales. México había participado en la Segunda Guerra Mundial y se había incorporado al bando vencedor.

Curiosamente con López Portillo la incorporación de la fracción VIII daba solución a un problema creciente de incertidumbre en torno a las relaciones laborales universitarias. La creación de las agrupaciones y sindicatos de maestros y trabajadores administrativos tomaba distintas posiciones. ¿Era el artículo 123 constitucional el marco adecuado y

[9] *Ibidem*. p. 367.

[10] *Ibidem*. pp.367-368.

suficiente para su normatividad?, ¿Eran las universidades encuadrables en el apartado A?, ¿Sus trabajadores eran equiparables a burócratas? El entonces Rector de la Universidad Nacional Autónoma de México, Guillermo Soberón Acevedo, llegó a sugerir la adición de un apartado C, para atender esta hipótesis. La garantía constitucional de la autonomía fue seriamente cuestionada en los debates parlamentarios por diversos partidos políticos, al considerar que la libertad de cátedra lo sería de enseñanza, con el riesgo "de que se apropien los conservadores de las universidades".

En mi opinión y experiencia de aquellos días, la autonomía fue el argumento noble, el valor superior invocados para resolver el problema de la gobernabilidad político-laboral de las Universidades.

La primera reforma de Carlos Salinas lo fue de armonización con la reforma eclesiástica, no fue reforma educativa aunque sus repercusiones en la materia son enormes.

En cambio, para la educación en la segunda reforma si tiene un propósito marcadamente garantista.

Fox Quesada incorporó en 2002 una reforma educativa planteando formación y evaluación. No así la del 2011 de Calderón que fue una adecuación al tema mayor de los Derechos Humanos, pero la segunda si es reforma educativa trascendente al incorporar la obligatoriedad hasta la educación media superior.

El debate actual se centra en la reforma del 2013[11], refutada por la del año en curso.

La del presidente Enrique Peña Nieto es producto del Pacto por México y tenía entre otros tres objetivos: Garantizar la Calidad de la Educación Básica mediante sistemas de evaluación comparables; Ampliar la matrícula y calidad de la Educación Media y Superior y recuperar la Rectoría en el Sistema educativo, mediante la asignación de plazas por concurso de oposición, al margen de injerencias sindicales.

---

[11] *Ibidem,* pp. 368-369.

Entendía la Calidad como la mejora constante y el máximo logro académico de los educandos, a través de dos instrumentos, el Servicio Profesional docente y el Sistema Nacional de evaluación educativa, coordinado por el Instituto Nacional para la Evaluación de la Educación.

La oposición de diversos actores al sistema de evaluación traía consecuencias administrativas y laborales severas y el señalamiento de ser coercitiva y persecutoria; más laboral que académica, se dijo entonces.

Algunos críticos como Fernando Mejía señalan que dicha reforma fue omisa en incorporar las nuevas tecnologías de la información, que no logró el acceso equitativo de los menos favorecidos, que mantuvo los desequilibrios en el reparto de los fondos federales y que no resolvió el tema de la descentralización educativa de la educación.

Es verdad que los indicadores de resultados comparables de las pruebas PISA[12], ENLACE y EXCALE[13], también aportan argumentos explicativos y el más recurrente y menos atendido es el de la diferencia en los niveles socioeconómicos de los educandos.

Hay alumnos con distintas capacidades y con diversos hábitos de consumo y disponibilidad de recursos para una buena alimentación, así como un creciente consumo de alimentos chatarra que incide en mayor obesidad infantil.

Vale la pena recordar que la oposición del Sindicato Nacional de los Trabajadores de la Educación (SNTE) a la reforma fue contestado con la aprehensión de la Profesora Elba Esther Gordillo en 2013.

IV. La reforma obradorista

Ahora bien, el tema de la Reforma educativa de 2013 fue toral durante la reciente contienda presidencial. La Coordinadora Nacional de los

---

[12] Programa para la Evaluación Internacional de los Estudiantes (PISA por sus siglas en inglés).

[13] El Instituto Nacional para la Evaluación de la Educación desarrolló un Plan General de Evaluación del Aprendizaje a través de los exámenes conocidos como ENLACE (se aplica en las escuelas de educación básica en el país para obtener información diagnosticada a los alumnos sobre temas y contenidos vigentes y EXCALE (Exámenes de la Calidad y el Logro Educativos).

Trabajadores de la Educación (CNTE) exigió su cancelación y lograrlo fue compromiso del entonces candidato a la presidencia Andrés Manuel López Obrador.

Algunas de las características de la reforma de López Obrador, son las siguientes:

a) Una vez concluida la fase de orden constitucional se puede advertir que no refutó ni abrogó sus principios, el cambio es más semántico que de fondo.
b) La calidad deviene en excelencia.
c) El Instituto Nacional para la Evaluación Educativa deriva en un organismo aún por denominar.
d) El Servicio Profesional del Magisterio transita al Sistema de Carrera de Maestras y Maestros.
e) Mantiene el principio de universalidad.
f) Incorpora la educación inicial.
g) Garantiza la rectoría del Estado y la educación que imparta ha de ser obligatoria, universal, inclusiva, pública, gratuita y laica.
h) Prioriza el interés superior de niños, adolescentes y jóvenes en los servicios educativos.
i) Reconoce a los maestros como agentes fundamentales del proceso educativo y su importante contribución a la transformación social y su derecho a un sistema integral de formación, capacitación y actualización con evaluaciones diagnósticas.
j) Establece procesos de selección a los que concurran conocimientos, aptitudes y experiencias.
k) Garantiza el mejoramiento de los planteles educativos, materiales didácticos, infraestructura y entorno favorable.
l) Desagrega los segmentos de alta vulnerabilidad en términos socioeconómicos, regionales, de género, así como a los adultos y en los pueblos y comunidades indígenas con educación plurilinguística e intercultural.
m) Elimina la fracción III que establecía los concursos por oposición y la evaluación obligatoria para garantizar la idoneidad de conocimiento y capacitación.

n) Incluye el derecho a gozar de los beneficios del desarrollo científico y la innovación tecnológica.
o) Finalmente incorpora la fracción X declarando que la obligatoriedad de la educación superior corresponde al Estado y obliga a las autoridades federales y locales a establecer políticas y facilitar medios de acceso a las personas que cumplan los requisitos dispuestos por las instituciones públicas.

En los transitorios, además de derogar y o abrogar las leyes, acuerdos y efectos de la reforma del 2013, pone términos al Congreso para legislar en 180 días las legislaciones secundarias y nombrar con anticipación a los integrantes de la Junta de Gobierno, Consejos Técnico y Ciudadano honorífico.

En 180 días se dará a conocer la estrategia nacional de mejoras de la educación normal, inicial y de inclusión educativa.

Quizá uno de los aspectos mas significativos esté en el contenido del artículo 15 transitorio que obliga a los tres órdenes de gobierno a incluir en sus propuestas los recursos necesarios para dar cumplimiento a la obligatoriedad de la educación superior y el establecimiento de un fondo especial para asegurar a largo plazo su disponibilidad, así como la plurianualidad de la infraestructura.

Tengo la impresión que este transitorio trata de enmendar sin lograrlo una inconsistencia presentada durante el proceso legislativo. Efectivamente la Ley de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria y la propia legislación del Congreso obligan a las Comisiones dictaminadoras a incluir un análisis del impacto presupuestal que implique la aprobación de una iniciativa y a la propia Secretaria de Hacienda a hacer lo propio. Tal requisito se incumplió.

Pero la obligatoriedad del Estado en esta trascendental materia se transfiere a fin de cuentas a las instituciones educativas, quienes fijarán los requisitos de ingreso a los aspirantes y esto requiere claridad financiera.

No se precisa si el fondo será parte de la Ley de Coordinación Fiscal, si será una cuenta intocada a largo plazo, ni mayores criterios de integración y distribución. Ni los medios de defensa que tengan los aspirantes rechazados.

Si las legislaturas tienen un año para adecuar sus legislaciones y el Congreso de la Unión debe emitir en 2020 la Ley de Educación Superior, creo que estamos en un momento apremiante para que las universidades públicas estudien, analicen y propongan las ideas fuerza que requiere la educación superior mexicana del siglo XXI y a la luz de los derechos humanos laborales reconocidos en el ámbito internacional y cada vez mayormente adoptados a la legislación interna.

El proceso de la reforma educativa ha concluido su fase constitucional y ya corren los días para emitir la legislación secundaria e integrar los organismos responsables de su implementación, por lo que deseo compartir algunas preocupaciones al respecto.

1. Debe quedar sin efecto el penoso memorándum del 16 de Abril[14] que obliga el incumplimiento de diversos ordenamientos jurídicos. Las Secretarias de Gobernación, Hacienda y Educación Pública pueden incurrir en responsabilidades y causar graves daños en la educación.
2. Si el dictamen careció del estudio de impacto presupuestal, debe hacerse urgentemente el cálculo del costo de la obligatoriedad de la educación superior, inicial, normal y de inclusión y localizar las fuentes de su financiamiento para incluirlas en el presupuesto de egresos de la Federación. Recordemos que el propio artículo 3 constitucional establece responsabilidad por incumplimiento e infracción a este mandato. Conviene explorar los posibles medios de impugnación a la violación de la parte final de la fracción VII de dicho artículo.
3. Dado que el Ejecutivo debe presentar en septiembre de 2019 los Lineamientos Generales de Política Económica del 2020, y el Congreso aprobar la Ley de Ingresos a más tardar el 15 de noviembre y el Presupuesto de Egresos de la Federación debe quedar aprobado antes del 30 de Noviembre, se corre el grave riesgo de que el presupuesto del año entrante sea un espejo del que está en ejercicio. Deberá pugnarse igualmente claridad en el incremento a los distin-

[14] López Obrador, Andrés Manuel. *"memorándum"*. 16 de abril de 2019, https://lopezobrador.org.mx

tos niveles educativos así como a las diversas entidades federativas.

4. Frente a la amenaza de disminución presupuestal a la educación superior hace falta claridad en torno a la creación de 100 nuevas universidades anunciado por el Ejecutivo, para discutir con seriedad su pertinencia y fuentes de financiamiento.
5. La Ciudad de México debe asumir su responsabilidad en materia educativa a efecto de liberar a la Federación de esa carga y distribuir los recursos entre el resto de las entidades.
6. En defensa del federalismo conviene analizar y corregir la brutal disparidad que las entidades federativas realizan en apoyo a la educación. De igual manera propondría estudiar el debilitamiento creciente de la competencia residual que en materia legislativa experimentan los estados cada vez que se faculta al Congreso de la Unión para legislar en diversas materias.
7. Ante la evidente aversión del Ejecutivo a los Organismos e Instituciones Autónomas, considero que corresponde a las universidades ser ejemplo de responsabilidad y honradez en el manejo de los recursos y en el cumplimiento eficaz de su elevada misión.
8. No puede pasar por alto el enorme pasivo laboral de las universidades públicas, la complejidad de este fenómeno pone en riesgo crítico la viabilidad financiera de algunas en corto plazo. Debe ser responsabilidad de los diversos órdenes de gobierno, de las universidades y de la sociedad mexicana en su conjunto procurar su solución.
9. He sido desde siempre defensor del municipio libre y fui alcalde antes de que se creara el Sistema Nacional de Coordinación Fiscal vigente. A partir de 1992 los ayuntamientos cuentan con, exclusivas e importantes fuentes de ingresos y un volumen creciente de participaciones federales que en muchas ocasiones dilapidan en obras suntuarias. Ha llegado el momento de que asuman su responsabilidad con la educación superior particularmente los más desarrollados.
10. Parece recomendable a todas luces que las consultas sobre la nueva legislación educativa se realicen en parlamento abierto. La conformación numérica de las bancadas muestra que un solo partido político y sus aliados podría tener la votación suficiente para aprobar

la ley. El perfil curricular de los representantes de la nación y el nuevo tono del debate parlamentario seguramente será enriquecido con las ideas y propuestas de los especialistas y los responsables de la conducción de las universidades. Es urgente socializar el valor de la educación pública, de no hacerlo se estaría propiciando el crecimiento de las universidades privadas que con excepciones respetables, frecuentemente carecen de rigor académico, de un claustro de profesores serio y de planteles e instrumentos pedagógicos adecuados. Hay que poner un alto a la defraudación educativa de la que son víctimas en estas escuelas tantos jóvenes mexicanos.

V. Conclusiones

Para reivindicar el valor del derecho en sus aspectos normativos y axiológicos debemos dar la lucha por el estado de derecho, por el respeto a los derechos fundamentales, por el perfeccionamiento del sistema democrático, por la división de poderes, por la forma de estado federal y por el fortalecimiento de la educación pública. Estos principios normativos deben encuadrar nuestra convivencia comunitaria en el pleno goce de las libertades y en el cabal cumplimiento de nuestros deberes.

Es el momento de defender el acceso universal a la educación con adjetivos: que sea de excelencia, universal, democrática, nacionalista, inclusiva, científica, pública, gratuita y laica.

En 1917 solo la educación primaria era obligatoria, hoy la obligatoriedad abarca hasta el nivel superior. Hacer garantizable este derecho implica un enorme esfuerzo nacional, una férrea voluntad política de los poderes públicos y una seria responsabilidad de las universidades que deberán contar con el apoyo presupuestal suficiente y oportuno para hacerlo posible y en el que losderechos humanos laborales de su claustro de profesores sea prevalecido para propiciar su digna labor en su corresponsabilidad en el binomio enseñanza-aprendizaje de la educación.

Las universidades públicas de México hoy tienen un requisito de existencia, el ejercicio responsable de su autonomía y otro de eficacia, la suficiencia económica que sabrán manejar con honradez.

Finalmente considero importante desarrollemos el sentido de *comunidad universitaria*, en términos de mayor interdependencia y comunicación con egresados, maestros trabajadores y alumnos para reconocernos cada vez más como parte de la sociedad.

Bibliografía

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y GUERRERO GALVÁN, Luis René (coord.), *Derechos del pueblo mexicano: México a través de sus constituciones*, 9ª ed., México, Miguel Ángel Porrúa, 2016.

INSTITUTO NACIONAL PARA LA EVALUACIÓN DE LA EDUCACIÓN, "Plan General de Evaluación del Aprendizaje", https://local.inee.edu.mx/index.php/bases-de-datos/bases-de-datos-excale/marcos-de-referencia/95-publicaciones/de-pruebas-y-medicion-capitulos/468-plan-general-de-evaluacion-del-aprendizaje-proyectos-nacionales-e-internacionales.

LÓPEZ OBRADOR, Andrés Manuel, Memorandum 16 de abril de 2019, https://lopezobrador.org.mx.

PALACIOS ALCOCER, Mariano, *Las enmiendas constitucionales en materia eclesiástica*, México, Universidad Autónoma del Estado de México, 1994.

En la actualidad el mundo del trabajo vive tiempos turbulentos debido a un contexto marcado por la globalización, la tecnología, los cambios demográficos y un mercado de trabajo cada vez más volátil, lo que ha impactado en la vida laboral y personal de las y los trabajadores. El nuevo modelo productivo en sus diversas modalidades ha repercutido tanto en los derechos propios del ámbito laboral como en aquellas esferas en la que las personas trabajadoras actúan como ciudadanos, consumidores o simplemente como seres humanos, por lo cual se hace cada vez más necesario la aplicación de un marco normativo sensible a posicionarles no sólo por la actividad que realizan sino como personas, seres con dignidad. En este contexto, los derechos humanos laborales se han convertido en el principal marco de referencia para implementar un modelo en relaciones laborales más justo y eficaz que se ha venido incorporando desde el contexto internacional al sistema jurídico mexicano.

Ante ello, resulta relevante colocar en el centro de estudio las diversas situaciones que pueden afectar a grupos de atención prioritarias como adultos mayores, mujeres en situación de vulnerabilidad, embarazadas, en situación de discapacidad, menores de edad, migrantes, incluso cómo llegan a incidir los distintos contextos como el local o federal y sector público o privado; pues el alcance de tales derechos, como se aborda en este libro, estará determinado por las particularidades de la relación entre los sectores laboral-patronal y a su vez por las generalidades de los principios y marco jurídico gestado en el contexto internacional.

Este libro como un merecido y respetuoso homenaje a la Dra. María Patricia Kurczyn Villalobos, catedrática e investigadora íntegra, cuya trayectoria ha permeado en la comunidad jurídica, se integra con la participación de grandes juristas que han marcado avances paradigmáticos en la ciencia del derecho quienes se enfocan en exponer cómo los derechos humanos laborales impactan en el sistema jurídico mexicano a partir de la reforma constitucional de 10 de junio de 2011, desde el cambio de modelo en el Estado de derecho dada su internacionalización hasta los mecanismos de protección a nivel jurisdiccional y no jurisdiccional para su alcance, por tanto será de utilidad quienes desean pro-

---

UNAM
POSGRADO
Derecho

9 786073 045032

Acerca de:

Coordinadores de la obra



Andrea Cristina Viteri García

Maestra en Derecho por la División de Estudios de Posgrado de la UNAM y Especialista en Derecho Laboral por esta Casa de Estudios. Cuenta con un master en Derechos Humanos por la Universidad Castilla-La Mancha. Es profesora de la División de Estudios de Posgrado con 10 años de experiencia.



Brenda Areli Hernández Arana

Es Maestra en Derecho y Especialista en Derecho Administrativo por la UNAM, ambas con mención honorífica. Actualmente, es Académica de la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho. Diplomada en Feminismo en América Latina, así como en Sistema Interamericano de Justicia.



Carlos Humberto Reyes Diaz

Es doctor en Derecho por la UNAM. Actualmente, es Profesor de Tiempo Completo en el Instituto de Investigaciones Jurídicas. Fue Coordinador del Programa de Posgrado en Derecho de la UNAM (2014-2020). Cuenta con 19 años de experiencia docente de materias del área de Derecho Económico Internacional.

UNAM POSGRADO Derecho