

Revista Internacional y Comparada de

**RELACIONES
LABORALES Y
DERECHO
DEL EMPLEO**

Escuela Internacional de Alta Formación en Relaciones Laborales y de Trabajo de ADAPT

Directores Científicos

Mark S. Anner (*Estados Unidos*), Arturo Bronstein (*Argentina*), Martin Carillo (*Perú*), Lance Compa (*Estados Unidos*), Luis Enrique De la Villa Gil (*España*), Jordi Garcia Viña (*España*), Adrián Goldin (*Argentina*), Ana Virginia Gomes (*Brasil*), Julio Armando Grisolia (*Argentina*), Óscar Hernández (*Venezuela*), María Patricia Kurczyn Villalobos (*México*), Manuel Luque (*España*), Lourdes Mella Méndez (*España*), Antonio Ojeda Avilés (*España*), Barbara Palli (*Francia*), Roberto Pedersini (*Italia*), Rosa Quesada Segura (*España*), Juan Raso Delgue (*Uruguay*), Carlos Reynoso Castillo (*México*), Raúl G. Saco Barrios (*Perú*), Alfredo Sánchez-Castañeda (*México*), Malcolm Sargeant (*Reino Unido*), Michele Tiraboschi (*Italia*), Anil Verma (*Canada*), Marly Weiss (*Estados Unidos*), Marcin Wujczyk (*Polonia*).

Comité de Gestión Editorial

Alfredo Sánchez-Castañeda (*México*)
Michele Tiraboschi (*Italia*)

Comité de Redacción

Graciela Cristina Del Valle Antacli (*Argentina*), Ricardo Barona Betancourt (*Colombia*), Omar Ernesto Castro Güiza (*Colombia*), Maria Alejandra Chacon Ospina (*Colombia*), Silvia Fernández Martínez (*España*), Paulina Galicia (*México*), Helga Hejny (*Reino Unido*), Noemi Monroy (*México*), Juan Pablo Mugnolo (*Argentina*), Martina Ori (*Italia*), Eleonora Peliza (*Argentina*), Salvador Perán Quesada (*España*), Alma Elena Rueda (*México*), Lavinia Serrani (*Italia*), Esperanza Macarena Sierra Benítez (*España*), Carmen Solís Prieto (*España*), Francesca Sperotti (*Italia*), Marcela Vigna (*Uruguay*).

Redactor Responsable de la Revisión final de la Revista

Alfredo Sánchez-Castañeda (*México*)

Redactor Responsable de la Gestión Digital

Tomaso Tiraboschi (*ADAPT Technologies*)

*Coordinador de este número de la Revista Internacional y Comparada de
RELACIONES LABORALES Y DERECHO DEL EMPLEO:*

Dr. Ricardo Barona Betancourt

Docente e Investigador en Derecho Laboral y Seguridad Social

Universidad Externado de Colombia

ÍNDICE

Ricardo Barona Betancourt, *Introducción al número por parte del Coordinador*

Artículos

Raul Saco Barrios, *Perú: Ley que promueve el acceso de jóvenes al mercado laboral y a la protección social*.....**1**

José Claudio Monteiro de Brito Filho, *La discriminación y el trabajo de la mujer en Brasil*.....**32**

Gabriel Acurio Salazar, *Inspección laboral en materia de trabajo infantil en Perú*.....**48**

Adoración Guamán Hernández y Raúl Lorente Campos, *Precarización laboral y beneficio empresarial: estrategias de explotación del nuevo milenio*.....**77**

Jorge Luis Restrepo Pimienta y Rafael Forero Contreras, *Usos y practicas de las técnicas de información y de la comunicación tic's en la enseñanza del derecho del trabajo*.....**95**

Comentarios

María Aurora de la Concepción Lacavex Berumen, Yolanda Sosa y Silva García y Jesús Rodríguez Cebreros, *El empleo juvenil en México. ¿Se regula? ¿Se protege?*.....**107**

Gloria Aurora de las Fuentes Lacavex, *Responsabilidad ambiental de patrones y trabajadores*.....**142**

Ricardo Barona Betancourt, *La salud es un derecho fundamental a partir de la Ley Estatutaria***158**

Reseñas Bibliográficas

Luis Mendoza Legoas, *El Sistema Interamericano de Derechos Humanos y la protección de los derechos humanos laborales*, por Miguel Canessa Montejo. Una reseña.....**180**

Francisco Ramos Moragues, *Tiempo de trabajo y permisos del trabajador por motivos personales y sindicales*, por Carolina Blasco Jover. Una reseña.....**187**

Luz Carolina Llanos Zuluaga, *Los prestadores de servicios de salud*, por Ricardo Barona Betancourt. Una reseña.....**193**

Introducción al número por parte del Coordinador

En este nuevo número de la Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo, vamos a encontrarnos un conjunto de artículos y reseñas bibliográficas de mucho interés y actualidad para los lectores.

En materia de artículos nos encontraremos en primer lugar, con el trabajo de Raul G. Saco Barrios sobre la ley que promueve el acceso de jóvenes al mercado laboral y a la protección social (Ley 30288), que analiza las razones que llevaron a su dación; la exposición de motivos; el contenido de aquella: su objeto, la creación de un “régimen laboral especial temporal”, su ámbito de aplicación, el “contrato laboral juvenil”, los derechos aplicables, la obligación de capacitación a cargo del empleador y los incentivos pertinentes, la afiliación obligatoria del joven trabajador a la seguridad social en salud y a un sistema previsional (público o privado) y la regulación supletoria. Además, se muestra un cuadro comparativo para ilustrar las diferencias entre los derechos o beneficios de los trabajadores del régimen laboral general y los del régimen laboral especial. Por último y con la idea de fijar las bases para un análisis crítico, se sugiere algunas ideas (argumentos en favor y en contra) que podrían orientarlo. Se plantea también una apreciación en perspectiva.

En segundo lugar, José Claudio Monteiro de Brito Filho analiza la discriminación y el trabajo de la mujer en Brasil, que es un texto que discute la discriminación a partir de un grupo vulnerable determinado, en un contexto específico; pero, su objetivo es verificar, en la perspectiva jurídica, las normas brasileñas de protección del trabajo de la mujer. Después de hacer algunas consideraciones iniciales al respecto, presenta las nociones básicas sobre la discriminación y los fenómenos que la originan, bien como presenta los modelos jurídicos para su combate. Continúa discutiendo las normas de protección del trabajo de la mujer, tanto bajo la perspectiva de la represión, como de las medidas de

discriminación positiva. Finaliza con consideraciones finales sobre la temática.

En tercer lugar, Gabriel Acurio Salazar revisa la Inspección laboral en materia de trabajo infantil en Perú, porque, reconoce que el trabajo infantil es un fenómeno complejo y multidimensional del que es difícil separar sus componentes sociales, culturales y económicos, pues en cada país o región está estrechamente vinculado con el entorno social, cultural y económico. Igualmente, señala que la prevención y erradicación del trabajo infantil es un objetivo crucial para todos los países del mundo en su propósito de asegurar los derechos de los niños, niñas y adolescentes, procurar trabajo decente para todos los ciudadanos y cumplir con el primer Objetivo de Desarrollo del Milenio de las Naciones Unidas, que consiste en revertir la pobreza y el hambre. Así pues en el presente artículo se desarrolla el concepto de trabajo infantil, la inspección laboral en materia de trabajo infantil y las diferentes aristas claramente expresado en los compromisos e instrumentos internacionales en todo el mundo, particularmente en los países en vías de desarrollo como el Perú.

En cuarto lugar, Adoración Guamán Hernández y Raúl Lorente Campos analizan la Precarización Laboral y Beneficio Empresarial: Estrategias de Explotación del Nuevo Milenio, tomando como punto de partida que a principios del año 2013, un reportaje emitido en la televisión alemana respecto del funcionamiento de la empresa Amazon mostró las prácticas de gestión de la fuerza de trabajo en las multinacionales de la distribución comercial. Es decir, revisan que hay plantillas de personal muy reducidas, compuestas por trabajadores en su mayoría inmigrantes, salarios muy bajos, ausencia de *benefits*, o incluso persecución de la sindicación, se combinan con el uso generalizado de contratación temporal, la utilización de técnicas de subcontratación u outsourcing y el recurso a las empresas de trabajo temporal (ETTs) para evitar los contratos de duración indefinida. Por tal razón concluyen que el ejemplo de Amazon es idóneo para desarrollar el análisis de estas estrategias empresariales, su grado de compatibilidad con el derecho de la Unión Europea respecto de las empresas de trabajo temporal y su trasposición en los ordenamientos de los Estados miembros así como para plantear una reflexión general sobre la cuestión de la precariedad y su evolución en los últimos años.

En quinto lugar, Jorge Luis Restrepo Pimiento y Rafael Forero Contreras, escriben sobre los usos y prácticas de las técnicas de información y de la comunicación en la enseñanza del derecho del trabajo, planteando que la utilización de las tecnologías de la información y la comunicación en todos los niveles de la enseñanza, en especial en el universitario, supone nuevos retos y oportunidades en los métodos y los procesos de

aprendizaje. De ahí que estas tecnologías constituyan hoy día importantes instrumentos de docencia e investigación del Derecho del Trabajo.

En sexto lugar, María Aurora de la Concepción Lacavex Berumen, Yolanda Sosa, Silva Gracia y Jesús Rodríguez Cebreros, revisan el empleo juvenil en México ¿Se regula? ¿Se protege?, así: El Instituto Nacional de Geografía y Estadística (INEGI) señala que en 2014, en México residían 31.4 millones de jóvenes de 15 a 29 años, representando 26.3% de la población total. La tasa de desempleo de los adolescentes de 15 a 19 años y de los jóvenes de 20 a 24 años es de 9.8 y 9.2%, respectivamente. La población joven aumentó de 1990 a 2014 de 23.9 a 31.4 millones. Los menores, históricamente, se han visto en la necesidad de trabajar. La fracción III, del Artículo 123 constitucional, que prohibía el trabajo a menores de doce años, fue reformada en 1962, elevándose a catorce años. En 2014 se elevó quince años. La Ley Federal del Trabajo (LFT) regula el trabajo de los menores, conservando a la fecha la edad de 14 años. La iniciativa para modificarla para que sea congruente con la Constitución se encuentra en trámite en el Senado. Diversos ordenamientos jurídicos contienen disposiciones referentes a los jóvenes, pero no refieren la generación y tutela del empleo juvenil. Se propone adicionar al Título Sexto de la LFT, Trabajos Especiales, con un Capítulo que se denominaría Trabajo de los Jóvenes o Empleo Juvenil.

En séptimo lugar, Gloria Aurora de las Fuentes Lacavex analiza la responsabilidad ambiental de patrones y trabajadores, indicando que en México las normas laborales tienen su fundamento constitucional en el Artículo 123, Apartado A. La Ley Federal del Trabajo (LFT) inició su vigencia el 1º. de mayo de 1970. Ha sido reformada en 26 ocasiones. La reforma más reciente, 2012, incorporó figuras jurídicas novedosas; entre otras: contrato de capacitación inicial, periodo a prueba; subcontratación. También disposiciones referentes a obligaciones de patrones y trabajadores relativas al cumplimiento de normas oficiales mexicanas (NOM) en materia de seguridad, salud y medio ambiente de trabajo. Los trabajadores únicamente podrán cumplir esta obligación, si los patrones instrumentan las disposiciones de las NOM correspondientes; si no las acatan, procederá el despido, por desobediencia, artículo 47, XI de la LFT. Si los patrones incumplen, procede que los trabajadores rescindan la relación individual de trabajo, con fundamento en el artículo 51, II, VII, y VII de la LFT. Procede también que sean sancionados por la Inspección del Trabajo, pero dado el escaso número de inspectores en el país, es prácticamente imposible que se visiten todos los centros de trabajo y, en su caso, se sancionen, a lo que se suma, el hecho de la LFT no regula de forma específica una sanción pecuniaria por este motivo.

En octavo lugar, Ricardo Barona Betancourt revisa que la salud es un derecho fundamental a partir de la ley estatutaria, es decir, en analiza que la Salud está regulada en la Constitución Política de Colombia, en la ley 100 de 1993, en la ley 1164 de 2007, en la ley 1438 de 2011, en la ley 1608 de 2013 y en la jurisprudencia de la Corte Constitucional; sin embargo, con la expedición de la Ley Estatutaria en Salud, los pacientes, los usuarios, las instituciones prestadoras de servicios de salud, los grupo de práctica profesional, los profesionales independientes, el Ministerio de Salud y Protección Social, la Superintendencia Nacional de Salud, el Ministerio del Trabajo, la Rama Judicial y las entidades de control deben tener en cuenta que la salud es un derecho fundamental.

De otro lado, en materia de reseñas bibliográficas no encontramos con el libro “El Sistema Interamericano de Derechos Humanos y la protección de los derechos humanos laborales”, del profesor Miguel Canessa Montejo, que es un estudio que busca destacar – en palabras del propio autor – “que los derechos humanos laborales en el Sistema Interamericano son un ordenamiento regional debidamente estructurado, que se encuentran protegidos en los procedimientos de control como lo muestran los pronunciamientos de la Comisión Interamericana y de la Corte Interamericana, respectivamente”.

Así mismo, al revisar las reseñas tenemos el libro de Carolina Blasco Jover denominado “Tiempo de trabajo y permisos del trabajador por motivos personales y sindicales”, obra que se divide en dos grandes bloques o partes, el primero, referido al estudio de las licencias que afectan a la esfera personal del trabajador; y, el segundo, relativo a los permisos conferidos por motivos sindicales y de representación.

Finalmente, en materia de reseñas aparece el libro “Los Prestadores de Servicios de Salud”, del autor Ricardo Barona Betancourt, donde se analiza el marco conceptual del derecho a la salud, las normas internacionales, los mecanismos universales, regionales e internacionales (España, Argentina, Perú, México, Ecuador, Chile y Uruguay) de protección y las normas que deben cumplir las instituciones prestadoras de servicios de salud, los grupo de práctica profesional y los profesionales independientes de salud, cuando presenten servicios de salud.

Ricardo Barona Betancourt

Docente e Investigador en Derecho Laboral y Seguridad Social
Universidad Externado de Colombia

Perú: Ley que promueve el acceso de jóvenes al mercado laboral y a la protección social

Raul G. SACO BARRIOS*

RESUMEN: El presente artículo introduce la *Ley 30288, Ley que promueve el acceso de jóvenes al mercado laboral y a la protección social*, promulgada en el Perú a fines del año 2014 y derogada el 28 de enero. Para comprender las razones que llevaron a su dación, se presenta primeramente una síntesis de su “exposición de motivos”. Acto seguido, se expone el contenido de aquella: su objeto, la creación de un “régimen laboral especial temporal”, su ámbito de aplicación, el “contrato laboral juvenil”, los derechos aplicables, la obligación de capacitación a cargo del empleador y los incentivos pertinentes, la afiliación obligatoria del joven trabajador a la seguridad social en salud y a un sistema previsional (público o privado) y la regulación supletoria. Además, se muestra un cuadro comparativo para ilustrar las diferencias entre los derechos o beneficios de los trabajadores del régimen laboral general y los del régimen laboral especial aquí tratado. Por último y con la idea de fijar las bases para un análisis crítico, se sugiere algunas ideas (argumentos en favor y en contra) que podrían orientarlo. Se plantea también una apreciación en perspectiva.

Palabras clave: Trabajadores jóvenes, empleabilidad juvenil, desempleo juvenil, protección social a jóvenes trabajadores, capacitación para el trabajo.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Exposición de motivos. 3. Regulación. 3.1. Objeto de la Ley. 3.2. Creación de un Régimen Laboral Especial Temporal. 3.3. Ámbito de aplicación. 3.4. Contrato laboral juvenil. 3.5. Derechos laborales y de empleo aplicables. 3.6. Capacitación: obligación del empleador e incentivos. 3.7. Seguridad social. 3.8. Regulación supletoria. 4. Cuadro comparativo. 5. Bases para un análisis crítico. 5.1. Argumentos en favor de la Ley. 5.2. Argumentos en contra de la Ley. 6. Perspectiva. 7. Bibliografía.

* Abogado. Profesor ordinario del Departamento Académico de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor en la Academia de la Magistratura. Miembro del Comité Científico de la Revista Internacional y Comparada de RELACIONES LABORALES Y DERECHO DEL EMPLEO. Secretario de Publicaciones de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. rgsaco@pucep.edu.pe

1. Introducción

El 16 de diciembre de 2014 fue publicada la *Ley 30288, Ley que promueve el acceso de jóvenes al mercado laboral y a la protección social*.

Defendida apasionadamente por unos y cuestionada duramente por otros – en una u otra posición, por abogados laboristas, políticos y parlamentarios, gremios empresariales, organizaciones sindicales, representantes estudiantiles y agrupaciones de jóvenes –, ha sido derogada prontamente por la Ley 30300, publicada el 28 de enero de 2015¹. Tuvo, pues, muy corta vigencia²: escasamente, un mes y doce días³.

Entre las fechas de publicación y derogación, el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo dictó la Resolución Ministerial 2-2015-TR del 8 de

¹ La Ley 30300 tiene un artículo único: “Derogase la Ley 30288, Ley que promueve el acceso de jóvenes al mercado laboral y a la protección social”.

² El artículo 109 de la Constitución señala el momento a partir del cual una ley es obligatoria: “La ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial, salvo disposición contraria de la misma ley que posterga su vigencia en todo o en parte”.

³³ En verdad, la Ley 30288 – durante su exiguo vigor – no gozó de aprobación popular: según la “Encuesta Nacional Urbana” elaborada por Ipsos Perú (sistema de muestreo: probabilístico polietápico; muestra: 1208 personas entrevistadas; nivel de representatividad: 75,2% de la población electoral urbana del Perú; fecha de aplicación: del 13 al 16 de enero de 2015; margen de error: \pm 2,8%; nivel de confianza: 95%; universo: hombres y mujeres de 18 años a más) por encargo del diario “El Comercio” y publicada por este, “el 72% de peruanos desaprueba la ley del régimen laboral juvenil, la cual recorta algunos derechos laborales para fomentar la formalización” (*El Comercio*, “Encuesta Nacional Urbana de El Comercio. Un 72% desaprueba la ley del nuevo régimen laboral juvenil”, *El Comercio*, Lima, 18 de enero de 2015, p. A4). Tal rechazo se manifestó en varias marchas y protestas en las calles de Lima y otras ciudades importantes del país; “protestas movilizadas” – las ha denominado el politólogo Carlos Meléndez (“El rechazo a la Ley Laboral Juvenil. El mito del demagogo”, *El Comercio*, Lima, 24 de enero de 2015, p. A24) – que, a la postre, llevaron a la derogación de la ley del régimen laboral juvenil. Incluso antes de publicada pero cuando era ya inminente su promulgación, la Ley 30288 fue bautizada peyorativamente por algún comunicador con la denominación “Ley del Trabajador Pulpín” o “Ley ‘Pulpín’” – en alusión al nombre del néctar de frutas “Pulp”, que, en cajitas triangulares, salió a la venta en el año 2006, y del cual hubo anuncios publicitarios que presentaban niños reclamando su ‘Pulpín’; voz esta que primero empezó a usarse divertidamente entre los jóvenes con connotación diminutiva pero afectuosa, después ligada al término “chibolo” (en el Perú, “niño”) y a la ingenuidad, luego vinculada a personas tontas y aburridas, y por último (a fines del año 2014 y con motivo de la ley en cuestión) con orientación o contenido político (*cf.*: Cheesman, R., “La construcción colectiva de *pulpín*”, *El Comercio*, Lima, 14 de febrero de 2015, p. A10) –, extendida con rapidez gracias a las redes sociales y demás medios de información pública. Quizás sin este “término sintético y despectivo” y que “marca la segregación en diminutivo”, la derogación de la Ley 30288 “no hubiera sido tan simple” (*loc. cit.*).

enero de 2015 (publicada al día siguiente) por la que se dispuso la publicación del proyecto normativo “Reglamento de la Ley No. 30288, Ley que promueve el acceso de jóvenes al mercado laboral y a la protección social”⁴; esto, “a efectos de recibir las sugerencias, comentarios o recomendaciones de empleadores y trabajadores o sus respectivas organizaciones; de entidades públicas o privadas, así como de la ciudadanía en general”⁵.

Pese a la derogación de la Ley 30288 (en adelante, “la Ley”), consideramos de interés referir los diversos aspectos tratados por ella y el proyecto aludido (en adelante, “el Reglamento”)⁶.

2. Exposición de motivos

La Ley se origina en el Proyecto de Ley n. 3942/2014-PE: “Proyecto de ley que promueve el acceso de jóvenes al mercado laboral y a la protección social” (en adelante, “el Proyecto”)⁷, propuesto con carácter de “urgente” por el Presidente de la República mediante comunicación cursada el 5 de noviembre de 2014 al Congreso⁸. Recibida y registrada tal proposición, fue enviada a la Comisión de Trabajo y Seguridad Social “para su estudio y dictamen”. Al transformarse en ley, tuvo muy pocos cambios. Por ello y para mejor comprender e interpretar la Ley, es útil consultar y citar su “exposición de motivos”⁹.

⁴ De acuerdo con el artículo con el artículo 118 inciso 8 de la Constitución, corresponde al Presidente de la República: “Ejercer la potestad de reglamentar las leyes sin transgredirlas ni desnaturalizarlas; y, dentro de tales límites, dictar decretos y resoluciones”.

⁵ Resolución Ministerial 2-2015-TR, artículo 1.

⁶ La Ley puede verse en: <http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/Leyes/30288.pdf>.

El Reglamento puede verse en: http://www.mintra.gob.pe/archivos/file/2015/propuesta_reglamento_ley_juvenil.pdf.

⁷ El Proyecto puede verse en:

[http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/Contdoc02_2011_2.nsf/0/127858400a77bb1905257d880063a73e/\\$FILE/PL0394205112014.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/Contdoc02_2011_2.nsf/0/127858400a77bb1905257d880063a73e/$FILE/PL0394205112014.pdf).

⁸ Entre otros, El Presidente de la República es titular de la iniciativa de ley. En efecto, el artículo 107 (primer párrafo) de la Constitución manda: “El Presidente de la República y los Congresistas tienen derecho a iniciativa en la formación de leyes”.

⁹ Las proposiciones de ley contienen una “exposición de motivos”, donde se expresan “sus fundamentos, el efecto de la vigencia de la norma que se propone sobre la legislación nacional, [y] el análisis costo-beneficio de la futura norma legal, incluido, cuando corresponda, un comentario sobre su incidencia ambiental” (Reglamento del Congreso de la República, artículo 75). Ciertamente, la intención del Legislador se

En síntesis, se procura la inserción de los jóvenes en el mercado laboral formal – la de los que lo harán por primera vez o la de quienes tienen tres o más meses de desempleo – y la protección social – acceso a la seguridad social, por ejemplo – de aquellos mediante el establecimiento de diversos acicates (creación de un régimen laboral especial con menores costos laborales, otorgamiento de incentivos para la primera contratación) que motiven a las empresas a incluirlos en planilla¹⁰; con vistas a permitir el desarrollo continuo de los jóvenes y la mejora de su futuro laboral e ingresos. Todo ello, porque debido a su menor experiencia laboral y formación para el trabajo, los jóvenes de 18 a 24 años ostentan la mayor tasa de desempleo¹¹.

En efecto, los “fundamentos” de la Ley esbozados en la exposición de motivos del Proyecto son los siguientes:

- “Un factor esencial para promover la inserción de los jóvenes en el mercado laboral formal es la creación de incentivos para que las empresas apuesten por su inclusión en planilla”.
- “Dicho objetivo [la promoción de la inserción de los jóvenes en el

manifiesta, entre otras fuentes, a través de las “exposiciones de motivos”, donde los especialistas del Derecho que elaboran los proyectos de leyes “dejan constancia de las razones por las que proponen la norma y sus contenidos específicos. Mientras menos modificaciones sufra el proyecto al convertirse en ley, mayor será la utilidad de esta exposición de motivos” (Rubio Correa, M., *El sistema jurídico. Introducción al Derecho*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú – Fondo Editorial, 2009, p. 248).

¹⁰ En el Perú, se denomina “planilla” a la nómina de personas que prestan servicios a un empleador.

¹¹ El Proyecto mereció prestamente loas y reproches. Entre las primeras, se dijo: “La informalidad laboral y la baja productividad asociada forman una de las principales barreras al desarrollo nacional y a la reducción de la pobreza. La única manera de aumentar el nivel de ingreso de los jóvenes es incrementando su productividad y empleabilidad, pero trabas regulatorias hacen el trabajo formal demasiado costoso y rígido. Así, varias medidas diseñadas para favorecer a los trabajadores perjudican a quienes más apoyo necesitan. [...] Si bien existen aún ciertos aspectos por mejorar y aclarar, el proyecto [que busca facilitar la contratación de jóvenes] es positivo y cumple con promover la contratación de un grupo que se encuentra en especial desventaja. [...] Es hora de empezar a legislar para las mayorías y dejar atrás los cantos de sirena que tanto daño hicieron en el pasado” (Macera, D., “La informalidad laboral. Jóvenes a la obra!”, *El Comercio*, Lima, 17 de noviembre de 2014, p. A28). Entre los segundos, se escribió: “[...] la pregunta que surge en torno a este proyecto es si lo establecido en su texto es la forma correcta de solucionar el tema de la inclusión de los jóvenes en el mercado o es solo la vía más fácil para tratar de enfrentarlo. Si a ello aunamos el hecho [de] que este régimen laboral compite con otros varios, que también fueron concebidos con carácter excepcional pero que en realidad se convirtieron en permanentes, no le vemos mayor futuro, y solamente será una mala señal para los jóvenes” (*Informe Laboral*, “Acceso de jóvenes al mercado laboral”, *Informe Laboral*, Lima, Aele, Vol. XXXIX, n. 346, noviembre 2014, p. 1).

mercado laboral formal] contribuirá [...] a generar un capital humano¹² que genere la competitividad de las empresas y [...] [a] que los jóvenes adquieran competencias y ganen experiencia en el sector formal que les permita[n] mejorar sus condiciones laborales”.

- Con base en la Encuesta Nacional de Hogares (ENAH) del año 2013:

- Se aduce que “[...] los jóvenes de 18 a 24 años tienen la mayor tasa de desempleo [9,2], que supera largamente a [la de] los otros grupos de edad [...]”; con relación a la tasa de desempleo de los adultos [personas de 30 a 65 años de edad, 2,2] específicamente, “debido a su menor experiencia laboral y formación para el trabajo”¹³.
- Se alega que “[...] los jóvenes son quienes menos laboran con contrato de trabajo¹⁴, vale decir, en el sector formal de la

¹² Cuestionamos el uso de la locución “capital humano”: entre otras acepciones y conforme al Diccionario de la Real Academia Española (DRAE), la voz “capital” significa “Hacienda, caudal, patrimonio”, “Conjunto de activos y bienes económicos destinados a producir mayor riqueza”, mientras que “capital humano” denota la “Potencialidad productiva de las personas de una empresa en función de su educación, formación y capacidades” (Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, Madrid, Espasa, 2014, 23ª edición, Edición del Tricentenario); es claro, entonces, que los seres humanos no son “hacienda”, “caudal” o “patrimonio” de la empresa o del empleador, ni un “activo” o “bien económico” asignado a la producción de “mayor riqueza” y, como pretende el Proyecto, “generador de la competitividad empresarial”. Mario Pasco Cosmópolis destacaba el uso del giro “capital humano” “con extrema frecuencia” pero “sin reparar en que consiste un contrasentido”: “En la relación de trabajo, el trabajador no se desprende de un bien para proporcionárselo a otro, sino que aporta su propia persona [...]. Los seres humanos no son capitalizables, ni siquiera el trabajo lo es. Capitalizables podrán ser los frutos, pero el trabajo es inescindible de quien lo realiza, y como tal ni es capitalizable ni es capital. Y si lo fuera, sería del trabajador, no del patrono” (Pasco Cosmópolis, M., “Ética en las relaciones laborales”, en AA.VV., *Homenaje Aniversario de la SPDTSS. Año de las Bodas de Plata*, Lima, Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2013, pp. 82-83).

¹³ “Las tasas de desempleo juvenil [...] no desaparecerán pronto, tienen razones estructurales: tanto en la demografía (la proporción de jóvenes en la población ha comenzado a descender) como por la retención en la educación básica y superior (que ahora es más extensa y tienen mayor cobertura, sobre todo a través de la educación no universitaria)” (*Informe Laboral*, “Acceso de jóvenes al mercado laboral”, *Informe Laboral*, Lima, Aee, Vol. XXXIX, n. 346, noviembre 2014, p. 1).

¹⁴ El artículo 4 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 728, aprobado por el Decreto Supremo 3-97-TR del 21 de marzo de 1997) prescribe: “En toda prestación personal de servicios remunerados y subordinados, se presume la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado. El contrato individual de trabajo puede celebrarse libremente por tiempo indeterminado o sujeto a modalidad. El primero podrá celebrarse en forma verbal o escrita y el segundo en los casos y con los requisitos que la presente Ley establece.

economía [...], son quienes mayor porcentaje [57,28%] representan dentro de los ocupados que laboran sin contrato¹⁵, vale decir, en situación de informalidad”.

- Acerca de la tasa de desempleo según el nivel educativo, se afirma que los jóvenes “cuyas edades fluctúan entre los 18 y 24 años son los que sin importar el nivel educativo, resultan tener una mayor tasa de desempleo [9,3]”.
- A propósito de los ingresos que reciben los jóvenes “sin contrato”, se argumenta que “los jóvenes de 18 a 24 años están alrededor del salario mínimo¹⁶, la diferencia entre el ingreso de los trabajadores jóvenes con secundaria completa respecto a secundaria incompleta es bajo [...], de igual forma no existe gran diferencia entre los jóvenes de educación técnica y secundaria completa [...] por el contrario, la diferencia sí es significativa entre el ingreso de los jóvenes por nivel educativo que son contratados formalmente. En cuanto a los jóvenes que se desempeñan como independientes, los [jóvenes] sin educación secundaria completa tienen remuneraciones muy por debajo de la RMV [remuneración mínima vital]¹⁷ y sus ingresos se incrementan significativamente con el nivel educativo que poseen, pero siguen siendo menores a lo obtenido por los jóvenes dependientes con contrato”.

- Sobre la base de lo anterior, “se resalta que no se debe desincentivar que el trabajador finalice su educación secundaria. Asimismo, se requiere incentivar la contratación formal de jóvenes, [lo] cual incide sustancialmente en el ingreso y futuro laboral del joven”.

También puede celebrarse por escrito contratos en régimen de tiempo parcial sin limitación alguna”. Aunque sea normativa y conceptualmente incorrecto decir «trabajar “con contrato de trabajo”» y «trabajar “sin contrato de trabajo”», es común, en el Perú, utilizar ambas locuciones para aludir: por un lado, a la prestación de servicios (remunerados y subordinados) brindada con o sin la existencia de un documento que recoja el acuerdo de empleador y trabajador respecto a constituir una relación de trabajo; o por otro lado, a dicha prestación, sin la existencia de tal documento y sin que el trabajador haya sido inscrito o registrado en la planilla del empleador. Si lo que se desea es destacar la situación “formal” o “informal” del trabajador dependiente, debiera decirse, respectivamente, “en planilla” o “fuera de planilla”.

¹⁵ *Vid.* nota anterior.

¹⁶ Por Decreto Supremo 7-2012-TR del 16 de mayo de 2012, la remuneración mínima se ha fijado en S/. 750,00 a partir del 1 de junio de 2012. A saber, USD 250,00 (tipo de cambio: S/. 3,00).

¹⁷ En consonancia con la Constitución, la denominación correcta es “remuneración mínima”. En efecto, el artículo 24 (tercer párrafo) de la Constitución señala: “Las remuneraciones mínimas se regulan por el Estado con participación de las organizaciones representativas de los trabajadores y de los empleadores”.

- Los incentivos que se plantean son:

- Menores costos laborales, con la idea de facilitar la contratación de los jóvenes; sin embargo, las partes pueden convenir mejores condiciones “según se establezcan mayores productividades”.
- Alicientes para la “primera contratación”.
- A “los jóvenes que ganen experiencia formal y revelen su productividad, le[s] será más factible acordar mejores condiciones laborales sea con su primer empleador u otro”.

- Por lo expuesto, “la propuesta está dirigida a los jóvenes con mayor problema de inserción que son los que entran por primera vez al mercado laboral o aquellos que tienen un alto período de desempleo (3 meses), a fin de promover el acceso de jóvenes al mercado laboral y a la protección social”.

- En tal entorno:

- A la luz de los principios de “idoneidad” (“que debe tener como lineamiento el Estado para emitir una norma”), de “necesidad” (en el punto, “dada la alta tasa de desempleo de los jóvenes y su baja productividad, no existe un paquete de incentivos que resulte igualmente efectivo y adecuado para que el joven mejore su empleabilidad y obtenga un trabajo de calidad”) y de “proporcionalidad” (también en el punto, “la norma [propuesta] si bien considera limitaciones respecto de los beneficios que podría obtener un joven bajo el régimen laboral general, el Estado persigue el interés general superior que se concreta en lograr que más jóvenes mejoren su empleabilidad, accedan a trabajos de calidad y fortalezcan su calidad de vida”) acogidos por el Tribunal Constitucional¹⁸, y del “objeto de la Ley” (“mejorar la empleabilidad y promover el acceso de los jóvenes al mercado laboral y a la protección social”), se señalan los “incentivos a la contratación de jóvenes sin experiencia en el sector formal”: un “régimen laboral especial para la contratación de jóvenes en el

¹⁸ A propósito de tales “idoneidad”, “necesidad” y “proporcionalidad”, puede verse: Landa Arroyo, C., *Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Recopilación y sistematización de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano que versa acerca de derechos fundamentales*, Lima, Palestra, 2010, pp. 25-26 y 38-41. También, las sentencias del Tribunal Constitucional del 1 de abril de 2005 (expediente No. 48-2004-AI-TC sobre acción de inconstitucionalidad, fundamento 65), del 2 de diciembre de 2005 (expediente n. 30-2004-AI sobre acción de inconstitucionalidad; fundamentos 3, 6 y 9) y del 19 de abril de 2007 (expediente 6626-2006-AA-TC sobre acción de amparo, fundamento 45); todas ellas – previa indicación del número de expediente, año y tipo de acción –, en: http://tc.gob.pe/portal/servicios/tc_consulta_causas.php.

sector formal” e “incentivos para el primer empleo”.

- Se arguye que “se justifica la creación de un régimen laboral especial que tenga como destinatarios a los jóvenes entre los 18 y los 24 años con problemas de inserción, de tal manera que incentive a las empresas a contratar capital humano¹⁹ joven”.
- El régimen es temporal – cinco años – y deberá ser evaluado al cuarto año “con el fin de determinar la pertinencia de su prórroga”²⁰. En este plazo, las empresas se verán motivadas a contratar jóvenes; entonces, estos podrán “adquirir experiencia en el sector formal” y “así enfrentar con mayores herramientas al mercado laboral”.
- La creación de “incentivos” procura motivar “la contratación formal de los jóvenes que no tienen experiencia en el mercado laboral formal” y “la contratación de jóvenes que tienen dificultad de reinserirse al mercado formal, por lo cual atraviesan un período de desempleo de por lo menos tres meses”; y “permite a las empresas contratar jóvenes a un menor costo que el asignado en el régimen laboral general, lo cual permitirá a los jóvenes con mayores dificultades de inserción iniciar su vida laboral en forma [sic] formal”.
- Se sostiene que el régimen “garantiza” el ingreso formal de los jóvenes al mercado laboral²¹.
- Para que la norma “no se desnaturalice”, se precisa un “límite máximo de contratación de hasta 25% de los trabajadores [de la empresa] bajo este régimen”. Se cree, además, que “un porcentaje mayor podría tener un efecto negativo en el empleo de los adultos”.
- La creación del régimen se complementa con un “crédito tributario contra el impuesto a la renta por gasto de capacitación”. A saber, “la capacitación temprana en la vida laboral otorga mayores beneficios en el mediano y largo plazo[s] para el joven y la sociedad”.

Se declara que “los principales beneficiados son los jóvenes [entre 18 y 24 años] que tiene[n] dificultades de inserción laboral, debido a que iniciarán

¹⁹ *Vid. supra*, nota 12.

²⁰ En nuestro país y a propósito del establecimiento de situaciones jurídicas – en principio – “transitorias”, se suele afirmar graciosamente que “lo temporal tiene vocación de permanencia”.

²¹ Nos preguntamos: ¿puede formularse razonablemente tal afirmación?, ¿no es un aserto efectista?, ¿es posible “garantizar” tal suceso?

su vida laboral en forma [sic] formal”, lo cual “le[s] abre mayores posibilidades de seguir una senda de crecimiento continuo”.

3. Regulación

Así fundamentada la Ley, revisemos ahora las normas contenidas en esta según fue publicada: el objeto de la Ley, la creación de un Régimen Laboral Especial Temporal, el ámbito de aplicación, el contrato laboral juvenil (concepto, formalidades, ocupación a desarrollar, duración, reparación por terminación anticipada y desnaturalización), derechos laborales y de empleo aplicables (derechos fundamentales, derechos laborales, bolsa de trabajo), capacitación (obligación del empleador e incentivos), seguridad social y regulación supletoria.

3.1. Objeto de la Ley

La Ley “tiene por objeto mejorar la empleabilidad²² y promover la contratación de jóvenes desocupados para que cuenten con mayores oportunidades de acceso al mercado laboral a través de un empleo de calidad con protección social”²³.

²² De acuerdo con el DRAE, “empleabilidad” significa “Conjunto de aptitudes y actitudes que permiten a una persona conseguir y conservar un empleo”. Por su parte, la “Recomendación sobre el desarrollo de los recursos humanos”, 2004 (n. 195) – adoptada el 17 de junio de 2004 en la 92 reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, realizada en Ginebra – establece, a los efectos de aquella, que “el término *empleabilidad* se refiere a las competencias y cualificaciones transferibles que refuerzan la capacidad de las personas para aprovechar las oportunidades de educación y de formación que se les presenten con miras a encontrar y conservar un trabajo decente, progresar en la empresa o al cambiar de empleo y adaptarse a la evolución de la tecnología y de las condiciones del mercado de trabajo” (artículo 2, inciso d). Conforme al artículo 3.1 del Reglamento, la “empleabilidad” es uno de los “lineamientos” para la promoción del acceso de los jóvenes al mercado laboral, en atención al cual: “El Estado promueve que los jóvenes cuenten con las calificaciones, la experiencia, los conocimientos y las competencias que aumenten su capacidad para conseguir y conservar un empleo, mejorar su trabajo y adaptarse al cambio, elegir otro empleo cuando lo deseen o pierdan el que tenían e integrarse más fácilmente al mercado de trabajo”.

²³ Artículo 1 de la Ley 30288, transcrito textualmente.

3.2. Creación de un Régimen Laboral Especial Temporal

Por tal motivo, introduce un “régimen laboral especial” – al que atribuye un “carácter opcional”²⁴ –, para la contratación de jóvenes por empresas del sector privado y regula, además, los derechos y beneficios laborales concernientes a los “contratos laborales juveniles” celebrados a partir de su vigencia así como el acceso a la protección social.

Este régimen es “temporal”²⁵: se le asigna un “plazo” de “cinco años” desde su entrada en vigencia²⁶.

La Ley determina las “normas mínimas” para la contratación laboral de los jóvenes involucrados en su ámbito de aplicación (*infra* 3). Por negociación colectiva, acuerdo de partes, costumbre o decisión unilateral del empleador, puede establecerse, entonces, derechos o beneficios mayores²⁷. Solo podrán acceder a este régimen las empresas que al tiempo de la contratación no tengan “multas consentidas impagas vigentes”²⁸ por

²⁴ Reglamento, artículo 5: “El régimen especial creado por la Ley tienen carácter opcional, por lo que representa una alternativa de contratación laboral, adicional a los otros regímenes laborales, sin perjuicio de establecer la contratación preferente bajo el ámbito del régimen laboral establecido mediante el TUO del Decreto Legislativo n. 728”. El Reglamento alude aquí a la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 728, aprobado por el Decreto Supremo 3-97-TR del 21 de marzo de 1997), de aplicación en el régimen laboral general.

²⁵ Reglamento: “El régimen laboral especial establecido en la Ley es de carácter temporal con el objeto de incrementar las habilidades y experiencia laboral de los jóvenes, encontrándose posteriormente en una situación de mayor equidad en la trayectoria laboral con respecto al resto de trabajadores” (artículo 3.4). “Temporalidad y evaluación del régimen. El régimen laboral especial creado por la Ley es de naturaleza temporal, cuya vigencia es de cinco (05) años contados a partir de la fecha de entrada en vigencia. El MTPE [Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo] junto con el Ministro [Ministerio de] Economía y Finanzas y el Ministerio de Producción evalúa anualmente la implementación y efectos de la Ley. El MTPE aprueba dicha evaluación mediante Resolución Ministerial” (artículo 8).

²⁶ De no haber sido derogada la Ley, este “régimen especial” habría regido, en consecuencia, hasta el 16 de diciembre de 2019.

²⁷ “Lo característico del derecho laboral es que cada una de esas normas [laborales] marca niveles mínimos de protección. O sea, que nada impide que por encima de esos niveles – que determinan el piso pero no el techo de las condiciones de trabajo – puedan irse aprobando otras normas que mejoren aquellos niveles de protección” (Plá Rodríguez, A., *Curso de Derecho Laboral*, Montevideo, Idea, 2000, Tomo I, Volumen I, *Introducción al Derecho del Trabajo*, p. 42).

²⁸ De acuerdo con el artículo 6.3 del Reglamento, “Esto no es aplicable para los casos de prórroga de contratos vigentes al amparo de la Ley”. Aunque en sentido estricto por “multas consentidas impagas vigentes” estimamos que se trata de multas fijadas en resoluciones administrativas – impuestas por la Inspección del Trabajo – no impugnadas, no pagadas en su integridad ni prescritas; el Reglamento (artículo 6, penúltimo párrafo)

infracciones a la normativa “sociolaboral”²⁹.

Los jóvenes contratados bajo este régimen no pueden exceder del 25% del número total de trabajadores de la empresa.

3.3. **Ámbito de aplicación**

La Ley es aplicable, en todo el territorio nacional, a la contratación laboral de jóvenes entre dieciocho y veinticuatro años, inclusive, con educación completa o incompleta de secundaria o superior técnica o universitaria: que se incorpore por primera vez a la planilla electrónica³⁰ como trabajador; o que a la fecha de contratación, se encuentren desocupados – se considera que una persona está “desocupada” siempre que no haya estado registrada en una planilla electrónica como “trabajador” al menos noventa días calendario, anteriores a la fecha de su contratación –.

Sin embargo, los contratos laborales celebrados con jóvenes antes de la entrada en vigencia de la Ley continúan rigiéndose bajo iguales términos y condiciones, con sujeción a las leyes que regularon su celebración; asimismo, este régimen laboral especial no es aplicable a los “jóvenes trabajadores” contratados bajo el “régimen laboral general” que cesen después de la entrada en vigencia de la Ley y vuelvan a ser contratados por

dispone: “[...] se entiende por multa consentida impaga aquella que ha sido impuesta por la Autoridad de Inspección del Trabajo y que no ha sido cuestionada en el plazo previsto legalmente o que habiendo sido impugnada ha quedado firme en sede administrativa sin que el empleador haya realizado el pago total por dicho concepto en el plazo de ley. El inicio del proceso contencioso administrativo o la interposición de la revisión al amparo de la Ley n. 26979 [Ley de procedimiento de ejecución coactiva] no modifica la presente definición”.

²⁹ Tampoco, “por infracciones derivadas del incumplimiento de las normas que regulan el régimen especial creado por la Ley. Esto no es aplicable para los casos de prórroga de contratos vigentes al amparo de la Ley” (Reglamento, artículo 6.4). Aun cuando comprendemos que la expresión “sociolaboral” (utilizada también por la Ley 28806, Ley General de Inspección del Trabajo, y su Reglamento) procura enfatizar la índole “social” de las normas propias al Derecho del Trabajo, no está registrada en el DRAE y nos parece innecesaria y recargada; consideramos que basta y es más claro y preciso decir normativa “laboral”.

³⁰ En el Perú, se llama “planilla” a la nómina de personas que prestan servicios a un empleador. La “planilla electrónica” se lleva por medios electrónicos. En atención al artículo 3.2 del Reglamento, la “formalidad laboral” – otro de los “lineamientos” para la promoción del acceso de los jóvenes al mercado laboral – aparece vinculada con las “planillas electrónicas”: “El Estado promueve el acceso de los jóvenes a las Planillas Electrónicas como mecanismo de formalización y consecuente acceso a derechos laborales y beneficios sociales”.

el mismo empleador³¹.

3.4. Contrato Laboral Juvenil

3.4.1. Concepto

Según la Ley, el “contrato laboral juvenil” es un contrato sujeto “a plazo determinado” y “a tiempo completo”.

Así definido dicho contrato y como la propia Ley explicita, la empresa no está impedida de contratar en régimen de tiempo parcial (de jornada reducida) a jóvenes que estén cursando estudios de educación secundaria o superior (técnica o universitaria)³².

3.4.2. Formalidades

El contrato laboral juvenil debe constar por escrito y consignar expresamente su duración, las condiciones de la relación laboral y la actividad que el joven desarrollará³³.

Además, el contrato³⁴ debe ser firmado por triplicado: una copia deberá entregarse al joven, antes o al inicio de la prestación de servicios; otra, presentarse a la Autoridad Administrativa de Trabajo dentro de los quince días calendario siguientes a su celebración – para efectos de su conocimiento y registro; la Autoridad Administrativa de Trabajo podrá

³¹ En consecuencia, las empresas están impedidas de utilizar el régimen laboral especial creado por la Ley para contratar a jóvenes que suscribieron contratos de trabajo a plazo fijo antes de la vigencia de esta (Reglamento, artículo 29). Todos estos aspectos, en aplicación – creemos – de la regla de la “condición más beneficiosa” que “supone la existencia de una situación concreta anteriormente reconocida y determina que ella debe ser respetada en la medida que sea más favorable al trabajador que la nueva norma que se ha de aplicar” (Plá Rodríguez, A., *Los principios del Derecho del trabajo*, Buenos Aires, Depalma, 1998, p. 108). *Vid.* también: Plá Rodríguez, A., *Curso...*, *op. cit.*, p. 46.

³² El artículo 4 (tercer párrafo) de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 728, aprobado por el Decreto Supremo 3-97-TR del 21 de marzo de 1997), de aplicación en el régimen laboral general, dispone: “[El contrato individual de trabajo] También puede celebrarse por escrito en régimen de tiempo parcial sin limitación alguna”. Por tal motivo y desde nuestro punto de vista, la contratación de jóvenes en jornada reducida está regulada por las normas propias al régimen laboral general.

³³ Conforme al artículo 19 del Reglamento, el contrato debe referir también la obligación del empleador de proporcionar a los jóvenes capacitación para el trabajo.

³⁴ En rigor, el documento que recoge el acuerdo.

ordenar posteriormente la veracidad de los datos consignados –.

3.4.3. Ocupación a desarrollar

El joven que esté cursando o haya culminado estudios superiores debe desarrollar una ocupación relacionada a su formación.

El joven que esté cursando³⁵ o haya culminado su educación secundaria debe desarrollar una ocupación que incremente su empleabilidad.

3.4.4. Duración

El plazo determinado del contrato laboral juvenil debe ser de por lo menos un año³⁶, con un período de prueba de sesenta días calendario; y puede ser renovado por períodos de, al menos, seis meses³⁷.

Su plazo máximo de duración es de tres años, que incluye las prórrogas celebradas con la misma empresa; esto, siempre que el joven mantenga su edad entre los dieciocho y veinticuatro años inclusive.

3.4.5. Reparación por terminación anticipada

La terminación anticipada del contrato laboral juvenil por decisión unilateral del empleador y sin que exista causa justa³⁸ impone a este el

³⁵ Reglamento, artículo 14: “Promoción de estudios secundarios. A fin de cautelar que los jóvenes con estudios secundarios incompleta continúen con sus estudios, estos jóvenes cuentan con sesenta (60) días calendario posteriores al inicio de su contratación para presentar ante sus empleadores una copia simple de la matrícula realizada en un centro de educación básica autorizado por el MINEDU [Ministerio de Educación]. Esta obligación es actualizada por el joven durante el primer bimestre de cada año escolar, durante el tiempo de vigencia de la contratación bajo el régimen laboral especial creado por la Ley. El contrato de los jóvenes referidos en este artículo, que no cumplan con entregar o actualizar la presentación de la copia simple de la matrícula en el plazo estipulado, será disuelto automáticamente”.

³⁶ Con esto, se asegura una permanencia mínima de los jóvenes en el empleo (*cfr. Informe Laboral*, “Acceso de jóvenes al mercado laboral”, *Informe Laboral*, Lima, AeI, Vol. XXXIX, n. 346, noviembre 2014, p. 1).

³⁷ Reglamento, artículo 3.5: “Estabilidad: “Los contratos deben tener los plazos mínimos que prevé la Ley para que los jóvenes puedan adquirir la calificación profesional así como la experiencia mínima en la posición para la cual fueron contratados”.

³⁸ El artículo 27 de la Constitución dispone: “La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario”. A su vez, el artículo 22 de la Ley de

pago al joven de una reparación de monto equivalente a veinte remuneraciones diarias por cada mes dejado de laborar con un máximo de ciento veinte remuneraciones diarias. Las fracciones de mes se abonan por treintavos.

3.4.6. Desnaturalización³⁹

El contrato laboral juvenil se considera de duración indeterminada, según el régimen laboral que corresponda a la empresa contratante, en los casos siguientes: si el joven continúa laborando después de la fecha de vencimiento del plazo estipulado o de las prórrogas pactadas, si estas exceden del límite máximo permitido (tres años); si el joven sigue laborando luego de cumplidos los veinticinco años de edad; o cuando el joven demuestre la existencia de simulación o fraude⁴⁰.

Productividad y Competitividad Laboral (Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 728, aprobado por el Decreto Supremo 3-97-TR del 21 de marzo de 1997), de aplicación en el régimen laboral general, indica: “Para el despido de un trabajador sujeto al régimen de la actividad privada, que labore cuatro o más horas diarias para un empleador, es indispensable la existencia de causa justa contemplada en la ley y debidamente comprobada. La causa justa puede estar relacionada con la capacidad o con la conducta del trabajador. La demostración de la causa corresponde al empleador dentro del proceso judicial que el trabajador pudiera interponer para impugnar su despido”.

³⁹ Según el artículo 3.6 del Reglamento, la “Legalidad” es también un “lineamiento” para la promoción del acceso de los jóvenes al mercado laboral por el cual “El Estado cautela que el régimen laboral especial creado por la Ley debe cumplirse de manera estricta por lo que cualquier incumplimiento, simulación, fraude o desnaturalización debe ser sancionado”. En tal virtud, los artículos 32 al 35 del mismo Reglamento determinan: las “Medidas para la Inspección del Trabajo” (la atención prioritaria de denuncias, el establecimiento de una unidad especial en la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral – SUNAFIL – para la protección de los derechos laborales de los jóvenes), las “Sanciones por incumplimiento de la Ley” (multas administrativas), las “Sanciones por superar el límite de jóvenes” (la imposición de una multa administrativa sin perjuicio de la continuidad del contrato laboral juvenil, “pasando el joven contratado, a partir de la determinación de la infracción, a gozar de todos los derechos y beneficios sociales del régimen laboral general hasta el término del vencimiento del plazo del contrato”) y el “Incumplimiento de requisitos de contrato” (la empresa que contrata jóvenes pese a contar con multas consentidas es sancionada con una nueva multa administrativa sin perjuicio de la continuidad del contrato laboral juvenil, “pasando el joven contratado, a partir de la determinación de la infracción, a gozar de todos los derechos y beneficios sociales del régimen laboral general hasta el término del vencimiento del plazo del contrato”).

⁴⁰ Reglamento, artículo 16: Inciso d): “[...] Constituyen supuestos de simulación o fraude entre otros, la contratación de trabajadores bajo este régimen especial incumpliendo el límite máximo [...], la prestación de servicios del joven sin un contrato escrito. Así

En este contexto (fraude a la ley), está prohibido el cese de trabajadores⁴¹ sin causa justa, con el fin de sustituirlos, en el mismo puesto y funciones, por jóvenes contratados bajo este régimen laboral especial. El incumplimiento del empleador se considera infracción administrativa muy grave en materia de relaciones laborales.

3.5. Derechos laborales y de empleo aplicables

3.5.1. Derechos fundamentales

Se deben respetar los “derechos laborales fundamentales” de los jóvenes:

- A no ser discriminados por motivo de edad, origen, raza, sexo, idioma, religión o de cualquier otra índole. Tampoco debe discriminarse al remunerar, capacitar, entrenar, promover o despedir al personal⁴².
- A formar parte de sindicatos y a que no se interfiera su derecho a elegir o no elegir y a afiliarse o no afiliarse a organizaciones legalmente establecidas⁴³.
- A gozar de un ambiente seguro y saludable de trabajo, con las debidas medidas de prevención frente a los riesgos laborales de los puestos de trabajo que ocupan⁴⁴.

mismo la falsificación, adulteración o creación de documentos realizadas por la empresa constituyen mecanismos que demuestran la existencia de simulación o fraude a las normas previstas en la Ley”. Inciso e): “También se encuentra desnaturalizado el contrato, cuando exista una discordancia entre la prestación de labores efectivas y lo previsto en el contrato de trabajo”.

⁴¹ Trabajadores cuyos contratos de trabajo estén regulados bajo otros regímenes laborales y sin restricciones de edad (Reglamento, artículo 31).

⁴² De acuerdo con la Constitución: “Toda persona tiene derecho: [...] A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole” (artículo 2 inciso 2). Y: “En la relación laboral se respetan los siguientes principios: [...] Igualdad de oportunidades sin discriminación” (artículo 26 inciso 1). A su vez, el artículo 7 del Reglamento preceptúa: “Condiciones de trabajo aplicables a los jóvenes. En todo lo no contemplado por esta Ley, los jóvenes contratados en virtud de la Ley tienen derecho a recibir el mismo trato y condiciones de trabajo que los demás trabajadores de la empresa que están en las mismas condiciones [...]”.

⁴³ La Constitución prescribe: “El Estado reconoce los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga. Cautela su ejercicio democrático: [...] Garantiza la libertad sindical.” (artículo 28 inciso 1).

⁴⁴ Según la Constitución: “Toda persona tiene derecho: [...] A la paz, a la tranquilidad, al disfrute del tiempo libre y al descanso, así como a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida” (artículo 2 inciso 2). El artículo 3.3 (segundo párrafo) del Reglamento, a propósito de la “protección social”, señala: “[...] es responsabilidad

También, los demás “derechos fundamentales” previstos en la Constitución y tratados de derechos humanos ratificados por el Perú⁴⁵.

3.5.2. Derechos laborales

Este régimen laboral especial comprende:

- Los derechos laborales sobre remuneración mínima; jornada máxima (diaria o semanal) de trabajo⁴⁶, horario de trabajo y horas extras; descansos remunerados (vacacional, en días feriados y semanal) y protección contra el despido injustificado (*supra* 2.4.5.)⁴⁷.

Por cuanto toca específicamente al descanso vacacional, los “jóvenes trabajadores” tienen derecho a quince días calendario de descanso por cada año completo de servicios.

- Los derechos colectivos (a la libertad sindical, a la negociación colectiva y a la huelga).

3.5.3. Bolsa de trabajo

Los “jóvenes trabajadores” son inscritos automáticamente en la “Bolsa de Trabajo de la Ventanilla Única de Promoción del Empleo” del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo.

Tres meses antes del vencimiento de su contrato, esta Bolsa notifica al “joven trabajador” las posibilidades de contratación disponibles según su perfil.

El Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo publica un informe anual sobre el servicio brindado a los jóvenes; especialmente, respecto a la inserción de estos en el mercado laboral.

del Estado promover que las labores desarrolladas por estos trabajadores [los jóvenes] sean prestados en ambientes seguros y saludables”.

⁴⁵ El artículo 3 de la Constitución determina: “La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo [Derechos fundamentales de la persona] no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno”.

⁴⁶ Constitución, artículo 25 (primer párrafo *ab initio*): “La jornada ordinaria de trabajo es de ocho horas diarias o cuarenta y ocho horas semanales, como máximo”.

⁴⁷ El artículo 17 del Reglamento agrega el derecho de los jóvenes contratados bajo el régimen laboral especial a la “participación anual en las utilidades de la empresa”.

3.6. Capacitación: obligación del empleador e incentivos

3.6.1. Obligación del empleador

El empleador tiene la obligación de proporcionar a los jóvenes capacitación para el trabajo⁴⁸ con el objeto de mejorar la formación profesional de estos y sus capacidades para el desarrollo de sus labores, e incrementar su empleabilidad y productividad.

3.6.2. Incentivos

La Ley prevé un “crédito por gastos de capacitación contra el impuesto a la renta” y un “incentivo por primer empleo”:

- *Crédito por gastos de capacitación contra el impuesto a la renta.*

Las empresas que contraten jóvenes bajo este régimen laboral especial tienen derecho a un crédito tributario contra el impuesto a la renta equivalente al monto del gasto de la capacitación de los jóvenes así contratados, siempre que este no exceda del 2% de la planilla anual de trabajadores correspondiente al ejercicio en que se produzca dicho gasto.

Este crédito se aplica en el ejercicio económico en el que se produzca y pague la capacitación, y no generan saldo a favor del contribuyente ni podrán arrastrarse a los ejercicios económicos siguientes. Tampoco otorga derecho a devolución ni puede transferirse a terceros.

- *Incentivo por primer empleo.*

En el caso de las pequeñas y micro empresas⁴⁹, el Estado asume el costo correspondiente al primer año de aportaciones al seguro social en salud de los jóvenes contratados bajo este régimen laboral especial que ingresen por primera vez a una planilla electrónica. A tales efectos, el joven debe

⁴⁸ Con arreglo al artículo 19 del Reglamento, la “capacitación para el trabajo” es “la acción destinada al desarrollo de las competencias laborales de la fuerza de trabajo, a fin de mejorar su empleabilidad [*vid. supra*, nota 22] y facilitar su acceso al mercado laboral” y “debe ser brindada por entidades externas”. A su vez, los artículos 20 al 23 del Reglamento regulan el “inicio de la capacitación del joven”, “la petición de la capacitación” (que el joven propone a su empleador, respecto a capacitarse en función del giro del negocio de la empresa contratante y del puesto que ocupa), “la certificación de los programas de capacitación” (por el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo) y “los certificados de capacitación” (que otorga la entidad capacitadora). La capacitación no podrá durar más de cuatrocientas horas (Reglamento, artículo 25) ni menos de sesenta horas al año (Reglamento, artículos 20 y 25).

⁴⁹ Pequeñas y micro empresas inscritas en el “Registro Especial de la Micro y Pequeña Empresa – REMYPE” (Reglamento, artículo 26).

ser contratado por un año como mínimo.

El costo asumido por el Estado se financia con cargo al presupuesto institucional del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo.

Si el contrato de trabajo termina antes del primer año por decisión unilateral de la empresa, esta debe hacerse cargo de los montos de aportación al seguro social en salud. En tal caso, la empresa debe devolver al Estado las aportaciones abonadas.

3.7. Seguridad social⁵⁰

Los “jóvenes trabajadores”:

- Son afiliados obligatorios al seguro social en salud y, cuando corresponda, al seguro complementario de trabajo de riesgo.
- Deben afiliarse a cualquiera de los regímenes previsionales: al Sistema Nacional de Pensiones o al Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones.

3.8. Regulación supletoria

En todo cuanto la Ley no prevé, es de aplicación supletoria la regulación de los contratos de trabajo sujetos a modalidad establecida en la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 728, aprobado por el Decreto Supremo 3-97-TR del 21 de marzo de 1997).

4. Cuadro comparativo

Creemos conveniente presentar un cuadro comparativo que muestre las diferencias entre los derechos o beneficios de los trabajadores del régimen laboral general y los del régimen laboral “juvenil”. De esta manera, podrá apreciarse fácilmente los derechos o beneficios de los jóvenes involucrados en dicho régimen: reducidos (descanso vacacional, indemnización por despido arbitrario) o inexistentes (asignación familiar, gratificaciones legales, compensación por tiempo de servicios,

⁵⁰ Reglamento, artículo 3.3 (primer párrafo): “Protección social: El Estado fomenta el acceso de los jóvenes y sus familias a la protección social, que incluye la afiliación (aseguramiento) a un sistema de seguridad social en salud, afiliación a un sistema de pensiones y un seguro complementario de trabajo de riesgo, cuando corresponda”.

participación en las utilidades, seguro de vida) respecto a los de los trabajadores del régimen general.

Cuadro 1
Comparación de los derechos o beneficios de los trabajadores en los regímenes laboral general y “juvenil”

	RÉGIMEN LABORAL GENERAL	RÉGIMEN LABORAL ESPECIAL (“JUVENIL”)
Tope de contratación	No.	Sí: 25% del número total de trabajadores de la empresa.
Tipo de contrato	El contrato individual puede celebrarse libremente por tiempo indeterminado o sujeto a modalidad. También puede celebrarse contratos en régimen de tiempo parcial.	El contrato laboral juvenil está sujeto a un plazo determinado y es a tiempo completo. (La empresa puede contratar jóvenes en régimen de tiempo parcial, con sujeción a las normas del régimen laboral general.)
Duración del contrato	Indeterminada o temporal. Los contratos por tiempo indeterminado no tienen un plazo mínimo de duración. Los contratos sujetos a modalidad: No tienen una duración mínima. Tienen una duración	Temporal. Tienen una duración mínima de un año. Tienen una duración máxima de tres años.

	<p>máxima según cuál sea la modalidad utilizada.</p> <p>Si se celebra sucesivamente con el mismo trabajador diversos contratos bajo distintas modalidades, no deben superar en conjunto una duración máxima de cinco años.</p> <p>Pueden ser renovados (sin plazo mínimo).</p>	<p>Puede ser renovado por períodos de, al menos, seis meses.</p>
Período de prueba	Tres meses, prorrogables a seis meses (trabajadores calificados o de confianza) o un año (personal de dirección).	Sesenta días calendario. (Duración improrrogable.)
Remuneración mínima	Sí. (S/. 750,00.)	Sí. (S/. 750,00.)
Jornada máxima (diaria o semanal), horario de trabajo y horas extras	Sí.	Sí.
Asignación familiar	Sí. (10% de la remuneración mínima.)	No.
Gratificaciones legales (por Fiestas Patrias y Navidad)	Sí. (De monto equivalente a la remuneración regular.)	No.
Descansos remunerados (vacaciones, en días feriados, descanso semanal)	Sí. Vacaciones: 30 días calendario por cada año completo de servicios.	Sí. Vacaciones: 15 días calendario por cada año completo de servicios.

Compensación por tiempo de servicios (CTS)	Sí. (Una remuneración computable cada año.)	No.
Participación en las utilidades	Sí.	No. (Según el Reglamento: sí.)
Indemnización por despido arbitrario	Sí: una remuneración y media ordinaria mensual por cada año completo de servicios con un máximo de doce remuneraciones. Las fracciones de año se abonan por dozavos y treintavos según corresponda.	Sí: veinte remuneraciones diarias por cada mes dejado de laborar con un máximo de ciento veinte remuneraciones diarias. Las fracciones de mes se abonan por treintavos.
Capacitación (obligación del empleador)	Sí.	Sí. (Según el Reglamento: no podrá durar más de cuatrocientas horas ni menos de sesenta horas al año.)
Seguro de vida	Sí.	No.
Seguridad social	En salud: sí. El trabajador puede afiliarse a una Entidad Prestadora de Salud (EPS). Seguro complementario de trabajo de riesgo. En pensiones: Sistema Nacional de Pensiones o Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones.	En salud: sí. Seguro complementario de trabajo de riesgo. En pensiones: Sistema Nacional de Pensiones o Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones.

5. Bases para un análisis crítico

Un análisis crítico sobre la Ley escapa a los fines de este trabajo, de carácter principalmente introductorio y descriptivo.

De todos modos, nos permitimos sugerir ciertas ideas que podrían orientar un análisis crítico sobre ella.

Expongamos, entonces, algunos argumentos en favor de la Ley y otros en contra de ella; que el lector acucioso o interesado podrá confrontar objetivamente en serena reflexión con el propósito de fijar sus propias conclusiones sobre el punto.

5.1. Argumentos en favor de la Ley

En primer lugar, importa reconocer la preocupación del Legislador respecto a intentar la inserción de los jóvenes en el mercado laboral formal – tanto de quienes están desempleados durante un tiempo considerable (tres o más meses) como de quienes lograrán emplearse por vez primera –, a protegerlos socialmente (antes que todo, con el acceso a la seguridad social), a fomentar su desarrollo continuo y empleabilidad, y a mejorar su futuro laboral e ingresos.

En segundo lugar, debe relievase la trascendencia que la Ley asigna a la capacitación de los jóvenes en el trabajo con miras a incrementar sus competencias y habilidades, y consecuentemente, su empleabilidad y competitividad; y en paralelo, la productividad en el empleo.

En tercer lugar y en atención a las dos consideraciones precedentes, acaso podría preverse o intuirse la reducción del desempleo de los jóvenes.

En cuarto lugar y sin perjuicio de todo lo anterior, estimamos plausible que el Legislador promueva la culminación de los estudios secundarios del joven trabajador⁵¹.

⁵¹ En el contexto de estas cuatro primeras apreciaciones, se ha afirmado rotundamente que “El nuevo régimen laboral para jóvenes es beneficioso [...]. Su público objetivo son [...] aquellos que no tienen trabajo, por lo que parten de no tener ningún beneficio laboral ni protección social (pensiones, atenciones en salud) para acceder a algunos [...]. En esa medida, esta ley no desmejora derechos, sino que los otorga. Es un avance desde la informalidad total. [...] no hay una reducción de beneficios, sino el otorgamiento de estos a quienes no los tienen. Pero además, el régimen común es una de las causas de la informalidad laboral, [...] a mayor rigidez en la legislación laboral, más informalidad y peores salarios. El nuevo régimen laboral pretende atacar un problema social: el 9,2% de jóvenes de 18 a 24 años se encuentra desempleado, siendo el promedio nacional de desempleo 4,4%. [...] no podemos permitir que [los jóvenes] se frustren sin

En quinto lugar, advertimos el afán del Legislador respecto a atribuir soporte constitucional a la Ley cuando bosqueja o insinúa que esta ha satisfecho el llamado “test de constitucionalidad” (con relación al cumplimiento o satisfacción de los criterios o principios de “idoneidad”, “necesidad” y “proporcionalidad”, mediante juicios de igual denominación); y que, en consecuencia, deducimos nosotros, no afectaría (para aquel) derechos constitucionales (*verbi gratia*, al trabajo, al respeto a la dignidad del trabajador, a la igualdad de oportunidades sin discriminación...)⁵².

En sexto lugar, puede apuntarse la temporalidad del régimen laboral especial para la contratación de jóvenes (cinco años); y la obligación estatal de evaluar sus resultados (al cuarto año) para determinar la pertinencia o impertinencia de su prórroga.

En séptimo lugar, está el carácter opcional del régimen tratado. Así, las empresas pueden decidir libremente contratar jóvenes trabajadores según las reglas del régimen laboral general, más favorable o beneficioso para ellos.

En octavo lugar, indicamos la fijación de un límite máximo de contratación de jóvenes (25% del número total de trabajadores de la empresa) para pretender impedir la repercusión negativa de la Ley sobre la contratación y empleo de trabajadores de más edad.

En noveno lugar, mencionamos la prohibición de acceder al régimen a las empresas infractoras de normas laborales que tengan multas vigentes (consentidas y no pagadas). Evidentemente, ¿si el régimen resulta manifiestamente ventajoso para las empresas, cómo podría facilitárseles la contratación de personal con beneficios reducidos si no cumplen las disposiciones del régimen laboral general?

En décimo lugar, rescatamos la sumisión de la Ley a las reglas de la “norma más favorable” y de la “condición más beneficiosa” del Derecho

empleabilidad. Démosles la oportunidad del primer empleo, en una etapa de transición con algunos derechos laborales para llegar, máximo en tres años, a la calificación laboral suficiente que les garantizará empleos con todos los derechos sociales. Cuanto antes se capaciten y especialicen los jóvenes, más rápido lograremos mejorar la productividad de las empresas y, con ello, la competitividad del país. Si no cambiamos la actual legislación, no cambiaremos el statu quo del mercado laboral” (Herrera Vásquez, R., “Otorgando, no quitando” *El Comercio*, Lima, 19 de diciembre de 2014, p. A28).

⁵² El artículo 29 de la Constitución dispone: “El Estado reconoce el derecho de los trabajadores a participar en las utilidades de la empresa y promueve otras formas de participación”. Como la Ley no consideró tal derecho entre los derechos laborales aplicables en el régimen laboral especial, el Reglamento (artículo 17) lo incluyó. De este modo y a nuestro juicio, pareciera haberse intentado “salvar” cualquier alegación atinente a la inconstitucionalidad de la Ley debido a la falta de reconocimiento de aquel derecho.

del Trabajo: con relación a la primera, porque determina las normas mínimas para la contratación de jóvenes trabajadores; y con relación a la segunda, porque los contratos laborales celebrados con jóvenes antes de la entrada en vigencia de la Ley continúan rigiéndose, bajo iguales términos y condiciones, con arreglo a las leyes que regularon su celebración, y porque este régimen laboral especial no es aplicable a los jóvenes trabajadores contratados bajo el régimen laboral general que cesen luego de la entrada en vigencia de la Ley y vuelvan a ser contratados por el mismo empleador. En undécimo lugar, referimos las imposiciones respecto a que el contrato laboral del joven trabajador esté sujeto a un plazo determinado de un año por lo menos, a que pueda ser renovado por períodos mínimos de seis meses y a que su plazo máximo de duración sea de tres años (con los requisitos que la propia Ley impone, a saber, con inclusión de las prórrogas celebradas con la misma empresa y siempre que el joven trabajador mantenga su edad entre los dieciocho y veinticuatro años inclusive). Con esto, el joven trabajador tiene alguna continuidad en el empleo, traducida en su derecho a la estabilidad laboral durante la vigencia de aquel⁵³; y si el trabajador ha devenido “competitivo” y “productivo”, de alguna manera se induciría también al empleador a contratarlo, al término del contrato temporal “juvenil”, según las disposiciones del régimen laboral general⁵⁴.

En duodécimo lugar, señalamos las normas sobre desnaturalización del “contrato laboral juvenil”. Así, la Ley proyecta evitar o reducir los casos de simulación o fraude⁵⁵.

⁵³ El artículo 79 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 728, aprobado por el Decreto Supremo 3-97-TR del 21 de marzo de 1997), de aplicación en el régimen laboral general, establece: “Los trabajadores contratados conforme al presente Título [De los contratos de trabajo sujetos a modalidad] tienen derecho a percibir los mismos beneficios que por ley, pacto o costumbre tuvieron los trabajadores vinculados a un contrato de duración indeterminada, del respectivo centro de trabajo y a la estabilidad laboral durante el tiempo que dure el contrato, una vez superado el período de prueba”.

⁵⁴ En sentido contrario, se ha alegado: “Las consecuencias inmediatas [de la Ley] están bastante claras: la ley facilitará la contratación de ciertos jóvenes que de otra manera no tendrían cabida en el sector formal. Las más remotas no lo están tanto: ¿querrán las empresas mantener a esos jóvenes en planilla al vencerse sus respectivos contratos dentro de uno, dos o tres años? [...] Para la gran mayoría, nos tememos, la idea de un empleo formal terminará siendo una ilusión pasajera. Si el Gobierno quisiera evitar que eso suceda, debería hacer del nuevo régimen una opción permanente, eliminando el plazo máximo que le ha puesto al contrato laboral juvenil” (Alonso, I., “Ley que promueve el empleo temporal”, *El Comercio*, Lima, 9 de enero de 2013, p. A19).

⁵⁵ A las limitaciones o requisitos a los que aluden las apreciaciones sexta, octava, undécima y duodécima, se las ha denominado coloquialmente “candados” toda vez que

5.2. Argumentos en contra de la Ley

La protección del trabajador es principio y fundamento del Derecho del Trabajo.

Ahora bien, hace más de treinta años, Montenegro Baca explicaba: “En las primeras décadas del siglo XX, tanto en la doctrina como en la legislación comparada se hablaba de un solo tipo de contrato de trabajo. Bien pronto empezó un vigoroso proceso de diferenciación contractual laboral. La realidad socio-económica impuso la necesidad de dictar normas diferentes para diversos contratos individuales de trabajo; no se podía aplicar normas idénticas a los bancarios, empleados de comercio, mineros, ferroviarios, jornaleros, hoteleros, peluqueros, petroleros, trabajadores de frigoríficos, trabajadores de temporada, profesionales liberales, agentes viajeros, deportistas profesionales, aeronavegantes [sic], etc. Se sostuvo, entonces, [...] la imperiosa necesidad de dictar normas específicas para lo que se denominó contratos especiales de trabajo [...]”⁵⁶. Sin embargo, “no son las normas legales específicas las que crean los contratos especiales de trabajo; son los hechos socio-jurídicos singulares los que obligan al legislador a dictar normas *sui generis*, porque si se pretendiese regularlos por las normas que se aplican a otros contratos individuales de trabajo, el trabajador quedaría desprotegido o con una protección poco eficaz”⁵⁷.

Más recientemente, Ágreda ha afirmado que “se puede sostener que el legislador ha decidido sustraer del régimen laboral algunas relaciones de trabajo específicas, las cuales si bien reúnen los elementos necesarios para ser consideradas como tales, contienen particularidades de tal naturaleza que la aplicación del régimen laboral general no sería eficiente. Siendo ello así, se podría definir a un régimen laboral especial como aquel grupo de reglas aplicables a un determinado grupo de trabajadores, en función de diferentes criterios, en donde no se desconoce la existencia de una relación laboral, pero en donde esta ostenta particularidades importantes que requieren ser reguladas de un modo diferenciado, a efectos de [que] la ejecución de los servicios pueda ser realizada eficientemente”⁵⁸.

constituyen cortapisas u obstáculos determinados para evitar abusos o excesos y simulaciones o fraudes en la utilización de la Ley.

⁵⁶ Montenegro Baca, J., *Contratos especiales de trabajo*, Seminario “Bases para una Ley General de Trabajo” (Lima, 30 enero / 3 febrero, 1984), Lima, Instituto de Estudios del Trabajo – CIAT-OIT, 1985, p. 100.

⁵⁷ *Ibid.*, p. 103.

⁵⁸ Ágreda Aliaga, J. O., *Algunas reflexiones sobre las condiciones necesarias para considerar válido un*

Entonces, cabe preguntarse: ¿existen “particularidades” en la prestación de servicios efectuada por trabajadores jóvenes que ameriten una protección “especial”, como ocurre, por ejemplo, con los trabajadores agrarios, con los trabajadores de construcción civil, con los trabajadores mineros, con los trabajadores del hogar, con los artistas, con los deportistas profesionales, etc.?

Además, cuestionémonos: ¿es posible rebajar derechos aplicables a la generalidad de trabajadores para “otorgarlos” a los trabajadores jóvenes so pretexto de “protegerlos” e insertarlos en el mercado laboral formal y mejorar su empleabilidad?

En otras palabras: ¿se trata acaso de una curiosa “desprotección” con el objeto de la real y efectiva “protección” de los trabajadores jóvenes?, ¿se puede reducir derechos para “proteger” a los trabajadores jóvenes, inducir su contratación formal e inclusión en planillas y procurarles un empleo?

De todos modos: ¿un empleo así logrado, con derechos o beneficios o condiciones disminuidos, no afecta o lesiona la norma constitucional sobre “igualdad de oportunidades sin discriminación”⁵⁹?, ¿existe acaso una circunstancia, consideración o situación objetiva que justifique la diferenciación entre el común de los trabajadores – “con todos sus derechos” – y los trabajadores jóvenes – “con derechos menguados” –?⁶⁰

régimen laboral especial, IV Congreso Nacional SPDTSS. Retos del Derecho del Trabajo Peruano: Nuevo proceso laboral. regímenes especiales y seguridad y salud en el trabajo, Lima, Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2010, p. 634.

⁵⁹ El artículo 26 inciso 1 de la Constitución ordena: “En la relación laboral se respetan los siguientes principios: 1. Igualdad de oportunidades sin discriminación. [...]”. Sin embargo, se ha sostenido que «tampoco tendría mucho sentido decir que quienes protestan lo hacen porque, al tratarse [la Ley] de un régimen especial que se aplicaría solo a un grupo, esta viola su derecho a la “igualdad”. ¿Acaso la enorme mayoría de los jóvenes peruanos que trabajan en la informalidad no están ya de facto en un régimen “especial”: aquel que no les concede ni uno solo de los derechos que manda la ley? ¿O es que uno puede limpiamente clamar por derecho a la “igualdad” solo cuando mira para arriba o para el costado, ignorando olímpicamente tan bonito valor cuando mira a los que están debajo (en este caso, los informales) o, simplemente, cuando no los mira?» (*El Comercio*, “Los que no marchan”, *El Comercio*, Lima, 18 de enero de 2015, Editorial, p. A28).

⁶⁰ Como expone Luz Pacheco, “Los regímenes especiales laborales son compatibles con el orden constitucional cuando se respetan los derechos fundamentales en ella reconocidos: este es el mínimo indispensable para su vigencia. En el caso que un régimen especial otorgue menores derechos que los reconocidos al resto de los trabajadores esas disposiciones solo serán válidas en la medida en que sean temporales y se ordenen a lograr la plena equiparación de derechos en el futuro. [...] Por un principio de seguridad jurídica es indispensable que el Estado regule adecuadamente los regímenes laborales especiales, porque el desarrollo económico no se puede hacer a costa del desarrollo social, ya que el fin del Estado no es la productividad ni la generación de riqueza sino la

Desde otro punto de vista: ¿es legítimo el incremento de la productividad de las empresas conseguido con detrimento de los derechos o beneficios laborales?⁶¹

A nuestro juicio, todas estas cuestiones perfilan el eje central alrededor del cual debieran girar los diversos aspectos concernientes a la contratación laboral de los trabajadores jóvenes. Cualesquiera respuestas o cavilaciones acerca del hecho o fenómeno social “trabajo de los jóvenes” no debieran considerar única y exclusivamente razonamientos economicistas; de lo contrario, el Derecho del Trabajo se vería seriamente afectado y hasta “achicado”⁶² – afectado respecto a los principios que lo informan o inspiran u orientan y “achicado” respecto a las normas que engloba el Derecho Individual del Trabajo (cuyo objeto principal es la relación o contrato individual de trabajo⁶³) –, y desplazado, en beneficio –

defensa de la dignidad de las personas” (Pacheco Zerga, L., *La legitimidad constitucional de los regímenes laborales especiales*, IV Congreso Nacional SPDTSS. Retos del Derecho del Trabajo Peruano: Nuevo proceso laboral. regímenes especiales y seguridad y salud en el trabajo, Lima, Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2010, pp. 814-815).

⁶¹ “[...] nos dicen que con este nuevo régimen [laboral para los jóvenes] se pretende un incremento de la productividad, pero, claro, no señalan que se trata de lo que la academia califica como espuria, porque no se origina en una mejora de la calidad de la mano de obra, sino en la reducción de estándares laborales” (Villavicencio Ríos, A., “El cuento de la disminución”, *El Comercio*, Lima, 19 de diciembre de 2014, p. A28).

⁶² Ágreda escribe (con apoyo en Monereo y Alonso Olea): «Dentro de la lógica economicista de reducir costos y maximizar beneficios, así como la cada vez más evidente despersonalización del mercado, las opciones legislativas se han decantado por la disminución tanto cualitativa como cuantitativamente [de] los derechos y beneficios de los trabajadores, porque se entiende que con ello se fomentará la inversión, y se considera explícita o implícitamente que el Derecho Laboral no es otra cosa que un obstáculo para el desarrollo de la economía. En esa línea, en los últimos tiempos, han aparecido los llamados “regímenes laborales especiales”, en donde bajo la idea de regular un grupo de actividades o, sobre todo, un sector del mercado laboral, se establecen regulaciones, no solo “especiales” sino menos favorables para los trabajadores. Y son menos favorables no solo desde el punto económico, sino desde cualquier punto de vista. Por ello, se hace necesario hacer una diferenciación entre lo que es verdaderamente un régimen laboral especial de lo que es un régimen diferenciado. Mientras que en el primer caso estamos ante un supuesto de regulación especial, objetiva y necesaria, en el segundo estamos ante un supuesto de regulación diferencia por cuestiones subjetivas. Por lo tanto, la aparición de estos modelos supone no más que el retorno del papel gravitante de la autonomía privada a nivel individual en la regulación de las relaciones de trabajo, lo que a su vez supondría una disminución de los costos laborales a través de un incremento del poder del empleador» (Ágreda Aliaga, J. O., *op. cit.*, pp. 635-636).

⁶³ *Cfr.* Magano, O. B., *Manual de Direito do Trabalho*, São Paulo, LTR, 1984, *Parte geral*, pp. 56 y 57.

pretendido o no – de los intereses de los empresarios⁶⁴ o de cualesquiera otros. Y en realidad, un “Derecho del Trabajo” que no protege a los trabajadores será cualquier cosa menos eso.

A decir de Bernedo, «No es el empleo, mucho menos el empleo juvenil el problema nacional. Es la calidad del empleo. Y en cuanto a la formalidad, no es solamente la legalidad, la solución. Eso haría lógico el planteamiento falácico [sic] de rebajar los estándares laborales para que la formalidad aumente. No van por allí las cosas; los problemas reales son los niveles de retribución al trabajo, disminuidos como fruto de la descapitalización del país y sobre todo de las personas, los que deben ser el norte. [...] El trabajo barato es el gran tema que la discusión de este intento [la “Reforma Laboral Juvenil”] ha puesto en mesa [...]»⁶⁵. Y añade: “El problema del empleo no es el de los jóvenes y el problema de los jóvenes no es el del empleo. Empujarlos, por ejemplo, a trabajar con bajos salarios y sin extender su formación es casi una condena que actúa en el mismo sentido de los circuitos que perpetúan la pobreza”⁶⁶.

Desde otro punto de vista, adviértase que la Ley fue propuesta por el Poder Ejecutivo, tramitada céleramente, promulgada y publicada; todo ello sin una consulta previa (que sepamos) a empresarios, a las organizaciones sindicales y a los propios “beneficiarios” – los jóvenes – de aquella. ¡Mayor motivo para su rechazo!⁶⁷ Ciertamente, convendría que

⁶⁴ Villavicencio apunta: “[...] lo que ahora no se les pagará a los jóvenes en gratificaciones ni CTS [compensación por tiempo de servicios], se quedará en el bolsillo de los empleadores incondicionalmente. [...] el autoengaño del régimen laboral de los jóvenes no solo tiene por consecuencia que hagamos el ridículo a escala mundial, sino que transfiere recursos del esmirriado bolsillo de los muchachos al de los empleadores. En un país que pretende emprender el camino del desarrollo, lo que se requiere es ir acortando la brecha entre ricos y pobres. [...] quitamos recursos que se iban a dedicar al consumo directo para ponerlos en el campo de las rentas” (Villavicencio Ríos, A., *loc. cit.*).

⁶⁵ Bernedo Alvarado, J., «A propósito de la “Reforma Laboral Juvenil”», *Análisis Laboral*, Lima, AeL, Vol. XXXIX, n. 451, enero 2015, p. 6.

⁶⁶ *Ibid.*, p. 9.

⁶⁷ “¿Se debe imponer una ley como esta [la ley del empleo juvenil] que recorta derechos laborales, aunque sea buscando beneficiar a algunos? No. Una norma así debe ser consensuada o cuando menos bien discutida y explicada para que los jóvenes se convenzan de sus virtudes y no se use políticamente. [...] ¿Puede aprobarse una ley buena que no es aceptada por aquellos a quienes va dirigida y luchar desde el Ejecutivo para que no se derogue? Una ley que no se entiende y no quieren aquellos a los que se trata de ayudar no es buena. Hoy [...] la opinión pública quiere que esta se derogue. Además, las empresas podrían no usarla por lo mal que se ha recibido y porque es opcional. La mejor salida sería modificar algunos aspectos de la ley, darla a conocer de nuevo, explicar que es voluntaria, pero sobre todo, escuchar a los jóvenes y volverlos aliados de ella para que algunos políticos se queden sin piso. Si no convencen a los jóvenes, la ley está muerta. Eso es la realidad. En cualquier caso, este es un ejemplo

cualquier regulación sobre el hecho o fenómeno “trabajo de los jóvenes” resulte o provenga del consenso, de la concertación de voluntades, del acuerdo entre los actores sociales involucrados. En dicho hábitat, no debiera soslayarse en el análisis la vinculación del tema “trabajo de los jóvenes” con la regulación sobre las llamadas “modalidades formativas laborales” – orientadas a promover la capacitación en el trabajo –.

6. Perspectiva

Una vez derogada la Ley y con motivo de una reciente invitación al diálogo formulada por el Presidente de la República a las “fuerzas vivas” de la política nacional, se ha retomado el interés en concluir el debate y obtener el acuerdo final de los actores sociales, en el ambiente del Consejo Nacional de Trabajo, sobre la Ley General de Trabajo.

Por supuesto, se ha manifestado el afán de lograr una ley, fruto del acuerdo entre estos mismos actores, reguladora del trabajo de los jóvenes. Además, ha salido a luz una vez más la idea del reajuste de la remuneración mínima.

En principio, son estos puntos los que, al parecer, acapararán la atención en materia laboral durante los próximos meses.

Esto, en el marco de un año pre electoral: hacia mayo de 2016, se realizarán elecciones generales para elegir un nuevo Presidente de la República y un nuevo Congreso. No creemos que este sea el mejor escenario para entregarse al debate de normas laborales de trascendencia; en particular, el de la Ley General de Trabajo.

En cualquier caso, creemos que cualesquiera asuntos laborales no debieran analizarse únicamente a la luz de consideraciones económicas y de la rentabilidad de las empresas; y nunca, con base en cálculos políticos.

El gran norte debiera ser el logro de trabajos decentes, de empleos de calidad; que promueve la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

7. Bibliografía

Ágreda Aliaga, J. O., *Algunas reflexiones sobre las condiciones necesarias para considerar válido un régimen laboral especial*, IV Congreso Nacional SPDTSS. Retos del Derecho del Trabajo Peruano: Nuevo proceso laboral. regímenes especiales

palpable de cómo no se deben hacer las cosas y de la falta de sentido político cuando se cree que hay quien se puede imponer al resto, sobre todo a los jóvenes [...]” (Blume, C., “De vacaciones”, *El Comercio*, Lima, 27 de enero de 2015, p. B9).

- y seguridad y salud en el trabajo, Lima, Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2010.
- Alonso, I., “Ley que promueve el empleo temporal”, *El Comercio*, Lima, 9 de enero de 2013, p. 19.
- Bernedo Alvarado, J., “A propósito de la *Reforma Laboral Juvenil*”, *Análisis Laboral*, Lima, Aele, Vol. XXXIX, n. 451, enero 2015.
- Blume, C., “De vacaciones” en *El Comercio*, Lima, 27 de enero de 2015, p. B9.
- Cheesman, R., “La construcción colectiva de *pulpín*”, *El Comercio*, Lima, 14 de febrero de 2015, p. A10.
- El Comercio*, “Encuesta Nacional Urbana de El Comercio. Un 72% desaprueba la ley del nuevo régimen laboral juvenil”, *El Comercio*, Lima, 18 de enero de 2015, p. A4.
- El Comercio*, “Los que no marchan”, *El Comercio*, Lima, 18 de enero de 2015, Editorial, p. A28.
- Herrera Vásquez, R., “Otorgando, no quitando”, *El Comercio*, Lima, 19 de diciembre de 2014, p. A28.
- Informe Laboral*, “Acceso de jóvenes al mercado laboral”, *Informe Laboral*, Lima, Aele, Vol. XXXIX, n. 346, noviembre 2014, p. 1.
- Landa Arroyo, C., *Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Recopilación y sistematización de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano que versa acerca de derechos fundamentales*, Lima, Palestra, 2010.
- Landa Arroyo, C. y Velazco Lozada, A., *Constitución Política del Perú 1993. Sumillas. Reformas constitucionales. Índice analítico*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 2014.
- Macera, D., “La informalidad laboral. ¡Jóvenes a la obra!”, *El Comercio*, Lima, 17 de noviembre de 2014, p. A28.
- Magano, O. B., *Manual de Direito do Trabalho*, São Paulo, LTR, 1984, *Parte geral*.
- Meléndez, C., “El rechazo a la Ley Laboral Juvenil. El mito del demagogo”, *El Comercio*, Lima, 24 de enero de 2015, p. A24.
- Montenegro Baca, J., *Contratos especiales de trabajo*, Seminario “Bases para una Ley General de Trabajo” (Lima, 30 enero / 3 febrero, 1984), Lima, Instituto de Estudios del Trabajo, CIAT-OIT, 1985.
- Pacheco Zerga, L., *La legitimidad constitucional de los regímenes laborales especiales*, IV Congreso Nacional SPDTSS. Retos del Derecho del Trabajo Peruano: Nuevo proceso laboral, regímenes especiales y seguridad y salud en el

trabajo, Lima, Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2010.

Pasco Cosmópolis, M., “Ética en las relaciones laborales”, en AA.VV, *Homenaje Aniversario de la SPDTSS. Año de las Bodas de Plata*, Lima, Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2013.

Plá Rodríguez, A., *Curso de Derecho Laboral*, Montevideo, Idea, 2000, Tomo I, Volumen I, *Introducción al Derecho del Trabajo*.

Plá Rodríguez, A., *Los principios del Derecho del trabajo*, Buenos Aires, Depalma, 1998.

Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, Madrid, Espasa, 2014, 23ª Edición (Edición del Tricentenario).

Rubio Correa, M., *El sistema jurídico. Introducción al Derecho*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 2009.

Villavicencio Ríos, A., “El cuento de la disminución”, *El Comercio*, Lima, 19 de diciembre de 2014, p. A28.

Web sites

Perú: Congreso de La República, www.congreso.gob.pe

Perú: Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, www.mintra.gob.pe

Perú: Tribunal Constitucional, www.tc.gob.pe

La discriminación y el trabajo de la mujer en Brasil

José Claudio Monteiro de BRITO FILHO*

RESUMEN: Texto que discute la discriminación a partir de un grupo vulnerable determinado, en un contexto específico. Su objetivo es verificar, en la perspectiva jurídica, las normas brasileñas de protección del trabajo de la mujer. Después de hacer algunas consideraciones iniciales al respecto, presenta las nociones básicas sobre la discriminación y los fenómenos que la originan, bien como presenta los modelos jurídicos para su combate. Continúa discutiendo las normas de protección del trabajo de la mujer, tanto bajo la perspectiva de la represión, como de las medidas de discriminación positiva. Finaliza con consideraciones finales sobre la temática.

Palabras clave: Trabajo de la mujer, Discriminación, Modelos de combate a la discriminación, Normas de protección al trabajo de la mujer en Brasil.

SUMARIO: 1. Generalidades. 2. Discriminación: nociones básicas y modelos de combate. 3. Normas de protección del trabajo de la mujer contra la discriminación en Brasil. 4. Consideraciones finales. 5. Bibliografía.

* Doctor en Derecho de las Relaciones Sociales por la PUC/SP. Profesor Titular de la Universidade da Amazônia. Profesor del Programa de Posgrado en Derecho de la Universidade Federal do Pará. Titular de la Silla n. 26 de la Academia Brasileira de Direito do Trabalho. jclaudiobritofilho@gmail.com. <http://lattes.cnpq.br/7823839335142794>.

1. Generalidades

Un tema inquietante dentro de las relaciones jurídicas es el de la discriminación. En materia laboral, en la que la discriminación afecta al ser humano trabajador, la cuestión alcanza contornos aún más graves, pues en estas relaciones se trabaja con la noción de hiposuficiencia del sujeto que presta los servicios, presumiéndose – lo que casi siempre corresponde a la realidad –, su inferioridad económica en relación al tomador de los servicios.

Bajo esta óptica, cualquier actitud del tomador de los servicios en el sentido de impedir la adquisición y/o la continuidad regular de dada relación de empleo con determinado trabajador, discriminado por cualquier razón, encuentra la circunstancia ideal: el que un ser humano tenga que sujetarse a otro, en función de su necesidad de trabajar para garantizar su supervivencia y la de su familia.

Y es que, es cada vez menor la perspectiva de obtener trabajo, incluso por la expectativa de que, cada vez más, se deberá reducir el contingente de trabajadores en función de la automatización, con la consecuente eliminación, de forma creciente, de puestos de trabajo.

En este escenario nada halagüeño, dos grupos parecen sufrir más que otros los efectos de la falta de ocupación: los trabajadores sin cualificación, pues el mercado, a raíz de la implantación de nuevas tecnologías en la producción, exigen cada vez menos su presencia, y los que, por diversas razones, pertenecen a grupos que son marginados total o parcialmente, del proceso productivo.

Tratando específicamente este último grupo, padece la falta de trabajo a causa de una “enfermedad” que persigue a una parte de la humanidad desde el inicio de los tiempos: el prejuicio.

Obsérvese, por cierto, que el prejuicio, y su exteriorización, la discriminación, como será visto más adelante, solo encuentran terreno fértil en un ambiente en el que aquel que discrimina, el sujeto activo, puede, de alguna forma, someter a aquel que es discriminado, el sujeto pasivo.

Si no es posible imponer la conducta mencionada, la discriminación no surte efectos, o, por lo menos, no los deseados.

Y dentro de ese segundo grupo todavía se encuentran las mujeres. En Brasil, el Censo 2010, del IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística⁶⁸, por ejemplo, muestra que la diferencia de salarios entre

⁶⁸ Entidad estatal responsable de realizar, en Brasil, los estudios estadísticos. En español se traduciría por Instituto Brasileño de Geografía y Estadística.

hombres y mujeres aún es desfavorable a estas últimas, en media, un 13,75%⁶⁹, aunque haya habido avances en el porcentaje de ocupación, a pesar de que todavía continúe siendo inferior al de los hombres; en este aspecto, mientras el nivel de ocupación de las mujeres creció, de 2000 a 2010, del 35,4 al 43,9%, el nivel de ocupación de los hombres pasó del 61,1 al 63,3%⁷⁰.

Las razones de esta situación son diversas y las normas jurídicas tratan de evitar que persistan. El objetivo de este texto es evidenciar, en parte, esas normas, presentando antes las nociones básicas para comprender la discriminación y los modelos para combatirla⁷¹.

2. Discriminación: nociones básicas y modelos para combatirla

Cuando, anteriormente, hablé sobre el prejuicio, me referí a él como una enfermedad que ataca al ser humano desde el inicio de los tiempos. Evidentemente, la designación del prejuicio como una enfermedad es empleada en un sentido no técnico, toda vez que es un fenómeno social, y también psicológico.

En Psicología, más precisamente en Psicología Social, el prejuicio se estudia dentro de lo que se convino denominar percepción de persona, siendo considerado por Aroldo Rodrigues como uno de los fenómenos que puede interferir en el proceso de percepción⁷².

El mismo autor, al definir el prejuicio, afirma que consiste en una “atitude negativa, aprendida, dirigida a um grupo determinado. O preconceito não é inato e sim, condicionado”⁷³, aunque también afirme que determinados trazos de la personalidad puedan contribuir a que alguien incorpore prejuicios más fácilmente⁷⁴.

Está claro, entonces, que del medio social se extrae el prejuicio, pues serán las diferentes situaciones de la vida en sociedad: modelo de educación,

⁶⁹ Disponible en <http://www.brasil.gov.br/governo/2012/10/diferenca-salarial-entre-homens-e-mulheres-esta-em-torno-de-13-75>. Acceso el 19 de agosto de 2014.

⁷⁰ Disponible en <http://censo2010.ibge.gov.br/noticias-censo?view=noticia&id=3&idnoticia=2296&busca=1&t=censo-2010-mulheres-sao-mais-instruidas-que-homens-ampliam-nivel-ocupacao>. Acceso el 19 de agosto de 2014.

⁷¹ Las bases de este texto son dos libros, de mi autoría, con las adaptaciones y actualizaciones necesarias: *Discriminação no trabalho* (São Paulo, LTr, 2002), y *Ações afirmativas* (3 ed., São Paulo, LTr, 2014).

⁷² *Psicologia social*, 17 ed., Petrópolis, Vozes, 1998, p. 220.

⁷³ Traducción: actitud negativa, aprendida, dirigida a un grupo determinado. El prejuicio no es innato sino condicionado.

⁷⁴ *Psicologia social*, 17 ed., Petrópolis, Vozes, 1998, pp. 220-221.

convivencia familiar, inserción en dado grupo etc., las que influirán en el comportamiento de las personas, llevándolas o no a adoptar, en relación a ciertas personas o grupos, esa actitud negativa⁷⁵.

Esta visión negativa que caracteriza el prejuicio, por cierto, está presente en el concepto que de él presenta Egídia Maria de Almeida Aiexe, para quien “consiste em julgar ou conceituar alguém mediante uma generalização, uma banalização ou uma mistificação”⁷⁶, afirmando, además que, “Em regra, não se discrimina alguém sem antes se lhe voltar um olhar de condenação, de censura ou de rejeição por algo que componha o seu ser, as suas características intrínsecas ou extrínsecas, ou por algo que tenha praticado”⁷⁷.

Hágase, sin embargo, la observación de que, con las definiciones anteriores no se pretende dar al fenómeno una dimensión restringida, sino apenas fijar unos contornos básicos. Como muestra José Leon Crochík, no hay un concepto único de prejuicio ya que posee aspectos constantes y aspectos variables, relacionados estos “às necessidades específicas do preconceituoso, sendo representadas nos conteúdos distintos atribuídos aos objetos”⁷⁸, esto porque, como el prejuicio se dirige contra diversos objetivos, contra diversos objetos, la relación del prejuicioso en relación a cada uno de ellos sería distinta en ciertos aspectos, aunque en otros, como la evaluación negativa, no.

Cabe observar no obstante que, por norma, para que exista el prejuicio, es necesario que se presente en él una situación de estigmatización o de estereotipación, es decir, es necesario que se impute o se verifique una característica negativa⁷⁹ en determinados grupos o personas.

El estigma, para Hastorf, Schneider y Polefka, es una “característica negativamente avaliada por grande número de pessoas. Defeito físico,

⁷⁵ Nótese que, cuando uso el verbo adoptar, no lo estoy empleando, por el momento, de una forma que podría denominarse activa, como comportamiento exteriorizado, sino como sinónimo de la impresión que se tiene de otra persona, es decir, como forma en que una persona percibe a otra.

⁷⁶ Traducción: consiste en juzgar o conceptualizar a alguien mediante una generalización, una banalización o una mistificación.

⁷⁷ Uma conversa sobre direitos humanos, visão da justiça e discriminação. In Viana, M. T. e outro (Coord.), *Discriminação*, São Paulo, LTr, 2000, p. 335 (traducción: Generalmente, no se discrimina a alguien sin antes lanzarle una mirada de condena, de censura o de rechazo por algo que defina su ser, sus características intrínsecas o extrínsecas, o algo que haya hecho).

⁷⁸ *Preconceito*: indivíduo e cultura. São Paulo: Robe Editorial, 1997, p. 12 (traducción: con las necesidades específicas del prejuicioso, representándose en los contenidos distintos atribuidos a los objetos).

⁷⁹ Negativa, bien entendido, para el grupo que absorberá y, eventualmente, propagará el prejuicio.

incapacidade ou doença mental, cor não-branca, falta de capacidade atlética e homossexualidade são exemplos de características consideradas estigmas, pelo menos em algumas condições”⁸⁰.

Erving Goffman enumera, al abordar el estigma, tres tipos. Afirma que, en primer lugar, están las “abominações do corpo”⁸¹, que son las varias deformidades físicas; en segundo, las “culpas de caráter individual, percebidas como vontade fraca, paixões tirânicas ou não naturais, crenças falsas e rígidas, desonestidade, sendo essas inferidas a partir de relatos conhecidos de, por exemplo, distúrbio mental, prisão, vício, alcoolismo, homossexualismo, desemprego, tentativas de suicídio e comportamento político radical”⁸²; y, en tercer lugar, lo que denomina “estigmas tribais de raça, nação e religião”⁸³.

Ya el estereotipo consiste, según nuevamente Aroldo Rodrigues, “na imputação de certas características a pessoas pertencentes a determinados grupos, aos quais se atribuem determinados aspectos típicos”⁸⁴.

Se puede usar, todavía en relación a la definición del fenómeno, la ofrecida por Ellis Cashmore, que defiende que “um estereótipo é freqüentemente definido como uma generalização excessiva a respeito do comportamento ou de outras características de membros de determinados grupos”⁸⁵.

Aún reflexionando sobre el estigma y el estereotipo⁸⁶, es necesario

⁸⁰ *Percepção de pessoa*. Traducción de Dante Moreira Leite, São Paulo, Ed. da Universidade de São Paulo, 1973. p. 96. (traducción: característica negativamente evaluada por gran número de personas. Defecto físico, incapacidad o enfermedad mental, color no blanco, falta de capacidad atlética y homosexualidad son ejemplos de características consideradas estigmas, por lo menos en algunas condiciones).

⁸¹ Traducción: abominaciones corporales.

⁸² Traducción: culpas de carácter individual, percibidas como falta de fuerza de voluntad, pasiones tiránicas o no naturales, creencias falsas y rígidas, deshonestidad, inferidas estas a partir de relatos conocidos de, por ejemplo, trastornos mentales, prisión, vicios, alcoholismo, homosexualidad, desempleo, intentos de suicidio y comportamiento político radical.

⁸³ *Estigma*: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada, 4 ed., Traducción de Márcia Bandeira de Mello Leite Nunes, Rio de Janeiro, Editora Guanabara, 1988, p. 14. (traducción: estigmas tribales de raza, nación y religión).

⁸⁴ Obra citada, p. 217 (traducción: en la imputación de ciertas características a personas pertenecientes a determinados grupos, a los que se les atribuyen determinados aspectos típicos).

⁸⁵ *Dicionário de relações étnicas e raciais*, São Paulo, Summus, 2000, p. 194 (traducción: un estereotipo es frecuentemente definido como una generalización excesiva respecto al comportamiento o a otras características de miembros de determinados grupos).

⁸⁶ No es sencillo distinguir el estigma del estereotipo, pues sus nociones a veces se confunden. Una forma de distinguirlos es definir el estigma como la evaluación negativa que se hace de una característica real, de una marca, y el estereotipo como una

evidenciar que existen, principalmente, por no respetar las diferencias, dándoseles el mismo carácter que a las desigualdades, estas últimas sí condenables⁸⁷.

El prejuicio, por otro lado, más allá de su necesaria conceptualización, no puede ser considerado propiamente como categoría jurídica de análisis, pues, en sí, a pesar de implicar una actitud negativa, no produce efectos en Derecho.

¿Por qué no? Porque el prejuicio, aunque condenable, no atenta contra derechos subjetivos, salvo cuando se exterioriza, en forma de discriminación – y aquí en cualquier forma o grado.

Por otro lado, obsérvese que, para fines de análisis, confiero al vocablo discriminación la definición restringida de forma de exteriorización del prejuicio, es decir, entiendo la discriminación como el prejuicio en su forma activa.

Este es, considero, el sentido empleado por la Organización Internacional del Trabajo (OIT), como se desprende del artículo 1, ítem 1, del Convenio n. 111, en la que consta:

1. A los efectos de este Convenio, el término *discriminación* comprende:
 - (a) cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación;
 - (b) cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación que podrá ser especificada por el Miembro interesado previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de

característica, falsa o verdadera, que se imputa a alguien solo por pertenecer a determinado grupo. Si alguien es evaluado negativamente porque es negro, eso es un estigma, pero, por otro lado, si se le imputa a alguien un comportamiento, solo porque pertenece a un grupo, del tipo: todo político es un ladrón, eso es un estereotipo.

⁸⁷ Explica Fábio Konder Comparato que “As diferenças são biológicas ou culturais, e não implicam a superioridade de alguns em relação a outros. As desigualdades, ao contrário, são criações arbitrárias, que estabelecem uma relação de inferioridade de pessoas ou grupos em relação aos outros. Assim, enquanto as desigualdades devem ser rigorosamente proscritas, em razão do princípio da isonomia, as diferenças devem ser respeitadas ou protegidas, conforme signifiquem uma deficiência natural ou uma riqueza cultural” (traducción; Las diferencias son biológicas o culturales, y no implican la superioridad de algunos en relación a otros. Las desigualdades, al contrario, son creaciones arbitrarias, que establecen una relación de inferioridad de unas personas o grupos en relación a otros. Así, mientras las desigualdades deben ser rigurosamente proscritas, en razón del principio de isonomía, las diferencias deben ser respetadas o protegidas, pues significan una deficiencia natural o una riqueza cultural) (*A afirmação histórica dos direitos humanos*, São Paulo, Saraiva, 1999, p. 185).

trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, y con otros organismos apropiados⁸⁸.

La discriminación como forma activa del prejuicio se puede percibir en la opinión de Alice Monteiro de Barros, cuando trata la autora de la forma de verificar si ha habido o no discriminación, a la luz del citado Convenio 111. Afirma la autora: “A discriminação estabelece sempre uma comparação com o tratamento atribuído a outra pessoa, para se verificar se existiu a distinção, exclusão ou preferência a que alude a Convenção n. 111 da OIT”⁸⁹.

Así también opina Don Paulo Evaristo Arns, cuando dice que “Discriminar é excluir”⁹⁰, dando forma activa a la conducta y traduciendo, perfectamente, el significado del vocablo discriminación, pues lo que realmente representa es la exclusión de un individuo o de un grupo.

Lo que la discriminación produce es la negación de un postulado básico: que los seres humanos son iguales, aunque posean cada uno sus diferencias.

Esto se evidencia en las palabras de Comparato. Dice el autor:

a parte mais bela e importante de toda a história [é] a revelação de que todos os seres humanos, apesar das inúmeras diferenças biológicas e culturais que os distinguem entre si, merecem igual respeito, como únicos entes no mundo capazes de amar, descobrir a verdade e criar a beleza. É o reconhecimento universal de que, em razão dessa radical igualdade, ninguém – nenhum indivíduo, gênero, etnia, classe social, grupo religioso ou nação – pode afirmar-se superior aos demais⁹¹.

Discriminar, así, es atentar contra el principio de igualdad, y no solo contra él, también contra el principio de dignidad del ser humano.

⁸⁸ Disponible en

http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C111. Acceso el 19 de febrero de 2015.

⁸⁹ Discriminação no emprego por motivo de sexo. In Viana, M. T. e outro (Coord.), *Discriminação*, São Paulo, LTr, 2000. p. 40. (traducción: La discriminación establece siempre una comparación con el tratamiento atribuido a otra persona, para que se verifique si ha habido la distinción, exclusión o preferencia a la que alude el Convenio n. 111 de la OIT).

⁹⁰ Para que todos tenham vida. In Viana, M. T. e outro (Coord.), *Discriminação*, São Paulo, LTr, 2000, p. 13 (traducción: Discriminar es excluir).

⁹¹ *A afirmação histórica dos direitos humanos*, São Paulo, Saraiva, 1999. p. 1. (traducción: la parte más bella e importante de toda la historia [es] la revelación de que todos los seres humanos, a pesar de las innumerables diferencias biológicas y culturales que los distinguen entre sí, merecen igual respeto, como únicos entes en el mundo capaces de amar, descubrir la verdad y crear la belleza. Es el reconocimiento universal de que, en razón de esa radical igualdad, nadie – ningún individuo, género, etnia, clase social, grupo religioso o nación – puede considerarse superior a los demás).

Y es la necesidad de neutralizar, incluso minimizar, esta desigualdad, al menos intentarlo, lo que llevará, como será veré a continuación, a que el Estado adopte diversas posturas sobre el tema, unas veces simplemente reprimiendo las conductas discriminatorias, otras actuando activamente, con medidas que permitan la inclusión de las personas excluidas.

Profundizando en el combate a las prácticas discriminatorias, este, desde que se inició⁹², puede darse, básicamente, de dos formas: por la pura y simple adopción de normas que vedan y repriman la discriminación o por la adopción de disposiciones que favorezcan la inclusión de integrantes de determinados grupos, lo que en la práctica se ha convenido denominar discriminación positiva, y que es más reciente.

Hay, por tanto, dos modelos. En el primero, seguramente el más antiguo, el Estado se encarga de editar normas que vedan las prácticas discriminatorias, generalmente criminalizando esos actos e imponiendo, también, sanciones de naturaleza administrativa, civil y laboral. Denomino a este modelo represor.

Sin embargo, este debe ser entendido como un modelo que se caracteriza por ser estático, en el sentido de que, a pesar de reprimir la conducta discriminatoria, contribuye poco a ofrecer a las personas y grupos discriminados la posibilidad de inclusión social, al no impulsarla en esta dirección.

Esta iniciativa pertenece a otro modelo, denominado modelo de la discriminación positiva. Su objetivo, conforme afirma Gabi Wucher, es “assegurar a pessoas pertencentes a grupos particularmente desfavorecidos uma posição idêntica à dos outros membros da sociedade, proporcionando assim uma igualdade no exercício de direitos”⁹³. En realidad, es una forma de garantizar el acceso a recursos valiosos, en sentido amplio, y no solamente derechos, en sentido estricto.

Estableciendo una comparación entre las medidas que caracterizan el modelo de la simple represión a las conductas discriminatorias y las propias del modelo de la discriminación positiva, se puede afirmar que la principal diferencia entre los dos modelos es la postura activa que se adopta en el segundo, postura que se caracteriza por la adopción, en

⁹² Es decir, desde que la desigualdad dejó de ser una regla prevista en el ordenamiento jurídico de los países. Para una mejor comprensión, obsérvese el caso brasileño, en el que se admitió la esclavitud hasta la edición de la Lei Áurea, que fue la ley que abolió la esclavitud, a finales del siglo XIX.

⁹³ *Minorias: proteção internacional em prol da democracia*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000, 54 pp. (traducción: asegurar a las personas que pertenecen a grupos particularmente desfavorecidos una posición idéntica a la de los otros miembros de la sociedad, proporcionando así una igualdad en el ejercicio de los derechos).

mayor o menor grado, de las condiciones adecuadas para que las personas y grupos discriminados y, por tanto, excluidos, puedan (re)integrarse en colectividad, y que no se encuentra en el primer modelo, en que el Estado apenas transforma en ilícitos los actos discriminatorios, sin, no obstante, tomar otra providencia que no sea esa, en la búsqueda de la neutralización de estos actos.

Es necesario apuntar que estos dos conjuntos de acciones son importantes por su oposición al comportamiento discriminatorio, a pesar de que se pueda decir que el modelo de la discriminación positiva cuente con la ventaja de poder ser eficaz para romper situaciones negativas, lo que el modelo represor, generalmente, no hace.

3. Normas de protección del trabajo de la mujer contra la discriminación, en Brasil

En el contexto evidenciado en los puntos anteriores, el combate a la discriminación contra la mujer en el ambiente de las relaciones laborales se hace a partir de diferentes normas jurídicas, nacionales e internacionales y, mi intención, en este ítem, es explicitar parte de ellas, dando un papel destacado a las normas brasileñas.

Aclaro que estas normas pueden ser observadas a partir de los dos modelos de combate a la discriminación vistos en el ítem anterior, aunque, en relación al trabajo de la mujer, se destaquen aquellas que se clasifican dentro del modelo represor.

Estas normas no son un privilegio exclusivo de Brasil. Al contrario, sobre esta materia es raro que no existan hoy, en la legislación de cualquier Estado Soberano, normas que vedan las prácticas discriminatorias, por lo menos en aquellos que adoptan el Estado Democrático de Derecho.

Apenas a título de ejemplo, puesto que no es mi intención, en este texto, analizar los ordenamientos jurídicos a excepción del brasileño, obsérvese la situación de España. El artículo 14 de la Constitución Española, tratando de la igualdad, enuncia una regla general al respecto de la no discriminación, disponiendo que:

Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social⁹⁴.

⁹⁴ Disponible en

<http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/titulos/articulos.jsp?ini=14&tipo=2>. Acceso el 20 de febrero de 2015.

Ya el artículo 35, 1, también de la Constitución de España, tratando el derecho al trabajo, veda la discriminación de género:

Artículo 35, 1: Todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo⁹⁵.

Ya al respecto de las normas internacionales, creo que se deben destacar, en el ámbito de la Organización Internacional del Trabajo, los Convenios n. 100 – sobre igual salario para trabajo de igual valor entre el hombre y la mujer (1951), y 111 – sobre discriminación en materia de empleo y ocupación (1958)⁹⁶.

En relación al Convenio n. 100, tiene como objetivo la promoción de la igualdad de remuneración entre hombres y mujeres por trabajo de igual valor. Y en relación a esta igualdad, deben considerarse dos cuestiones.

Inicialmente, obsérvese que la igualdad es de remuneración, y no solo de salario, como se verifica en el artículo 1, letra “a”, del Convenio, en la que consta:

el término *remuneración* comprende el salario o sueldo ordinario, básico o mínimo, y cualquier otro emolumento en dinero o en especie pagados por el empleador, directa o indirectamente, al trabajador, en concepto del empleo de este último;

Por último, en lo tocante al trabajo de igual valor, el Convenio 100 no indica cómo se debe realizar esta valoración, y apenas ofrece unos criterios mínimos en el artículo 3.

En Brasil, adelantando el análisis de la legislación nacional que se realizará a continuación, la materia está expresamente regulada por el artículo 461, § 1, de la Consolidação das Leis do Trabalho – CLT⁹⁷, que prescribe que los requisitos para el trabajo de igual valor son la igual productividad, la misma perfección técnica y la no diferencia, entre los trabajadores, de tiempo de servicio superior a dos años.

El Convenio n. 111, ya mencionado en este texto, a su vez, regula genéricamente la discriminación, prohibiéndola en todas sus formas y por

⁹⁵ Disponible en

<http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/titulos/articulos.jsp?ini=30&fin=38&tipo=2>. Acceso el 20 de febrero de 2015.

⁹⁶ Todas ratificadas por Brasil, habiendo entrado en vigor, respectivamente, el 25.4.1958 y 26.11.1966, conforme Arnaldo Süssekind (*Convenções da OIT*. São Paulo: LTr, 1994, pp. 209 y 243).

⁹⁷ La Consolidação das Leis do Trabalho (que en español se traduciría por Consolidación de las Leyes del Trabajo) brasileña equivale, en España, al Estatuto de los Trabajadores.

cualquier razón. La Convención, sin embargo, realiza una salvedad importante, en el artículo 5, que establece el siguiente precepto:

1. Las medidas especiales de protección o asistencia previstas en otros convenios o recomendaciones adoptados por la Conferencia Internacional del Trabajo no se consideran como discriminatorias.
2. Todo Miembro puede, previa consulta con las organizaciones de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, definir como no discriminatorias cualesquiera otras medidas especiales destinadas a satisfacer las necesidades particulares de las personas a las que, por razones tales como el sexo, la edad, la invalidez, las cargas de familia o el nivel social o cultural, generalmente se les reconozca la necesidad de protección o asistencia especial.

En función de este artículo, es posible que cada país defina políticas que impliquen el que se favorezca a determinados grupos, dentro de lo que se denomina, genéricamente, discriminación positiva, conforme lo aludido líneas atrás, y que vienen utilizándose, cada vez más, como forma de garantizar la inclusión social.

Este comportamiento, por oportuno, viene siendo utilizado de forma cada vez más generalizada, por la conclusión a la que se llega de que, en determinadas situaciones, la simple represión de determinadas conductas no es suficiente, siendo necesario estimular la participación de grupos minoritarios y/o excluidos, en detrimento de otros.

Por otro lado, además de la OIT, también otros organismos internacionales han elaborado normas que vedan prácticas discriminatorias dirigidas a la mujer. La Organización de las Naciones Unidas (ONU), por ejemplo, ha desarrollado diversas normas al respecto, pudiendo citarse la Declaración sobre la eliminación de la discriminación contra la mujer (1967). Además, la ONU también ha promulgado el Convenio sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1979).

No se puede olvidar, además, el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales - PIDESC, aprobado en la XXI Sesión de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 19 de diciembre de 1966, ratificado por Brasil, y en vigor en el país, a partir del 24 de abril de 1992⁹⁸.

El artículo 2, 2, del PIDESC, por ejemplo, establece que los derechos en él enunciados serán ejercidos sin “discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer

⁹⁸ Conforme Arnaldo Süsskind (*Convenções da OIT*, São Paulo, LTr, 1994, p. 537).

outra condição”⁹⁹, por lo que los derechos de los trabajadores previstos en el Pacto deben ser respetados con la prohibición de la práctica de cualquier acto discriminatorio.

Aún así, en la parte relativa a los derechos laborales hay reglas específicas, como la del artículo 7, “a”, “i”, que garantiza igual remuneración para hombres y mujeres, cuando el trabajo sea igual.

En el plano internacional, por lo tanto, existe todo un arsenal legislativo contra la discriminación contra la mujer, siendo normas que, ratificadas por Brasil, pueden y deben ser utilizadas para cohibir cualquier intento de exclusión en razón de género.

En el plano interno, en relación a Brasil, la situación es la misma. La prohibición de prácticas discriminatorias contra la mujer se inicia en el texto constitucional.

Obsérvese por ejemplo que, uno de los objetivos fundamentales de la República es la promoción del “bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”¹⁰⁰ (artículo 3, IV, de la Constitución de la República Federativa de Brasil - CF/88).

Esta disposición, por sí sola, ya veda la práctica, por el Estado, de cualquier acto tendente a permitir cualquier forma de discriminación y, muy por el contrario, orienta sus esfuerzos en el sentido de perseguir una sociedad más igualitaria, con la eliminación de todas las formas de desigualdad.

Obsérvese que, más adelante, en el texto constitucional, esta igualdad está garantizada como derecho fundamental en el artículo 5, *caput*.

La igualdad y la prohibición de la discriminación en razón de género, sin embargo, no se limitan al texto constitucional como preceptos genéricos. Al contrario, en materia laboral el texto constitucional es contundente, taxativo, en relación a la prohibición de prácticas discriminatorias o que impliquen un tratamiento diferente, estando esto enunciado en el artículo 7, inciso XXX:

Art. 7 São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

XXX – proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critérios de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil¹⁰¹;

⁹⁹ Traducción: discriminación alguna por motivo de raza, color, sexo, lengua, religión, opinión política o de otra naturaleza, origen nacional o social, situación económica, nacimiento o cualquier otra condición.

¹⁰⁰ Traducción: bien de todos, sin prejuicios por motivo de origen, raza, sexo, color, edad y cualquier otra forma de discriminación.

¹⁰¹ Traducción: Art. 7 Son derechos de los trabajadores urbanos y rurales, además de

Y la legislación infraconstitucional acompaña esta tendencia. La *Consolidação das Leis do Trabalho*, por ejemplo, veda las prácticas discriminatorias en diversos artículos. Por ejemplo, el artículo 373-A veda diversas prácticas discriminatorias, que trataré posteriormente.

Existe, además, la Ley n. 9.029, de 13 de abril de 1995, que “Proíbe a exigência de atestados de gravidez e esterilização, e outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho, e dá outras providências”¹⁰².

Esta ley va más allá de tipificar conductas como ilícitos penales, ya que establece las consecuencias, en la relación laboral, de la ruptura del contrato por motivos de discriminación, como se desprende del artículo 4. Aún sobre la Ley n. 9.029/95, obsérvese que, a pesar de que reprime de forma específica la práctica de conductas discriminatorias contra la mujer, tiene un carácter más amplio, en virtud de su artículo 1, que veda cualquier acto que impida o implique la ruptura de la relación laboral, “por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade”¹⁰³.

Estas normas, como se puede observar, son del tipo represor, vedando conductas discriminatorias, sin, no obstante, imponer o estimular cualquier conducta en el sentido de valorizar la contratación y/o el mantenimiento de la relación laboral.

Existen en Brasil, no obstante, ejemplos contrarios, además de casos en los que se conjuga la política represiva con la conducta que estimula la inclusión. Este es el caso de la Ley n. 9.799, de 26 de mayo de 1999, que incluyó diversos artículos en la CLT, entre ellos el artículo 373-A, que ha sido mencionado anteriormente.

En esta ley, además de disposiciones que claramente reprimen conductas discriminatorias, como son ejemplos los incisos I a VI del incluido artículo 373-A de la CLT:

I – publicar ou fazer publicar anúncio de emprego no qual haja referência ao sexo, à idade, à cor ou situação familiar, salvo quando a natureza da atividade a ser exercida, pública e notoriamente, assim o exigir;

II – recusar emprego, promoção ou motivar a dispensa do trabalho em

otros que tengan como objetivo la mejora de su condición social: XXX – la prohibición de diferencias salariales, de ejercicio de funciones y de criterios de admisión por motivo de sexo, edad, color o estado civil;

¹⁰² Traducción: Prohíbe la exigencia de atestados de embarazo y esterilización, y otras prácticas discriminatorias, para efectos de admisión o continuidad de la relación jurídica laboral, y establece otras providencias.

¹⁰³ Traducción: por motivo de sexo, origen, raza, color, estado civil, situación familiar o edad.

razão de sexo, idade, cor, situação familiar ou estado de gravidez, salvo quando a natureza da atividade seja notória e publicamente incompatível;
III – considerar o sexo, a idade, a cor ou situação familiar como variável determinante para fins de remuneração, formação profissional e oportunidades de ascensão profissional;

IV – exigir atestado ou exame de qualquer natureza, para comprovação de esterilidade ou gravidez, na admissão ou permanência no emprego;

V – impedir o acesso ou adotar critérios subjetivos para deferimento de inscrição ou aprovação em concursos, em empresas privadas, em razão de sexo, idade, cor, situação familiar ou estado de gravidez;

VI – proceder o empregador ou preposto a revista íntimas nas empregadas ou funcionárias¹⁰⁴;

(...) se enuncian reglas que consagran la igualdad de género o estimulan el trabajo de la mujer. Son ejemplos de la primera hipótesis:

Artigo 390-B. As vagas dos cursos de formação de mão-de-obra, ministrados por instituições governamentais, pelos próprios empregadores ou por qualquer órgão de ensino profissionalizante, serão oferecidas aos empregados de ambos os sexos.

Artigo 390-C. As empresas com mais de cem empregados, de ambos os sexos, deverão manter programas especiais de incentivos e aperfeiçoamento profissional de mão-de-obra¹⁰⁵.

Ya el estímulo al trabajo de la mujer se encuentra en el artículo 373-A, párrafo único, y en el artículo 390-E:

Artigo 373-A, Parágrafo único. O disposto neste artigo não obsta a

¹⁰⁴ Traducción: I – publicar o mandar publicar anuncio de empleo en el que haya referencia al sexo, a la edad, al color o a la situación familiar, salvo cuando la naturaleza de la actividad a ser ejercida, pública y notoriamente, así lo exija; II – recusar empleo, promoción o motivar la dispensa del trabajo en razón de sexo, edad, color, situación familiar o estado de gestación, salvo cuando la naturaleza de la actividad sea notoria y públicamente incompatible; III – considerar el sexo, la edad, el color o la situación familiar como variable determinante para fines de remuneración, formación profesional y oportunidades de ascenso profesional; IV – exigir atestado o examen de cualquier naturaleza, para comprobación de esterilidad o embarazo, en la admisión o permanencia en el empleo; V – impedir el acceso o adoptar criterios subjetivos para admisión de inscripción o aprobación en oposiciones, en empresas privadas, en razón de sexo, edad, color, situación familiar o estado de embarazo; VI – realizar, el empleador o su representante, revista íntima a las empleadas o funcionarias,

¹⁰⁵ Traducción: Artículo 390-B. Las plazas de los cursos de formación de mano de obra, impartidos por instituciones gubernamentales, por los propios empleadores o por cualquier órgano de enseñanza profesional, se ofrecerán a trabajadores de ambos sexos. Artículo 390-C. Las empresas de más de cien trabajadores, de ambos sexos, deberán mantener programas especiales de incentivos y perfeccionamiento profesional de mano de obra.

adoção de medidas temporárias que visem ao estabelecimento das políticas de igualdad entre homens e mulheres, em particular as que se destinam a corrigir as distorções que afetam a formação profissional, o acesso ao emprego e as condições gerais de trabalho da mulher.

Artigo 390-E. A pessoa jurídica poderá associar-se a entidades de formação profesional, sociedades civis, sociedades cooperativas, órgãos e entidades públicas ou entidades sindicais, bem como firmar convênios para o desenvolvimento de ações conjuntas, visando à execução de projetos relativos ao incentivo ao trabalho da mulher¹⁰⁶.

Estos dos últimos dispositivos, como se verifica, estimulan claramente a las empresas a realizar prácticas que pueden caracterizarse como acciones afirmativas o de discriminación positiva, siendo válida, por tanto, cualquier iniciativa que tenga como objetivo la inclusión de la mujer. La norma revela, también, al menos en el plano abstracto, que la discriminación positiva puede surgir de otras medidas y no apenas del establecimiento de cotas.

4. Consideraciones finales

Todo este conjunto de normas, no obstante, aún no ha sido capaz de eliminar la discriminación contra la mujer. ¿Podrían ser insuficientes?

Pienso que no. A pesar de que todavía no se haya llegado a la situación ideal, en la que el género no influya, en cualquier aspecto, en la relación entre trabajo y capital, se han producido avances, como se ha visto al inicio de este texto.

Lo importante es persistir en el combate a la discriminación, siendo intransigentes con comportamientos que excluyan, en cualquier hipótesis, a los seres humanos, y estimulando, al mismo tiempo, la corrección de las distorsiones que se observen.

El trabajo, principal medio de subsistencia de las personas, debe estar a disposición de todos los que reúnan los requisitos para su prestación, no

¹⁰⁶ Traducción: Artículo 373-A, Párrafo único. Lo dispuesto en este artículo no obsta la adopción de medidas temporales que tengan como objetivo el establecimiento de las políticas de igualdad entre hombres y mujeres, en particular las que se destinan a corregir las distorsiones que afectan a la formación profesional, el acceso al empleo y a las condiciones generales de trabajo de la mujer. Artículo 390-E. La persona jurídica podrá asociarse a entidades de formación profesional, sociedades civiles, sociedades cooperativas, órganos y entidades públicas o entidades sindicales, bien como firmar convenios para el desarrollo de acciones conjuntas, con el objetivo de ejecutar proyectos relativos al incentivo al trabajo de la mujer.

pudiendo depender de razones arbitrarias y sin motivación lícita, como el género al que pertenece aquel que lo postula.

5. Bibliografía

- Brito Filho, J. C. M. de, *Discriminação no trabalho*, São Paulo, Brasil, LTr, 2002.
- Brito Filho, J. C. M. de, *Ações afirmativas*, 3 ed. São Paulo, Brasil, LTr, 2014.
- Cashmore, E., *Dicionário de relações étnicas e raciais*, São Paulo, Brasil, Summus, 2000.
- Comparato, F. K., *A afirmação histórica dos direitos humanos*, São Paulo, Brasil, Saraiva, 1999.
- Crochik, J. L., *Preconceito: indivíduo e cultura*, São Paulo, Brasil, Robe Editorial, 1997.
- Goffman, E., *Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada*, 4 ed. Traducción de Márcia Bandeira de Mello Leite Nunes, Rio de Janeiro, Brasil, Editora Guanabara, 1988.
- Hastorf, A., Schneider, D. y Polefka, J., *Percepção de pessoa*, traducción de Dante Moreira Leite, São Paulo, Brasil, Ed. da Universidade de São Paulo, 1973.
- Rodrigues, A., *Psicologia social*, 17 ed., Petrópolis, Brasil, Vozes, 1998.
- Süssekind, A., *Convenções da OIT*, São Paulo, Brasil, LTr, 1994.
- Viana, M. T. y otros (Coord.), *Discriminação*, São Paulo, Brasil, LTr, 2000.
- Wucher, G., *Minorias: proteção internacional em prol da democracia*, São Paulo, Brasil, Juarez de Oliveira, 2000.

Inspección laboral en materia de trabajo infantil en Perú

Gabriel ACURIO SALAZAR*

RESUMEN: El trabajo infantil es un fenómeno complejo y multidimensional del que es difícil separar sus componentes sociales, culturales y económicos, pues en cada país o región está estrechamente vinculado con el entorno social, cultural y económico. La prevención y erradicación del trabajo infantil es un objetivo crucial para todos los países del mundo en su propósito de asegurar los derechos de los niños, niñas y adolescentes, procurar trabajo decente para todos los ciudadanos y cumplir con el primer Objetivo de Desarrollo del Milenio de las Naciones Unidas, que consiste en revertir la pobreza y el hambre. Así pues en la presente investigación, desarrollaremos el concepto de trabajo infantil, la inspección laboral en materia de trabajo infantil y las diferentes aristas claramente expresado en los compromisos e instrumentos internacionales en todo el mundo, particularmente en los países en vías de desarrollo como el Perú.

Palabras clave: Trabajo infantil, inspección laboral, Sunafil.

SUMARIO: 1. Antecedentes. 2. Definición de trabajo infantil. 3. Consecuencias. 4. Formas de trabajo infantil. 5. Inspección del trabajo y su vinculación con el trabajo infantil. 6. Inspección del trabajo en materia de trabajo infantil. 7. Marco normativo. 8. Algunas interrogantes. 9. Conclusiones. 10. Bibliografía.

* Abogado y Maestro en Derecho por la Universidad Nacional de San Antonio Abad del Cusco – UNSAAC. Estudios concluidos de Doctorado “Sociedad, Democracia, Estado y Derecho”: Universidad del País Vasco - España UPV/EHU. Inspector (a) de la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral. Ex Magistrado de la Corte Superior de Justicia del Cusco – Perú.

1. Antecedentes

La incorporación de los niños, niñas y adolescentes al trabajo no es un hecho nuevo. El trabajo infantil ha estado presente en diversas épocas y constituyó un problema innegable en los orígenes de la Revolución Industrial. Ello generó que el Derecho reaccionara, estableciendo edades mínimas para trabajar y creando una regulación especial más beneficiosa que la normatividad laboral común¹⁰⁷.

En todas las sociedades, la actividad económica de los niños para sus padres ha sido considerada un factor de socialización en el marco de la unidad de producción económica que constituye la familia en la sociedad preindustrial. Sin embargo, el trabajo de los niños abandonó rápidamente su carácter formador para transformarse en una forma de explotación perjudicial para su desarrollo. Surgió pues claramente la necesidad de elaborar una legislación protectora de los menores, en la medida en que la situación del niño implicaba a un tercero¹⁰⁸. El trabajo fuera de la estructura familiar, casi siempre míseramente remunerado o esclavo, ha sido siempre una forma de explotación, sin ninguna contrapartida formativa ni de ningún otro tipo. Este tipo de trabajo, afectando a una menor o mayor proporción de menores en cada sociedad, reglamentado o no, bajo mejores o peores condiciones, normalmente rigurosas y en ocasiones despiadadas, ha existido siempre. Desde las culturas mesopotámicas y el Antiguo Egipto, pasando por la gran industrialización europea del siglo XIX, hasta su persistencia actual¹⁰⁹.

El trabajo infantil, concebido como método formativo del ser humano, y la explotación de los niños y adolescentes, son conceptos diferentes, que tienen solo un punto de coincidencia: las raíces históricas que se remontan al Perú precolombino.

El historiador Ricardo Portocarrero, en una investigación ad hoc sobre el tema, sostiene que en el Perú precolombino, el trabajo de los niños y de los adolescentes era implícito, gradual y concebido como una vía de formación previa a las actividades que desempeñarían los individuos en su

¹⁰⁷ Cámara Botía, A., “Los menores en la legislación laboral española”, *Anales de Historia Contemporánea*, Universidad de Murcia, 2003, n. 19, p. 125.

¹⁰⁸ Hernández Pulido, R., y Caron, T., *Protección de los niños y adolescentes*, Madrid, Derechos fundamentales en el trabajo y normas internacionales de trabajo, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales/Subdirección General de Publicaciones (ed.) Organización Internacional del Trabajo y Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de España, 2003, p. 117.

¹⁰⁹ En: <http://www.amnistiacatalunya.org/edu/es/historia/h-trabajo.html> (consultada en agosto de 2014).

adulthood, etapa en la que además adquirirían responsabilidades familiares y tributarias. No existen estadísticas de las edades en las que los niños comenzaban a trabajar, pues la edad no era un dato relevante en esa época. Lo que contaba eran las habilidades y capacidades de las personas, según las tareas encomendadas.

La esclavitud de los pueblos conquistados probablemente abrió espacios para la explotación de niños y adolescentes, sin embargo, no se cuenta con una referencia histórica de rigor para esta afirmación.

Un aporte interesante que da el historiador Portocarrero, es que la conquista española, al ocasionar una crisis demográfica entre la población indígena, sembró la semilla de la explotación de niños, niñas y adolescentes en el Perú.

De los 8 millones de habitantes que habrían encontrado los españoles (1532), la población se habría reducido a 1,3 millones (1590), con mayor impacto en la zona costera, la sierra norte y noreste del Perú. La abrupta reducción demográfica se explica no solo por el genocidio de la guerra de la conquista, sino entre otros aspectos, por el efecto devastador de enfermedades que llegaron de Europa y que arrasaron con las poblaciones nativas¹¹⁰.

Ante la necesidad de mantener el pago de tributos a los encomenderos, las mujeres nativas sobrevivientes, sobre todo las niñas, asumieron el rol de trabajadoras en las labores agrícolas, textiles y ámbitos domésticos. A los niños, se les habría asignado labores sobre todo en las minas y transporte de carga. Por lo tanto, aquellas actividades que eran consideradas como parte de la formación temprana de las personas, se depravaron cambiando la perspectiva “formativa”, por la de “explotación”.

Para la OIT¹¹¹, la situación de los niños, niñas y adolescentes trabajadores

¹¹⁰ Portocarrero Grados, R., *El trabajo infantil en el Perú. Apuntes de Interpretación histórica*, Lima, Instituto de Formación de Educadores de Jóvenes, Adolescentes y Niños Trabajadores de América Latina y el Caribe, Ifejant, 1998, p. 27.

¹¹¹ La Organización Internacional de Trabajo (OIT) fue creada en 1919 como parte del Tratado de Versalles, que terminó con la Primera Guerra Mundial y reflejó la convicción de que la justicia social es esencial para alcanzar una paz universal y permanente. En la actualidad, la OIT favorece la creación de trabajo decente y las condiciones laborales y económicas que permitan a trabajadores y a empleadores su participación en la paz duradera, la prosperidad y el progreso. Su estructura tripartita ofrece una plataforma desde la cual promover el trabajo decente para todos los hombres y todas las mujeres. Sus principales objetivos son: a) fomentar los derechos laborales, b) ampliar las oportunidades de acceder a un empleo decente, c) mejorar la protección social y d) fortalecer el diálogo al abordar temas relacionados con el trabajo. En materia de trabajo infantil, la OIT constituye la entidad supranacional especializada en el tema. Ha emitido diversos instrumentos internacionales que establecen el estándar mínimo de protección (entre otros, los convenios 138 y 182) y supervisa el cumplimiento de los mismos en cada

constituyó un motivo de preocupación desde sus inicios¹¹². En la primera sesión de la Conferencia Internacional de Trabajo en 1919, los delegados gubernamentales y los representantes de trabajadores y empleadores adoptaron el Convenio sobre la edad mínima (industria) de 1919 (núm. 5), con la finalidad de proteger a la niñez de la explotación económica y establecer una edad mínima para su admisión a los trabajos industriales. Este convenio fue el punto de partida de la actividad normativa de la OIT en la erradicación del trabajo infantil¹¹³.

En 1992, la OIT creó el Programa Internacional para la Erradicación del Trabajo Infantil (IPEC) como instancia de cooperación técnica para impulsar la eliminación del trabajo infantil a nivel mundial. En el año 1996, con apoyo de la Agencia Española de Cooperación Internacional (AECI) se inició un proyecto regional para América Latina y el Caribe que involucró a 18 países de la región.

En una primera etapa de intervención, que abarcó de 1996 al 2000, se pudo avanzar en la identificación del trabajo infantil como un problema por resolver e iniciar la articulación de una respuesta institucional por parte de los estados. En una segunda etapa, del 2001 al 2006, y en base a los avances de esta primera etapa, el proyecto tuvo como objetivo consolidar estos compromisos e impulsar la ratificación de los convenios Núm. 138 y Núm. 182 de la OIT, referidos a la determinación de una edad mínima y la erradicación inmediata de las peores formas del trabajo infantil, respectivamente. Es en esta etapa en la mayoría de los países se conforman Comisiones Nacionales y se diseñan planes nacionales para la prevención y erradicación del trabajo infantil.

En el Perú, la ratificación de los Convenios Núm. 138 y Núm. 182 se realizó en el año 2002 y el mismo año se renovó el memorando de entendimiento con la OIT, donde el Estado peruano se comprometía a conformar un Comité Directivo Nacional para la Prevención y Eliminación del Trabajo Infantil (PETI), la elaboración de un plan y en general implementar los convenios suscritos.

2. Definición de trabajo infantil

Se entiende por trabajo infantil aquellas actividades económicas y/o

país miembro. Véase: <http://www.ilo.org/global/lang-es/index.htm> (consultado el 27 de marzo de 2014).

¹¹² Neves Mujica, J., “El trabajo infantil en las acciones de interés público”, Lima, *Ins et Veritas*, Año 12, n. 23, p. 224.

¹¹³ Hernández-Pulido, R., Caron T., *óp. cit.*, p. 118.

estrategias de supervivencia, con o sin finalidad de lucro, remuneradas o no, realizadas por niñas y niños independientemente de su condición ocupacional¹¹⁴. Por otra parte, se considera trabajo infantil, aquel que por su naturaleza o intensidad es perjudicial para la escolarización de los niños o perjudica su salud y desarrollo. Lo que preocupa son las consecuencias para los niños a los que se les niega su infancia y un futuro, que trabajan a una edad demasiado temprana, que trabajan muchas horas a cambio de un salario exiguo, que lo hacen en condiciones nocivas para su salud y para su desarrollo físico y mental, que están separados de su familia o que no tienen acceso a la educación. Ese trabajo infantil puede causar daños irreversibles al niño y es contrario no sólo a la legislación internacional sino también, normalmente, a la nacional¹¹⁵.

Como aquel que “[...] está prohibido para los niños de determinadas franjas de edad, concretamente el trabajo realizado por niños menores de la edad mínima exigida para el tipo de trabajo considerado, o el trabajo que, por su carácter o sus condiciones perjudiciales, se considera inaceptable para los niños y, por lo tanto, está prohibido”¹¹⁶. En ese sentido, esta definición indica que se entiende como trabajo infantil a las actividades que son nocivas para las personas menores de edad – y que, por ende, deben erradicarse –, y se clasifican en: a) las realizadas por debajo de las edades mínimas establecidas a nivel internacional y nacional y b) las realizadas en situaciones de peligro para la salud, la moralidad y la integridad de las personas menores de edad¹¹⁷.

El término “trabajo infantil” suele ser definido como el trabajo que priva a los niños, niñas o adolescentes de su infancia, su potencial y su dignidad, y que es nocivo para su desarrollo físico y mental. Se refiere al trabajo que:

Es física, mental, social o moralmente perjudicial o dañino para el niño, e interfiere en su escolarización:

- Privándole de la oportunidad de ir a la escuela;
- Obligándole a abandonar prematuramente las aulas, o
- Exigiendo que intente combinar la asistencia a la escuela con largas jornadas de trabajo pesado.

¹¹⁴ *Guía para la implementación de un Sistema de Inspección y Monitoreo del Trabajo Infantil en los países del Mercosur y Chile*, Documento de Trabajo n. 169, Oficina Regional para América Latina y el Caribe-IPEC Sudamérica, 2003, p. 16.

¹¹⁵ Organización Internacional del Trabajo, *Combatiendo las Peores Formas de Trabajo Infantil: Manual para Inspectores*, Litografía e Imprenta LIL, S.A., San José, 2003, p. 3.

¹¹⁶ Organización Internacional del Trabajo, *Principios y derechos fundamentales en el trabajo: del compromiso a la acción*, Informe VI, Conferencia Internacional del Trabajo, 101ª Reunión, 2012, Párrafo 59.

¹¹⁷ Informe Defensorial n. 166, *Trabajo Infantil y Derechos Fundamentales de los Niños, Niñas y Adolescentes en el Perú*, Serie de Informes Defensoriales, Lima 2014, p. 12.

En sus formas más extremas, el trabajo infantil implica niños, niñas o adolescentes que son esclavizados, separados de sus familias, expuestos a graves riesgos y enfermedades y/o abandonados a valerse por sí mismos en las calles de las grandes ciudades, a menudo a muy temprana edad.

El que una forma particular de “trabajo” pueda ser llamada “trabajo infantil” depende de la edad del niño, el tipo y horas de trabajo desempeñado, las condiciones bajo las que se efectúa y los objetivos perseguidos por los países individuales. La respuesta varía de país en país, así como entre sectores dentro de los países¹¹⁸.

3. Consecuencias

El ingreso prematuro al trabajo es una de las más graves causas y consecuencias de la pobreza pues genera pérdida de oportunidades para nuestras niñas y niños, representa una violación a sus derechos, afecta su salud, seguridad, desarrollo físico, educativo y psicosocial, debilita la demanda y oferta de trabajo decente y daña el desarrollo social y económico del país.

De forma detallada, las consecuencias del trabajo infantil en los niños y niñas son:

1) Sociales y morales:

- Profundiza la desigualdad.
- Vulnera los derechos humanos fundamentales de la infancia y la adolescencia.
- Acelera el proceso de maduración.
- Impide o limita el adecuado proceso educativo.
- Los enfrenta a un ambiente adulto y a veces hostil.
- Genera pérdida de la autoestima, problemas de adaptación social y traumas.

2) Físicas y psíquicas:

- Enfermedades crónicas.
- Dependencia de fármacos.
- Retraso en el crecimiento.
- Agotamiento físico.
- Abusos físicos y psíquicos.
- Picaduras de insectos y animales ponzoñosos.

¹¹⁸

Fundación

Telefónica.-

<http://www.fundacion.telefonica.com.pe/pronino/trabajo.asp> (consultado en enero de 2014).

- Infecciones a causa de químicos.
- Heridas, quemaduras y amputaciones.
- Dolores en las articulaciones y deformaciones óseas.
- Intoxicaciones.
- Enfermedades ocupacionales.
- Bajas condiciones nutricionales.
- Riesgo de muerte.

3) *Educativas:*

- El retraso escolar del niño que trabaja incurre a la larga en deserción escolar debido a que no logra asistir descansado y bien alimentado a la escuela para poder aprovechar adecuadamente los cursos y enseñanzas recibidas.

4) *Económicas:*

- La pérdida promedio de 2 años de escolaridad a largo plazo significa un 20% menos de remuneración durante toda su vida adulta.
- Pérdida de poder adquisitivo del mercado nacional.
- La pérdida de años de educación se traduce en una calidad inferior del capital humano disponible en una sociedad.
- Incidencia negativa en el PBI.

4. Formas de trabajo infantil

Los trabajos que realizan los niños son tan variados como los de los adultos. Su mano de obra es demandada porque su remuneración es menor que el de un adulto, porque caben en espacios donde los adultos no pueden hacerlo, o simplemente porque son más vulnerables a la explotación.

Los principales tipos de trabajo infantil en el Perú incluyen:

- Trabajo doméstico.
- En minas y canteras.
- En agricultura.
- En basurales.
- En Petroleras.
- En Fábricas.
- En ladrilleras.
- En coheterías.
- En mercados.
- En transporte público.
- En venta ambulatoria.
- En pesca y extracción de moluscos.

En nuestro país y en cumplimiento a los convenios ratificados con la OIT, es urgente erradicar:

- El trabajo que ponga en peligro el bienestar físico, mental o moral del niño, niña o adolescente, ya sea por su propia naturaleza o por las condiciones en que se realiza, al cual se denomina trabajo peligroso.
- El trabajo realizado por debajo de los 14 años.

Cualquiera de las incuestionablemente peores formas de trabajo infantil, que internacionalmente se definen como esclavitud, trata de personas, servidumbre por deudas y otras formas de trabajo forzoso, como el reclutamiento forzoso de niños para utilizarlos en conflictos armados, explotación sexual comercial y pornografía, y actividades ilícitas.

5. Inspección del trabajo y su vinculación con el trabajo infantil

Existen dos convenios que vinculan directamente a la inspección laboral con la temática de trabajo infantil.

5.1. Convenio 81 OIT

El artículo 3.1 del Convenio 81 OIT (Convenio relativo a la inspección de trabajo en la industria y el comercio) establece como una de las funciones del sistema de inspección laboral: (a) Velar por el cumplimiento de las disposiciones legales relativas a las condiciones de trabajo y a la protección de los trabajadores en el ejercicio de su profesión, tales como las disposiciones sobre horas de trabajo, salarios, seguridad, higiene y bienestar, *empleo de menores* y demás disposiciones afines, en la medida en que los inspectores del trabajo estén encargados de velar por el cumplimiento de dichas disposiciones (subrayado mío).

5.2. Convenio 129 OIT

El artículo 6.1 del Convenio 129 OIT (Convenio sobre la inspección de trabajo en agricultura) señala sobre el particular: El sistema de inspección del trabajo en la agricultura estará encargado de: (a) velar por el cumplimiento de las disposiciones legales relativas a las condiciones de trabajo y a la protección de los trabajadores en el ejercicio de su profesión, tales como las disposiciones sobre horas de trabajo, salarios, descanso semanal y vacaciones; seguridad, higiene y bienestar; *empleo de mujeres y*

menores, y demás disposiciones afines, en la medida en que los inspectores del trabajo estén encargados de velar por el cumplimiento de dichas disposiciones (subrayado mío).

Este vínculo se evidencia también en el párrafo 14 de la Recomendación n. 146 de la OIT, que establece la necesidad de fortalecer el sistema de inspección laboral para erradicar el trabajo infantil. Tal fortalecimiento puede llevarse a cabo, por ejemplo, mediante la formación de los inspectores para descubrir los abusos que puedan producirse en el empleo o trabajo de niños, niñas y adolescentes¹¹⁹.

En síntesis, a partir de diversos instrumentos internacionales se reconoce un vínculo entre la inspección laboral y la erradicación del trabajo infantil. Así, la inspección permite detectar cuándo se vulneran los derechos de las personas menores de edad para, a partir de allí, adoptar las medidas correctivas correspondientes. Ello justifica la necesidad de fortalecer el sistema de inspección laboral¹²⁰.

6. Inspección del trabajo en materia de trabajo infantil

6.1. Antecedentes en el Perú

La inspección del trabajo en el Perú tiene los siguientes antecedentes históricos:

- En 1901 el Estado interviene por primera vez en asuntos laborales a través del Ministerio de Gobierno y Policía, el cual asume la función de registrar los contratos del servicio doméstico.
- Doce años después, el 30 de enero de 1913, se expide un Decreto por el cual se encarga a la "Sección Obrera", la tarea de centralizar los datos sobre la situación y movimiento del trabajo.
- El 30 de setiembre de 1919, en la Dirección de Fomento del Ministerio de Fomento se crea la "Sección del Trabajo". Posteriormente, con la dación del Decreto Supremo del 06 de marzo de 1920, se le encargan los servicios de Legislación del Trabajo, Estadística, Inspecciones, Asociaciones e Instituciones del Trabajo, Cultura y Previsión Social.
- Un año después, el 12 de setiembre de 1921, se organiza la sección de "Asuntos Indígenas", dentro del Ministerio de Fomento, y el 28 de abril de 1922, se crea el Concejo Superior de Trabajo y Previsión Social.
- Cabe destacar la creación de la Inspección General del Trabajo el 02 de

¹¹⁹ Hernández Pulido, R., Caron T., *óp. cit.*, p. 190.

¹²⁰ Informe Defensorial n. 166, *óp. cit.*, p. 92.

enero de 1929. Esta dependencia estuvo encargada de velar por el cumplimiento de leyes, decretos y resoluciones relativas al trabajo, *en especial el de los niños* y mujeres, tarea que antes estuvo reservada a las Municipalidades. (subrayado y resaltado mío)

- El 10 de enero de 1930, mediante Decreto Supremo, se aprobó el Reglamento Interno del Ministerio de Fomento y Obras Públicas, estableciéndose la Sección de Inspección General.

- El 17 de junio de 1931, se promulgó el Decreto Ley n. 7190 que declara que los fallos de la Sección de Trabajo y Previsión Social del Ministerio de Fomento, adquirirían valor de cosa juzgada. A través del Decreto Ley N° 7191, del mismo año, se autoriza al Ministerio de Fomento establecer Inspecciones Regionales de Trabajo en las zonas industriales en las que era necesario realizar inspecciones para atender conflictos colectivos. Así se crearon progresivamente las inspecciones regionales del trabajo de Talara, Cañete, La Libertad, Junín, Chancay, Callao, Arequipa, Lambayeque, Piura, Cuzco.

- El 16 de marzo de 2001, se promulgó el Decreto Legislativo 910, Ley General De Inspección del Trabajo y Defensa del Trabajador, vigente a partir del 01 de julio de 2001, que establece la competencia, facultades, principios organizativos y procedimientos del Ministerio de Trabajo y Promoción Social sobre Inspección del Trabajo y Defensa Legal Gratuita y Asesoría del Trabajador, en concordancia con lo establecido en los Convenios Internacionales de la Organización Internacional del Trabajo, ratificados por el Perú.

- El 19 de julio de 2006, se promulga la Ley n. 28806 Ley General de Inspección del Trabajo, que tiene por objeto regular el Sistema de Inspección del Trabajo, su composición, estructura orgánica, facultades y competencias, de conformidad con el Convenio n. 81 de la Organización Internacional del Trabajo.

- El 22 de octubre de 2006, se promulga el D.S. n. 019-2006-TR Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo, teniendo por objeto desarrollar las normas establecidas en los Títulos I, II y IV de la Ley n. 28806, Ley General de Inspección del Trabajo.

- El 12 de enero de 2013, se promulga la Ley n. 29981 Ley que crea la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (Sunafil), modifica la Ley 28806, Ley General de Inspección del Trabajo, y la Ley 27867, Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, mediante la cual se crea la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (Sunafil), en adelante Sunafil, como organismo técnico especializado, adscrito al Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, responsable de promover, supervisar y fiscalizar el cumplimiento del ordenamiento jurídico sociolaboral y el de

seguridad y salud en el trabajo, así como brindar asesoría técnica, realizar investigaciones y proponer la emisión de normas sobre dichas materias.

6.2. Definición de Inspección del Trabajo

El Sistema de Inspección del Trabajo, es un sistema único, polivalente e integrado a cargo del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, constituido por el conjunto de normas, órganos, servidores públicos y medios que contribuyen al adecuado cumplimiento de la normativa laboral, de prevención de riesgos laborales, colocación, empleo, trabajo infantil, promoción del empleo y formación para el trabajo, seguridad social, migración y trabajo de extranjeros, y cuantas otras materias le sean atribuidas. La Inspección del Trabajo se define como aquel servicio público encargado de vigilar el cumplimiento de las normas de orden sociolaboral y de la seguridad social, de exigir las responsabilidades administrativas que correspondan, así como de orientar y asesorar técnicamente en dichas materias. Estas competencias se sustentan en lo dispuesto por el Convenio n. 81 de la Organización Internacional del Trabajo¹²¹.

Corresponde a la Inspección del Trabajo el ejercicio de la función de inspección y de aquellas otras competencias que le encomiende el Ordenamiento Jurídico Sociolaboral, cuyo ejercicio no podrá limitar el efectivo cumplimiento de la función de inspección, ni perjudicar la autoridad e imparcialidad de los inspectores del trabajo.

6.3. Funciones de la inspección del trabajo materia de trabajo infantil¹²²

La Ley 28806 Ley General de Inspección del Trabajo (en adelante la Ley) y El Decreto Supremo n. 019-2006-TR Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo, establecen que corresponde a la Inspección del Trabajo el ejercicio de las funciones de vigilancia y exigencia del cumplimiento de normas así como las funciones de orientación y asistencia técnica.

- *Vigilancia y exigencia del cumplimiento de normas.*- El artículo 3 numeral 1 de la Ley señala: “De vigilancia y exigencia del cumplimiento de las normas

¹²¹ Artículo 1, Ley 28806 Ley General de Inspección del Trabajo.

¹²² *Ibid.* Artículo 3.

legales, reglamentarias, convencionales y condiciones contractuales, en el orden sociolaboral, ya se refieran al régimen de común aplicación o a los regímenes especiales: (...) e) Trabajo Infantil. e.1) Normas sobre trabajo de los niños, niñas y adolescentes.

- *De orientación.*- El artículo 3 numeral 1 de la Ley señala: - De orientación y asistencia técnica (...).”

Esta función tiene como objetivo ilustrar, concientizar, informar a los empleadores, a los trabajadores y a las organizaciones sindicales sobre los alcances de sus derechos y obligaciones, así como las repercusiones de su cumplimiento e incumplimiento de las normas sociolaborales¹²³. Esta función complementa a la función de vigilancia y exigencia de las normas, toda vez que un adecuado conocimiento anticipado de las mismas, por parte de los empleadores, los trabajadores y a las organizaciones sindicales sobre sus derechos y obligaciones, conllevará a su cumplimiento y observancia¹²⁴.

6.4. Objetivos del sistema de inspección laboral en materia de trabajo infantil¹²⁵

- Proteger plenamente la salud y la seguridad en el lugar de trabajo de los niños, niñas y adolescentes que han cumplido la edad mínima autorizada de admisión al empleo. La protección puede lograrse introduciendo mejoras generales en materia de seguridad y salud en el lugar de trabajo y evitando que las personas menores de edad realicen tareas peligrosas.

- Retirar a los niños, niñas y adolescentes de los lugares donde realizan trabajos peligrosos o que no cumplen con la edad mínima de admisión al empleo, y se los remita a las autoridades competentes, que se ocuparán de escolarizarlos e impartirles una formación profesional.

Estos objetivos se concretan a través de las supervisiones que realizan los inspectores. Es por ello que la función de un inspector presenta características particulares en materia de trabajo infantil: a) capacidad de acceder a los lugares de trabajo libremente y sin trabas en cualquier momento del día o de la noche; b) propiciar mejoras en las condiciones de

¹²³ Acurio Salazar, G., *Ponencia sobre la inspección laboral en materia de trabajo infantil*, Sexto Congreso Nacional de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, Arequipa octubre 2014.

¹²⁴ Acurio Salazar, G., *Ponencia sobre la inspección laboral en materia de trabajo infantil*, Lima, Organización Internacional del Trabajo OIT, noviembre 2014.

¹²⁵ Información disponible en: <http://www.ilo.org/ipecc/Action/Labourinspection/lang-es/index.htm> (consultado en agosto de 2014).

trabajo y exigir, bajo apercibimiento, el cumplimiento de la normativa legal y convencional a los empleadores; c) informar de la situación y tomar medidas prácticas contra los transgresores; d) hacer partícipes a otras autoridades, en particular las de educación y protección de la niñez; y e) imponer sanciones pertinentes sobre la base de la autoridad que les confiere el organismo en el que prestan servicios y el ordenamiento jurídico¹²⁶.

6.5. Inspección laboral en casos de peores formas de trabajo infantil

- Los numerales 25.7 y 25.18 del artículo 25 del Reglamento de la Ley General de Inspección de Trabajo (aprobado por Decreto Supremo n. 019-2006-TR) contempla como infracción muy grave e insubsanables, el incumplimiento de las disposiciones relacionadas con el trabajo de los niños, niñas y adolescentes menores de 18 años de edad, en especial, los supuestos de “[...] trabajo forzoso y la trata de personas con fines de explotación laboral”.

- La Estrategia Nacional para la Prevención y Erradicación del Trabajo Infantil 2012-2021, aprobada mediante Decreto Supremo N° 015-2012-TR, establece como objetivo específico N° 5 el “incrementar y fortalecer servicios de detección, protección y sanción frente al trabajo infantil peligroso y a la explotación infantil y adolescente”.

- El Protocolo de Actuación Sectorial en Trabajo Infantil – aprobado por Resolución Ministerial n. 0265-2012-TR – establece como finalidad “coadyuvar desde el MTPE, a la consolidación de una política nacional articulada que prevenga y erradique el *trabajo infantil prohibido* y garantice el bienestar y los derechos de los adolescentes en trabajos autorizados, de conformidad con los principios constitucionales y compromisos internacionales asumidos por el Estado peruano” (cursivas añadidas).

Ello no quiere decir que las autoridades encargadas de perseguir y sancionar los delitos dejen de asumir competencia en los casos de peores formas de trabajo infantil. Al contrario: las peores formas de trabajo infantil, en la medida que implican graves afectaciones a los derechos de los niños, niñas y adolescentes, deben encontrarse expresamente sancionadas dentro del Código Penal, en aplicación de los principios de

¹²⁶ Organización Internacional del Trabajo, *Guía para la implementación de un Sistema de Inspección y Monitoreo del Trabajo Infantil en los países del Mercosur y Chile*, Documento de Trabajo n. 169, Oficina Regional para América Latina y el Caribe-IPEC Sudamérica, 2003, p. 41-42.

lesividad y última *ratio* del Derecho Penal. Por ello, la intervención de la Policía Nacional, el Ministerio Público y el Poder Judicial es imprescindible.

6.6. Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral – Sunafil, rol fiscalizador en materia de trabajo infantil

Mediante Ley n. 29981¹²⁷ se creó la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (Sunafil), organismo técnico especializado, adscrito al Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, que tendrá a cargo el promover, supervisar y fiscalizar el cumplimiento del ordenamiento jurídico sociolaboral y el de seguridad y salud en el trabajo, así como brindar asesoría técnica, realizar investigaciones y proponer la emisión de normas sobre dichas materias (artículo 1 de la Ley y artículo 2 del D.S. Nro. 007-2013-TR Reglamento de Organización y Funciones). Dicho órgano se constituyó, además, como el ente rector y la autoridad central del Sistema de Inspección del Trabajo de acuerdo a lo dispuesto en el Convenio 81 de la Organización Internacional del Trabajo (artículo 3 de la Ley y del ROF). La Sunafil desarrolla y ejecuta todas las funciones y competencias establecidas en el artículo 3 de la Ley 28806, Ley General de Inspección del Trabajo, en el ámbito nacional y cumple el rol de autoridad central y ente rector del Sistema de Inspección del Trabajo, de conformidad con las políticas y planes nacionales y sectoriales, así como con las políticas institucionales y los lineamientos técnicos del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo. Los gobiernos regionales, en el marco de las funciones establecidas en el artículo 48, literal f), de la Ley 27867, Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, desarrollan y ejecutan, dentro de su respectivo ámbito territorial, todas las funciones y competencias señaladas en el artículo 3 de la Ley 28806, Ley General de Inspección del Trabajo, con relación a las microempresas, sean formales o no y de acuerdo a como lo defina el reglamento, en concordancia con las políticas y planes nacionales y sectoriales, así como con las normas que emita el ente rector del sistema funcional.

Los Inspectores de Trabajo de la Sunafil, para realizar inspecciones en materia de trabajo infantil se rigen por la Ley 28806 Ley General de Inspección del Trabajo y su reglamento, así como los instrumentos legales que se exponen a continuación.

¹²⁷ Publicada en el Diario Oficial El Peruano con fecha 15 de enero del 2013.

6.6.1. Resolución Ministerial n. 265-2012-TR (Protocolo de actuación sectorial en trabajo infantil)

a) Cuestiones generales

Esta norma, según lo señalado en su artículo 2.2, pretende ofrecer pautas de actuación que contribuyan básicamente:

- A una acción articulada de las unidades orgánicas del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, y,
- A la elaboración y aplicación de estrategias de investigación eficaces que optimicen el uso de las facultades inspectivas en la investigación y faciliten la elaboración de conclusiones consistentes.

Si bien estas pautas se basan en la normatividad nacional e internacional vigente que debe guiar la interpretación de las normas sociolaborales (artículo 4.2) y guardan correspondencia con el principio de legalidad que informa toda actuación de los funcionarios públicos (artículo 1.2), constituyen herramientas flexibles y adaptables a los casos particulares, pudiendo su contenido ser renovado según las circunstancias que puedan presentarse (artículo 1.3). Cabe advertir que si bien tienen carácter sectorial han sido concebidos con el objetivo de integración dentro de un Protocolo de Actuación Intersectorial que debe tener como marco la “Estrategia Nacional para la Prevención y Erradicación del Trabajo Infantil 2012-2021” y el “Plan Nacional de Acción por la Infancia y Adolescencia 2012-2021” (artículo 1.4). Su ámbito de aplicación según lo dispuesto en el artículo 5.1 cubre a todas las instancias, órganos y unidades del sector trabajo y promoción del empleo, con especial atención en aquellas que forman parte del Sistema de Inspección del Trabajo (Direcciones Regionales de Trabajo y Promoción del Empleo, Direcciones de Prevención y Solución de Conflictos, entre otras). Sin embargo, se precisa que las Direcciones y Gerencias Regionales de Trabajo y Promoción del Empleo son las responsables del cumplimiento del protocolo (artículo 9.1.). De especial interés desde el punto de vista conceptual es la precisión que realiza del tipo de trabajo realizado por personas menores de edad que debe ser objeto de prevención y erradicación (artículo 6.1.4.):

- a.1. El trabajo de niños, niñas y adolescentes que tienen menos de la edad mínima de admisión al empleo, según la normativa nacional e internacional vigente.
- a.2. El trabajo de adolescentes que, teniendo la edad mínima de admisión al empleo, lo hacen en trabajos peligrosos que ponen en riesgo su salud,

seguridad y desarrollo moral. a.3. Las peores formas de trabajo infantil no designadas como trabajo peligroso.

Más allá de recordar en el artículo 6.2 la normatividad sobre edad mínima de admisión en el empleo, trabajos peligrosos, peores formas de trabajo infantil, resulta relevante señalar que en relación a la edad mínima, advierte que no se deberá tomar en cuenta, entre otros, a los artistas menores de edad (Ley n. 28131 y su reglamento). En este caso, se permitirá la actividad siempre y cuando no se perjudique la salud, no entorpezca su desarrollo educativo y no afecte la moral y las buenas costumbres. De allí que la Autoridad Administrativa de Trabajo esté facultada para prohibir, cuando no se verifiquen las condiciones antes señaladas, este tipo de labor de la persona menor de edad.

Al respecto, debemos precisar que el artículo 21 del Reglamento de la Ley del artista (D.S. n. 058-2004-PCM), si bien establece que la Autoridad Administrativa de Trabajo está facultada para prohibir, cuando no se verifiquen las condiciones señaladas, el trabajo del menor de edad, a continuación se señala que, para el caso de niños, niñas y adolescentes que realizan su actividad de manera autónoma, son competentes las Municipalidades Distritales, de acuerdo a lo regulado en el Código de los Niños y Adolescentes. En ese sentido, se mantiene un doble estándar de protección, dependiendo de si la labor del artista menor de edad es autónoma o independiente, lo cual vulnera el principio-derecho de igualdad.

b) Etapas y pautas de actuación

Las pautas de actuación se deberán aplicar en diversas etapas de actuación: etapa de prevención, etapa de detección e intervención, y, etapa de seguimiento, retroalimentación y servicios de empleo.

b.1. Durante la etapa de prevención (artículo 8.1 y ss.) son dos las actividades centrales: i) la programación anual de las actuaciones inspectivas, y, ii) el registro y sistematización de la información sobre trabajadores adolescentes, que servirá de base a la primera. Para ello establece una serie de facultades para la Dirección General de Derechos Fundamentales y Seguridad y Salud en el Empleo, la Dirección General de Inspección del Trabajo, las Direcciones Regionales de Trabajo y Promoción del Empleo; y la Dirección de Promoción y Protección de los Derechos Fundamentales y Seguridad y Salud en el Trabajo.

b.2. Para el desarrollo de la etapa de detección e intervención se prevé la remisión por parte de diversas autoridades de información relativa a situaciones que evidencien infracciones a la normativa sociolaboral y de seguridad y salud

en materia de trabajo infantil que debe servir a la programación de la actuación inspectiva (punto 8.2.1.). Se establece en el artículo 8.2.2. que dicha programación deberá responder a un diseño previo que contenga una Hipótesis de Investigación y una Estrategia de Intervención, con el objeto de evaluar y seleccionar las actuaciones inspectivas de investigación concreta y pertinente. Seguidamente se establecen en detalle los criterios mínimos para la formulación de la hipótesis y la estrategia (artículos 8.2.3. y 8.2.4.). Asimismo, se dictan pautas concretas a seguir por los inspectores de trabajo durante las actuaciones inspectivas (artículo 8.2.6. y ss.), en la lógica de garantizar de mejor manera los derechos de los trabajadores menores de edad, incluyendo la de carácter social.

b.3. Para la etapa de seguimiento, retroalimentación y servicios de empleo, se dictan pautas para la atención psicosocial de los trabajadores menores de edad, la sistematización y monitoreo de los casos investigados. En efecto, concretamente se establece que: i) La Secretaría Técnica del CPETI coordina y monitorea con los sectores involucrados en la intervención, la ejecución de acciones orientadas a la rehabilitación e inserción de las personas menores de edad, especialmente la prestación de servicios educativos (8.3.1.). ii) La Dirección General de Derechos Fundamentales y Seguridad y Salud en el Trabajo y la Dirección General del Servicio Nacional del Empleo analizan conjuntamente la situación personal y familiar de las víctimas de trabajo infantil con la finalidad de evaluar su incorporación como beneficiarios en los servicios de promoción del empleo y empleabilidad que se brindan a través de la Ventanilla de Única de Promoción del Empleo (artículo 8.3.2.). iii) La Dirección General de Derechos Fundamentales y Seguridad y Salud en el Trabajo y la Dirección General de Inspección de Trabajo coordina la sistematización y divulgación sobre los casos investigados y socializan las recomendaciones formuladas. Igualmente promoverán los estudios e investigaciones sobre la materia (artículo 8.3.3.). iv) Por último, se establece que la Dirección General de Derechos Fundamentales y Seguridad y Salud en el Trabajo diseñara e implementará un sistema de monitoreo de casos, el cual deberá articularse con el sistema homólogo de la Estrategia Nacional para la Prevención y Erradicación del Trabajo Infantil (artículo 8.3.4.).

**6.6.2. Resolución Directoral n. 213-2013-MTPE/2/16
(aprueba la Directiva General n. 02-2012-MTPE/2/16, “Normas aplicables al Sistema de Inspección del Trabajo en materia de prevención y erradicación del Trabajo Infantil”)**

Esta norma se complementa con el Protocolo de actuación sectorial en trabajo infantil y tiene como finalidad establecer criterios mínimos de actuación y observancia obligatorias por los actores del Sistema de Inspección del Trabajo en el ámbito del trabajo de niños, niñas y adolescentes (parte II y artículo 5.3.4.).

Los órganos responsables de su cumplimiento en distintos niveles son la Dirección General de Inspección de Trabajo y las Direcciones Regionales (artículos 6.1. y 6.2.). Las pautas establecidas se aplicarán, según sea el caso:

a) Durante la programación de las actuaciones inspectivas

Dispone que la Dirección General de Inspección de Trabajo deberá acceder a las fuentes de información previstas en el protocolo de las que puedan evidenciarse a priori situaciones vulneratorias de normas sociolabores sobre trabajo infantil e incluirá en el Plan Anual de Inspección la ejecución de actuaciones inspectivas (artículo 5.1.1.). Asimismo, plantea que esta dirección una vez recibida la información del registro de trabajadores adolescentes administrada por la Dirección General de Derechos Fundamentales y Seguridad y Salud en el Trabajo priorice la programación de visitas inspectivas a fin de verificar las condiciones en la que laboran las personas menores de edad registradas (artículo 5.1.2.). De igual modo, indica que las Direcciones Regionales de Trabajo y Promoción del Empleo aprobarán los planes regionales sobre la base del Plan Anual de Inspección aprobado por la Dirección General de Inspección de Trabajo, y ejecuta las actuaciones inspectivas no programadas que sean priorizadas (artículo 5.1.3.). Por último, señala que la Dirección General de Inspección de Trabajo y las Direcciones Regionales de Trabajo y Promoción del Empleo programarán las actuaciones inspectivas sobre la base de los planes anuales y regionales aprobados (artículo 5.1.4.).

b) La realización de las actuaciones inspectivas de investigación

En primer lugar, establece la entrega al empleador y trabajadores de la “Cartilla Informativa” sobre el cumplimiento de las normas sobre trabajo

infantil (artículo 5.2.1.) y la aplicación del “Cuestionario Exploratorio” sobre trabajo infantil (artículo 5.2.2.). En caso de constatarse la presencia de personas menores de edad se completará la aplicación de la “Ficha de Evaluación del Menor” (artículo 5.2.5).

En segundo lugar, señala en el artículo 5.2.3. Que si de la aplicación del cuestionario surgen indicios de vulneración de normas laborales sobre trabajo infantil deberá solicitar la ampliación de las materias de inspección. Además, en el mismo artículo prevé un mecanismo de actuación *ad hoc* en los casos complejos que impidan o dificulten el ejercicio de las facultades inspectivas de los inspectores de trabajo.

En tercer lugar, enfatizan que en el caso de detectar supuestos de trabajos prohibidos de trabajo infantil y que exista riesgo de desaparición de medios de prueba o hechos se deberá actuar de inmediato solicitando, si fuera el caso, el auxilio y colaboración de otras entidades (artículo 5.2.4.). Cabe advertir, que esta actuación inmediata no solo se debe exigir al Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, sino también a las otras entidades involucradas en la lucha para erradicar el trabajo infantil. Es por ello que se requiere de un protocolo especializado que ordene la actuación de las diversas entidades, de acuerdo al eje de intervención que corresponda (prevención, detección e intervención, y de seguimiento, retroalimentación y servicios de empleo).

En cuarto lugar, en caso de constatarse la presencia de personas menores de edad se interrogará a este y al empleador por separado (artículo 5.2.5.).

En quinto lugar, se establece los criterios para determinar el carácter de insubsanable de las infracciones de la normatividad sobre trabajo infantil (artículo 5.2.6.) y las medidas correctivas a disponer frente la verificación de dichas infracciones (artículo 5.2.7.). En otros términos, la infracción a las normas que regulan el trabajo infantil en nuestro país es insubsanable. De allí que no se entienda que en el artículo 31 de la Ley General de Inspección del Trabajo, se haya establecido la posibilidad de regular infracciones de trabajo infantil con sanciones de carácter leve, grave o muy grave. Por el contrario, y tal como lo señalamos anteriormente, el incumplimiento a la normativa sobre trabajo de personas menores de edad debe calificar siempre como un supuesto “muy grave”.

De modo complementario, establece pautas en relación al registro de las actuaciones inspectivas (artículo 5.3.1.), la concurrencia de ilícitos penales (artículo 5.3.2.) y el monitoreo de la ejecución de las sanciones impuestas (artículo 5.3.3.).

Se advierte, por un lado, una constante retroalimentación de los casos sobre trabajo infantil. Ello, en la medida que se proyecta volver a verificar en un futuro la situación de los adolescentes trabajadores, a fin de

determinar si se han cumplido los requerimientos realizados. Por otro lado, es indudable que, en los casos en los que se evidencia una vulneración de derechos fundamentales de los y las adolescentes trabajadores, se deberá comunicar los hechos a las entidades de persecución del delito. Ello no implica que la inspección de trabajo abdique en sus funciones, sino que trabaje de manera coordinada con otras entidades, a fin de garantizar una tutela adecuada de los derechos de los adolescentes involucrados.

7. Marco normativo

7.1. Internacional

- *Declaración Internacional de los Derechos del Niño* (20 de noviembre de 1959).- Proclamada por las Naciones Unidas, reconoce 10 derechos fundamentales para el desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes entre los que se cuenta puntualmente el derecho “a ser protegido contra el abandono y la explotación en el trabajo.

- *Convención de los Derechos del Niño* (20 de noviembre de 1989 ratificada por el Perú en 1990).- Se le considera como el primer instrumento internacional, jurídicamente vinculante, que incorpora la gama de derechos humanos y que compromete a los Estados que lo ratifican a llevar adelante todas las medidas y políticas necesarias para proteger el interés superior del niño.

- *Convenio 138 OIT (1973)*.- Fija la obligatoriedad de establecer una edad mínima de admisión al empleo.

- *Convenio 182 OIT (1999)*.- Establece la obligación del Estado de erradicar en forma urgente las llamadas “peores formas de trabajo infantil”, entre las que se incluyen el trabajo peligroso, la explotación sexual, la pornografía infantil, la venta y tráfico de niños y la esclavitud.

7.2. Nacional

- *Constitución Política del Perú*.- El marco legal de protección al trabajo infantil en el Perú está dado desde su nivel Constitucional¹²⁸ el artículo 1 señala que la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado, el artículo 2 inciso 1

¹²⁸ Constitución Política del Perú, artículos 1, 2, 23.

referido al derecho fundamental vida, integridad moral, psíquica y física así como y libre desarrollo y bienestar, asimismo el Art. 23 de la Constitución señala que el trabajo en sus diversas modalidades, es objeto de atención prioritaria del Estado, el cual protege especialmente a la madre, al menor de edad y al impedido que trabajan.

- *Ley n. 28806, Ley General de Inspección del Trabajo.*- Esta norma, en materia de trabajo infantil, precisa lo siguiente: a) Se afirma como uno de los fines de la inspección, la vigilancia y exigencia del cumplimiento de normas sobre trabajo de los niños, niñas y adolescentes (artículo 3.1, inciso e). En ese sentido, se señala expresamente que la inspección de trabajo se encarga de tutelar el cumplimiento de las normas sobre trabajo infantil, sin hacer distinciones o precisiones. Por tanto, abarca los supuestos de trabajo autónomo o independiente, trabajo familiar no remunerado, así como trabajo doméstico.

- *Decreto Supremo n. 019-2006-TR Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo.*- Artículo 25.- Infracciones muy graves en materia de relaciones laborales. Son infracciones muy graves, los siguientes incumplimientos: numeral 25.7 El incumplimiento de las disposiciones relacionadas con el trabajo de menores trabajadores. 25.18 El trabajo forzoso, sea o no retribuido, y la trata o captación de personas con dicho fin. El incumplimiento de las disposiciones relacionadas con el trabajo de los niños, niñas y adolescentes menores de 18 años de edad en relación de dependencia, incluyendo aquellas actividades que se realicen por debajo de las edades mínimas permitidas para la admisión en el empleo, que afecten su salud o desarrollo físico, mental, emocional, moral, social y su proceso educativo. En especial, aquellos que no cuentan con autorización de la Autoridad Administrativa de Trabajo, los trabajos o actividades considerados como peligrosos y aquellos que deriven en el trabajo forzoso y la trata de personas con fines de explotación laboral.

- *Ley 29783 Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo.*- Artículo 67 establece que el empleador no emplea adolescentes para la realización de actividades insalubres o peligrosas que puedan afectar su normal desarrollo físico y mental teniendo en cuenta las disposiciones legales sobre la materia. El empleador debe realizar una evaluación de los puestos de trabajo que van a realizar los adolescentes previamente a su incorporación laboral a fin de determinar la naturaleza, el grado el grado y la duración de la exposición al riesgo con el objeto de adoptar las medidas preventivas necesarias. El empleador practica exámenes médicos antes, durante y al término de la relación laboral a los adolescentes trabajadores.

- *Ley 27337 Código de los Niños y Adolescentes.*-

El artículo 4 señala que el niño y el adolescente tienen derecho a que se

respete su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. No podrán ser sometidos a tortura, ni a trato cruel o degradante. Se consideran formas extremas que afectan su integridad personal, el trabajo forzado y la explotación económica, así como el reclutamiento forzado, la prostitución, la trata, la venta y el tráfico de niños y adolescentes y todas las demás formas de explotación.

El artículo 19.- Modalidades y horarios para el trabajo.- El Estado garantiza modalidades y horarios escolares especiales que permitan a los niños y adolescentes que trabajan asistir regularmente a sus centros de estudio. Los Directores de los centros educativos pondrán atención para que el trabajo no afecte su asistencia y su rendimiento escolar e informarán periódicamente a la autoridad competente acerca del nivel de rendimiento de los estudiantes trabajadores.

Artículo 48.- Ámbito de aplicación.- Los adolescentes que trabajan en forma dependiente o por cuenta ajena están amparados por el presente Código. Se incluye a los que realizan el trabajo a domicilio y a los que trabajan por cuenta propia o en forma independiente, así como a los que realizan trabajo doméstico y trabajo familiar no remunerado. Excluye de su ámbito de aplicación el trabajo de los aprendices y practicantes, el que se rige por sus propias leyes.

Artículo 49.- Instituciones encargadas de la protección del adolescente trabajador.- La protección al adolescente trabajador corresponde al PROMUDEH (Desde el 2012, es el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables MIMP), en forma coordinada y complementaria con los Sectores Trabajo, Salud y Educación, así como con los Gobiernos Regionales y Municipales. El MIMP dicta la política de atención para los adolescentes que trabajan.

Artículo 50.- Autorización e inscripción del adolescente trabajador.- Los adolescentes requieren autorización para trabajar, salvo en el caso del trabajador familiar no remunerado. El responsable de la familia, en el caso del trabajador familiar no remunerado, inscribirá al adolescente trabajador en el registro municipal correspondiente. En el registro se consignarán los datos señalados en el Artículo 53° de este Código.

Artículo 51.- Edades requeridas para trabajar en determinadas actividades. Las edades mínimas requeridas para autorizar el trabajo de los adolescentes son las siguientes: 1. Para el caso del trabajo por cuenta ajena o que se preste en relación de dependencia: a) Quince años para labores agrícolas no industriales; b) Dieciséis años para labores industriales, comerciales o mineras; y, c) Diecisiete años para labores de pesca industrial. 2. Para el caso de las demás modalidades de trabajo la edad mínima es de catorce años. Por excepción se concederá autorización a

partir de los doce años, siempre que las labores a realizar no perjudiquen su salud o desarrollo, ni interfieran o limiten su asistencia a los centros educativos y permitan su participación en programas de orientación o formación profesional. Se presume que los adolescentes están autorizados por sus padres o responsables para trabajar cuando habiten con ellos, salvo manifestación expresa en contrario de los mismos.

Artículo 52.- Competencia para autorizar el trabajo de adolescentes.- Tienen competencia para inscribir, autorizar y supervisar el trabajo de los adolescentes que cuenten con las edades señaladas en el artículo precedente: a) El Sector Trabajo, para trabajos por cuenta ajena o que se presten en relación de dependencia; y, b) Los municipios distritales y provinciales dentro de sus jurisdicciones, para trabajadores domésticos, por cuenta propia o que se realicen en forma independiente y dentro de su jurisdicción. En todas las modalidades de trabajo, la inscripción tendrá carácter gratuito.

Artículo 53.- Registro y datos que se deben consignar.- Las instituciones responsables de autorizar el trabajo de los adolescentes llevarán un registro especial en el que se hará constar lo siguiente: a) Nombre completo del adolescente; b) Nombre de sus padres, tutores o responsables; c) Fecha de nacimiento; d) Dirección y lugar de residencia; e) Labor que desempeña; f) Remuneración; g) Horario de trabajo; h) Escuela a la que asiste y horario de estudios; e, i) Número de certificado médico.

Artículo 54.- Autorización.- Son requisitos para otorgar autorización para el trabajo de adolescentes: a) Que el trabajo no perturbe la asistencia regular a la escuela; b) Que el certificado médico acredite la capacidad física, mental y emocional del adolescente para realizar las labores. Este certificado será expedido gratuitamente por los servicios médicos del Sector Salud o de la Seguridad Social; y, c) Que ningún adolescente sea admitido al trabajo sin la debida autorización.

Artículo 55.- Examen médico.- Los adolescentes trabajadores son sometidos periódicamente a exámenes médicos. Para los trabajadores independientes y domésticos los exámenes serán gratuitos y estarán a cargo del Sector Salud.

Artículo 56.- Jornada de trabajo.- El trabajo del adolescente entre los doce y catorce años no excederá de cuatro horas diarias ni de veinticuatro horas semanales. El trabajo del adolescente, entre los quince y diecisiete años no excederá de seis horas diarias ni de treinta y seis horas semanales.

Artículo 57.- Trabajo nocturno.- Se entiende por trabajo nocturno el que se realiza entre las 19.00 y las 7.00 horas. El Juez podrá autorizar excepcionalmente el trabajo nocturno de adolescentes a partir de los

quince hasta que cumplan los dieciocho años, siempre que éste no exceda de cuatro horas diarias. Fuera de esta autorización queda prohibido el trabajo nocturno de los adolescentes.

Artículo 58.- Trabajos prohibidos.- Se prohíbe el trabajo de los adolescentes en subsuelo, en labores que conlleven la manipulación de pesos excesivos o de sustancias tóxicas y en actividades en las que su seguridad o la de otras personas este bajo su responsabilidad. El MIMP, en coordinación con el Sector Trabajo y consulta con los gremios laborales y empresariales, establecerá periódicamente una relación de trabajos y actividades peligrosas o nocivas para la salud física o moral de los adolescentes en las que no deberá ocupárseles.

Artículo 59.- Remuneración.- El adolescente trabajador no percibirá una remuneración inferior a la de los demás trabajadores de su misma categoría en trabajos similares.

Artículo 60.- Libreta del adolescente trabajador.- Los adolescentes que trabajan deberán estar provistos de una libreta otorgada por quien confirió la autorización para el trabajo. En ésta constarán los datos señalados en el Artículo 53 de este Código.

Artículo 61.- Facilidades y beneficios para los adolescentes que trabajan.- Los empleadores que contraten adolescentes están obligados a concederles facilidades que hagan compatibles su trabajo con la asistencia regular a la escuela. El derecho a vacaciones remuneradas pagadas se concederá en los meses de vacaciones escolares.

Artículo 62.- Registro de los establecimientos que contratan adolescentes.- Los establecimientos que contraten adolescentes para trabajar deben llevar un registro que contenga los datos señalados en el Artículo 53° de este Código.

Artículo 63.- Trabajo doméstico o trabajo familiar no remunerado.- Los adolescentes que trabajan en el servicio doméstico o que desempeñan trabajo familiar no remunerado tienen derecho a un descanso de doce horas diarias continuas. Los empleadores, patronos, padres o parientes están en la obligación de proporcionarles todas las facilidades para garantizar su asistencia regular a la escuela. Compete al Juez especializado conocer el cumplimiento de las disposiciones referidas al trabajo de adolescentes que se realiza en domicilios.

Artículo 64.- Seguridad social.- Los adolescentes que trabajan bajo cualquiera de las modalidades amparadas por esta Ley tienen derecho a la seguridad social obligatoria, por lo menos en el régimen de prestaciones de salud. Es obligación de los empleadores, en el caso del trabajador por cuenta ajena y del trabajador doméstico, y del jefe de familia, en el caso del trabajador familiar no remunerado, cumplir con estas disposiciones. Los

adolescentes trabajadores independientes podrán acogerse a este beneficio abonando sólo el 10% de la cuota correspondiente al trabajador de una relación de trabajo dependiente.

Artículo 65.- Capacidad.- Los adolescentes trabajadores podrán reclamar, sin necesidad de apoderado y ante la autoridad competente, el cumplimiento de todas las normas jurídicas relacionadas con su actividad económica.

Artículo 66.- Ejercicio de derechos laborales colectivos.- Los adolescentes pueden ejercer derechos laborales de carácter colectivo, pudiendo formar parte o constituir sindicatos por unidad productiva, rama, oficio o zona de trabajo. Estos pueden afiliarse a organizaciones de grado superior.

Artículo 67.- Programas de empleo municipal.- Los programas de capacitación para el empleo fomentados por los municipios, en cumplimiento de la Ley Orgánica de Municipalidades, tienen como sus principales beneficiarios a los adolescentes registrados en el respectivo municipio.

Artículo 68.- Programas de capacitación.- El Sector Trabajo y los municipios crearán programas especiales de capacitación para el trabajo y de orientación vocacional para los adolescentes trabajadores

- *Ley 28497 Nueva Ley Procesal del Trabajo*.- Artículo 8.- Reglas especiales de comparecencia, numeral 8.1 Los menores de edad pueden comparecer sin necesidad de representante legal. En el caso de que un menor de catorce (14) años comparezca al proceso sin representante legal, el juez pone la demanda en conocimiento del Ministerio Público para que actúe según sus atribuciones. La falta de comparecencia del Ministerio Público no interfiere en el avance del proceso.

- *Código Civil*.- Artículo 457.- Se precisa que el menor capaz de discernimiento puede ser autorizado por sus padres para dedicarse a un trabajo, ocupación, industria u oficio. En este caso, puede practicar los actos que requiera el ejercicio regular de tal actividad, administrar los bienes que se le hubiese dejado con dicho objeto o que adquiera como producto de aquella actividad, usufructuarlos o disponer de ellos. La autorización puede ser revocada por razones justificadas.

- *Estrategia Nacional para la Prevención y Erradicación del Trabajo Infantil (ENPETI) 2012-2021*.- El eje 4 de la ENPETI establece como objetivo específico el mejorar las condiciones laborales del trabajo adolescente permitido. Para ello, una de las intervenciones programadas en dicho eje se refiere a la “fiscalización de las condiciones laborales de los trabajadores adolescentes registrados”, que, a su vez, requiere el “fortalecimiento de capacidades de los inspectores de trabajo para aplicación de los protocolos de trabajo infantil”. Se advierte entonces la

necesidad de mejorar el sistema de inspección laboral para poder erradicar de manera efectiva el trabajo infantil.

- *Decreto Supremo n. 003-2010-MIMDES (2010) Relación de trabajos y actividades peligrosas o nocivas para la salud física o moral de las y los adolescentes.*-

Documento oficial que determina el listado de actividades consideradas peligrosas por su naturaleza y por su condiciones, que no pueden realizadas por personas menores de 18 años. Entre las cuales B6. El trabajo doméstico que se realiza en casa de terceros, familiares o no, los que se realizan por debajo de la edad mínima de admisión al empleo y donde se pernocte bajo la modalidad “cama adentro”, que impidan la supervisión o inspección de trabajo.

- *Código Penal.- Artículo 128.*- El que expone a peligro la vida o la salud de una persona colocada bajo su autoridad, dependencia, tutela, curatela o vigilancia, sea privándola de alimentos o cuidados indispensables, sea someténdola a trabajos excesivos, inadecuados, sea abusando de los medios de corrección o disciplina, sea obligándola o induciéndola a mendigar en lugares públicos, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años. En los casos en que el agente tenga vínculo de parentesco consanguíneo o la víctima fuere menor de doce años de edad, la pena será privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años. En los casos en que el agente obligue o induzca a mendigar a dos o más personas colocadas bajo su autoridad, dependencia, tutela, curatela o vigilancia, la pena privativa de libertad será no menor de dos ni mayor de cinco años.

8. Algunas interrogantes

¿El trabajo infantil prohibido, siendo un problema tan evidente, tan grave para la sociedad y de visibilidad tan obvia, por qué no ocupa buen porcentaje, y de manera constante, en los contenidos de los medios de comunicación convencionales?

¿Por qué el problema de los niños que trabajan aún no ha sido respondido por la vía de acciones integrales o no aparece de manera resaltante por ejemplo las ofertas electorales al año 2011?¹²⁹

¿Por qué razón se siguen exhibiendo en documentos oficiales de entidades del Estado¹³⁰, de Organismos Internacionales¹³¹, de medios de

¹²⁹ Información disponible en: Jurado Nacional de Elecciones www.jne.gob.pe

¹³⁰ Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo MTPE.- Información disponible en: http://www.mintra.gob.pe/mostrargaleria.php?galeria_id=1053&tip=83 (consultado en noviembre 2014).

comunicación¹³², entre otros, tan abiertamente imágenes de niños en condiciones que dañan su integridad, su imagen y su condición de niños, sin cuidar su identidad, sin tener en cuenta el interés superior del niño?

9. Conclusiones

- Siendo una de las funciones de la Sunafil la prevención, este organismo debe propender a instaurar una “cultura de prevención” en el mundo laboral para lograr que la población tenga una vida larga, sana y productiva; y que al mismo tiempo disminuya el creciente costo de los incidentes para los particulares, las empresas y la sociedad. El objetivo de una cultura de prevención es, simplemente, que todos los lugares de trabajo cumplan las normas establecidas, de forma que tanto los empleadores como los trabajadores lo consideren algo normal y una responsabilidad social. Aparte de eso, la cultura de prevención implica aspirar a mejorar continuamente para que los costos y los beneficios de la prevención estén cada vez más claros no sólo para los empleadores y los trabajadores, sino también para los gobiernos y la opinión pública. La importancia de este concepto para el trabajo infantil es evidente. Si se evita que se abuse de los trabajadores durante su infancia, la sociedad tendrá una fuerza de trabajo más productiva y una nueva generación de adultos más sanos y mejor preparados para afrontar nuevos tiempos.

- Hace falta y de manera urgente una adecuada sistematización de todas las normas laborales, así como la emisión de directivas por parte de la Sunafil.

- Se requiere la inmediata derogación del cargo de Inspector Auxiliar, toda vez que con la creación de la Sunafil, este cargo ha dejado de ser funcional, por las competencias que la ley le otorga, sumado a ello, se tiene que, en la práctica estos servidores públicos realizan las mismas funciones que un Inspector de Trabajo, por tanto esta medida resulta sumamente necesaria e igualitaria.

- Con el objeto de velar por el interés superior del niño trabajador, es necesario que se contrate un mayor número de inspectores, toda vez que el número de inspectores es insuficiente para atender con prontitud, y

¹³¹ Organización Internacional del Trabajo OIT.- Información disponible en: http://www.ilo.org/ipec/Informationresources/WCMS_207919/lang-es/index.htm (consultado en noviembre 2014).

¹³² Radio Programas del Perú RPP.- En: http://www.rpp.com.pe/2013-08-09--a-que-se-enfrentan-los-menores-que-realizan-trabajo-domestico-noticia_620675.html (consultado en noviembre 2014).

efectividad los reclamos de los trabajadores recurrentes.

- Se requiere la inmediata creación de la Escuela Nacional de Fiscalización Laboral, como órgano de línea autónomo, encargado de capacitar al personal inspectivo.

10. Bibliografía

Acurio Salazar, G., *Ponencia sobre la inspección laboral en materia de trabajo infantil*, Arequipa, Sexto Congreso Nacional de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y seguridad Social, octubre 2014.

Acurio Salazar, G., *Ponencia sobre la inspección laboral en materia de trabajo infantil*, Lima, en la Organización Internacional del Trabajo OIT, noviembre 2014.

Cámara Botía, A., “Los menores en la legislación laboral española”, *Anales de Historia Contemporánea*, Universidad de Murcia, 2003, n. 19.

Hernández Pulido, R., y Caron, T., *Protección de los niños y adolescentes*, Madrid, Derechos fundamentales en el trabajo y normas internacionales de trabajo, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales/Subdirección General de Publicaciones (ed.) Organización Internacional del Trabajo y Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de España, 2003.

Guía para la implementación de un Sistema de Inspección y Monitoreo del Trabajo Infantil en los países del Mercosur y Chile, Documento de Trabajo n. 169, Oficina Regional para América Latina y el Caribe-IPEC Sudamérica, 2003.

Informe Defensorial n. 166, *Trabajo Infantil y Derechos Fundamentales de los Niños, Niñas y Adolescentes en el Perú*, Serie de Informes Defensoriales, Lima 2014.

Neves Mujica, J., “El trabajo infantil en las acciones de interés público”, Lima, *Ius et Veritas*, Año 12, n. 23.

Organización Internacional del Trabajo, *Combatiendo las Peores Formas de Trabajo Infantil: Manual para Inspectores*, Litografía e Imprenta LIL, S.A., San José, 2003.

Organización Internacional del Trabajo, *Principios y derechos fundamentales en el trabajo: del compromiso a la acción*, Informe VI, Conferencia Internacional del Trabajo, 101ª Reunión, 2012, Párrafo 59.

Organización Internacional del Trabajo, *Guía para la implementación de un Sistema de Inspección y Monitoreo del Trabajo Infantil en los países del Mercosur y Chile*, Documento de Trabajo n. 169, Oficina Regional para América Latina y el Caribe-IPEC Sudamérica, 2003

Portocarrero Grados, R., *El trabajo infantil en el Perú. Apuntes de Interpretación histórica*, Lima, Instituto de Formación de Educadores de Jóvenes,

Adolescentes y Niños Trabajadores de América Latina y el Caribe, Ifejant, 1998.

Web sites

Fundación Telefónica, información disponible en:

<http://www.fundacion.telefonica.com.pe/pronino/trabajo.asp> (consultado en enero de 2014).

Jurado Nacional de Elecciones: www.jne.gob.pe (consultado en noviembre 2014).

Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo MTPE:

http://www.mintra.gob.pe/mostrarGaleria.php?galeria_id=1053&tip=83 (consultado en noviembre 2014).

Organización Internacional del Trabajo OIT:

http://www.ilo.org/ipec/Informationresources/WCMS_207919/lang-es/index.htm (consultado en noviembre 2014).

Radio Programas del Perú RPP: http://www.rpp.com.pe/2013-08-09--a-que-se-enfrentan-los-menores-que-realizan-trabajo-domestico-noticia_620675.html (consultado en noviembre 2014).

<http://www.amnistiacatalunya.org/edu/es/historia/h-trabajo.html> (consultado en agosto de 2014).

<http://www.ilo.org/global/lang-es/index.htm> (consultado el 27 de marzo de 2014).

<http://www.ilo.org/ipec/Action/Labourinspection/lang-es/index.htm> (consultado en agosto de 2014).

Precarización Laboral y Beneficio Empresarial: Estrategias de Explotación del Nuevo Milenio

Adoración GUAMÁN HERNÁNDEZ*
Raúl LORENTE CAMPOS**

RESUMEN: A principios del año 2013, un reportaje emitido en la televisión alemana respecto del funcionamiento de la empresa Amazon mostró las prácticas de gestión de la fuerza de trabajo en las multinacionales de la distribución comercial. Plantillas de personal muy reducidas, compuestas por trabajadores en su mayoría inmigrantes, salarios muy bajos, ausencia de *benefits*, o incluso persecución de la sindicación, se combinan con el uso generalizado de contratación temporal, la utilización de técnicas de subcontratación u *outsourcing* y el recurso a las empresas de trabajo temporal (ETTs) para evitar los contratos de duración indefinida. El ejemplo de Amazon es idóneo para desarrollar el análisis de estas estrategias empresariales, su grado de compatibilidad con el derecho de la Unión Europea respecto de las empresas de trabajo temporal y su trasposición en los ordenamientos de los Estados miembros así como para plantear una reflexión general sobre la cuestión de la precariedad y su evolución en los últimos años.

Palabras clave: Precariedad, empresas de trabajo temporal, gestión de la mano de obra, salarios, sindicatos (ausencia de), circulación de trabajadores.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La maximización de explotación laboral como estrategia empresarial. 3. La precariedad laboral y sus consecuencias. 4. Bibliografía.

* Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Valencia (España).

** Docente e investigador en el Departamento de Sociología de la Universidad de Valencia (España).

1. Introducción

En septiembre de 2011, la página web del Servicio Español de Empleo, en colaboración con EURES (Servicios europeos de empleo), lanzó una oferta de trabajo con las siguientes características:

“La Empresa Amazon Alemania se desplazará a Palma de Mallorca, Madrid y Barcelona (respectivamente) para la selección de empaquetadores para la campaña navideña 2011. Requisitos: Mínimo nivel B1 de lengua inglesa o alemana; capacidad de levantar pesos de hasta 15 kg.; capacidad de concentración; capacidad de permanecer 8 horas seguidas de pie o caminando; buenos conocimientos informáticos (copiar y pegar, etc.); operaciones aritméticas básicas. Condiciones; lugar del puesto de trabajo: Alemania, Bad Hersfeld. A unos 150km del aeropuerto de Frankfurt; inicio contrato: a partir de la segunda quincena de octubre; final contrato: 31 de Diciembre 2011 con opciones a contrato indefinido; salario: 9,10€/ hora brutos + plus nocturnidad; horario: 40 horas/semana. Turnos: 06:30-15:00, 15:00-23:30, 23:30-06:30; la empresa ayudará en la gestión del alojamiento; la empresa subvencionará con 207€/mes para alojamiento y transporte diario”¹³³.

Posteriormente, el informe 2011-12 de actividades de Eures-España señalaba como un éxito de la colaboración bilateral entre España y Alemania la contratación de 430 trabajadores españoles para el servicio de venta Amazon. En ninguno de los documentos posteriores a la contratación es posible encontrar una referencia a las condiciones de trabajo efectivas de estas 430 personas durante su contratación en Alemania. Diversas fuentes, como el documental propuesto, afirman que tras la primera oferta de empleo, cuya realización fue auspiciada por las oficinas de empleo públicas señaladas, las condiciones de empleo variaron drásticamente al modificarse el empleador¹³⁴. De esta manera, la empresa Amazon dejó de asumir la responsabilidad de contratación para introducir un tercer actor, la empresa de trabajo temporal Trenkwalder, una de las firmas más importantes de Europa en el ámbito de la “provisión de mano de obra”¹³⁵. Las condiciones de trabajo ofrecidas por Trenkwalder a los

¹³³http://www.sepe.es/contenido/empleo_formacion/eures/pdf/OferataAlemania_Empaqueta.pdf

¹³⁴ Contradiendo esta información mantenida por los trabajadores, el presidente de Amazon en Alemania, rechazó en un comunicado de prensa las acusaciones de explotación de trabajadores temporales en los almacenes alemanes, advirtiendo que “todos los trabajadores procedentes de agencias temporales de empleo fueron informados adecuadamente de las condiciones antes de su viaje”.

¹³⁵ Trendwalder forma parte de CIETT (International Confederation of Private

trabajadores emigrantes, una vez ya en Alemania, fueron inferiores a las señaladas en la oferta inicial, incluyendo un salario inferior en un 12%. Junto con Trenkwalder, otras empresas, de logística y de seguridad, fueron encargadas de “gestionar” la vida de los trabajadores durante sus meses de trabajo, incluyendo la organización del alojamiento, el desplazamiento hasta la empresa, y la seguridad/vigilancia.

Un reportaje emitido en la televisión alemana a principios del año 2013¹³⁶ evidenció que la prestación laboral se desarrollaba efectivamente en las instalaciones de Amazon, bajo duras condiciones de trabajo que incluían largos turnos, elevado esfuerzo físico y estrictos controles de productividad¹³⁷. En particular, la protagonista del reportaje, una trabajadora española, estaba empleada como “*picker/packer*”, dedicándose a la “recolección” de pedidos a lo largo del almacén y a su embalaje. Más allá de la estricta relación laboral desarrollada en el almacén de Amazon aunque contratada por Trenkwalder, la vida de la trabajadora se veía enmarcada por las circunstancias dispuestas por el conjunto de empresas vinculadas con la firma norteamericana, haciendo pivotar el conjunto de su tiempo vital alrededor de la prestación laboral, según lo determinado por las necesidades de la empresa.

La comprensión del alcance y el desarrollo de la situación referida, incluida la aceptación de la misma por los trabajadores afectados, requiere enmarcarla en la dinámica actual del empleo en el mundo y en particular en el ámbito de la Unión Europea. Según señala el informe de la Organización Internacional del Trabajo, “Tendencias globales del empleo, 2014¹³⁸”, el número de personas desempleadas en el año 2013 se situó cerca de los 202 millones, esto significa un aumento de casi 5 millones respecto del año anterior y un crecimiento del empleo a un ritmo más

Employment Agencies), que agrupa a las principales empresas multinacionales dedicadas a la colocación y cesión de trabajadores.

¹³⁶ Disponible en <https://www.youtube.com/watch?v=hnaSA29H2PU>

¹³⁷ De manera paralela al documental aparecieron diversos artículos periodísticos que dieron cuenta de estas condiciones laborales en otros centros de trabajo de la empresa Amazon. Respecto del Reino Unido, un reportaje de la BBC aseguró que los trabajadores soportaban turnos de 10 horas, caminatas de 17 kilómetros y un ritmo de trabajo que implicaba la selección de una orden de compra cada 33 segundos

(Vid.

http://www.bbc.co.uk/mundo/noticias/2013/11/131125_economia_amazon_denuncia_laboral_amv.shtml o http://www.theguardian.com/technology/2013/dec/01/week-amazon-insider-feature-treatment-employees-work?CMP=tw_t_gu). Posteriormente se publicó *En los dominios de Amazon: relato de un infiltrado*, de Jean-Baptiste Malet, Trama editorial, 2013 donde se narran los pormenores del trabajo en la empresa.

¹³⁸http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_233953.pdf

lento que la fuerza de trabajo. De manera paralela, el crecimiento de los salarios se ha desacelerado, afectando esta tendencia particularmente al centro y sur de Europa, el número de “trabajadores pobres” o empleos con bajos salarios alcanza un porcentaje del 17% en la Unión Europea. La calidad del empleo ha experimentado una evolución similar, siendo particularmente importante el crecimiento del trabajo temporal y el trabajo a tiempo parcial involuntario (entre 2008 y 2012, han experimentado una subida de un 1.1 % y un 2.4% respectivamente en el ámbito de la UE).

En términos cuantitativos, Alemania se distingue como uno de los estados miembros de la UE con mejor situación respecto del empleo asalariado. Según los datos del *eurostat*, en enero de 2014 la tasa de desempleo en Alemania ascendía al 5 % mientras que su tasa de temporalidad, con datos de octubre de 2012, llegaba al 15%. Como término de comparación podemos señalar la situación en España, donde en las mismas fechas el desempleo se situaba en un 25.8% y el trabajo temporal ascendía al 25%.

Se ha escrito mucho acerca del “milagro” alemán en cuanto a la resistencia de su mercado de trabajo en los momentos más duros de la crisis económica¹³⁹. Como señala el “Informe económico anual 2012” del Ministerio federal de Economía y Tecnología, el desempleo alemán se encuentra en mínimos históricos, con creación de puestos de trabajo en la práctica totalidad de los sectores. En la base de esta situación se encuentran una serie de reformas que, básicamente en el periodo 2002-2005, introdujeron un alto grado de flexibilidad en el ordenamiento laboral y de seguridad social alemán (las llamadas reformas *Hartz*¹⁴⁰), posteriormente, durante los años en los que el mercado de trabajo español ha sido sometido a duras reformas normativas, 2010-2014, el sistema alemán apenas ha sido modificado. En lo relativo al trabajo temporal, es necesario señalar que los supuestos de contratación no indefinida que prevé el ordenamiento alemán son más amplios que los establecidos en el sistema normativo español y tienen menos restricciones respecto de su duración¹⁴¹. Por añadidura, la actividad de las agencias de trabajo temporal

¹³⁹ V. gr. Martínez Girón, J. y Arufe Varela, A., “El impacto de la crisis económica sobre el derecho del trabajo y de la seguridad social en Alemania y en Austria”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, n. 34, 2013.

¹⁴⁰ Se trata de cuatro leyes, nombradas *Hartz* por quien fue su impulsor, y aprobadas entre 2002 y 2003 que modificaron ampliamente la regulación de la contratación laboral temporal y de diversos ámbitos de la seguridad social entre ellos el seguro de desempleo. Es especialmente importante el impulso que con esta ley se dio a los llamados *minijobs*, institución fundamentada en las rebajas en la cotización del empresario cuando los salarios son menores de 800 euros. Los *minijobbers* no computan como desempleados. *Óp. cit.*

¹⁴¹ Vid. Velasco Portero, M^a, y Fröhlich, M., “El régimen jurídico de la contratación

ha ido ganando importancia en el mercado de trabajo alemán, siguiendo una tendencia generalizada a nivel internacional¹⁴². La especialidad del caso que nos ocupa es la particular fuerza expansiva de estas empresas en Alemania, donde entre el año 2002 y el 2007 el número de trabajadores cedidos se multiplicó en un 130%. La regulación alemana de la actividad de cesión de mano de obra por empresas de trabajo temporal, que permite como veremos más tarde la disparidad de trato entre trabajadores de plantilla y trabajadores cedidos, ha fomentado este crecimiento.

Enmarcada la situación es posible proceder a un comentario del caso de Amazon como ejemplo de una tendencia expansiva de la maximización de la explotación laboral para la obtención de mayores tasas de beneficio del capital mediante la mejora de la competitividad empresarial a través de la reducción de los precios de los productos, aprovechando para ello los espacios normativos “flexibles” propiciados por los distintos gobiernos, en el plano nacional y supranacional. Esta explotación se fundamenta como veremos en el siguiente apartado diversas estrategias empresariales de organización, regulación, control y contratación de la mano de obra.

Las situaciones descritas se engloban dentro de una categoría más amplia, de rápida expansión entre los trabajadores asalariados, la categoría de “trabajador precario”. A efectos analíticos, entenderemos a lo largo de estas páginas que el trabajo precario es un medio utilizado por los empresarios para trasladar los riesgos y las responsabilidades a los trabajadores. Tal trabajo, realizado tanto en la economía formal como en la informal, se caracteriza por las variables de incertidumbre e inseguridad en distintos grados y planos todos ellos interrelacionados: duración del trabajo, indeterminación del empresario, regularidad o irregularidad de la prestación laboral; condiciones laborales al límite de la normativa o por

temporal en Alemania, más es menos”, *Actualidad Laboral*, n. 13, 2011.

¹⁴² Según la CIETT, en 2009 la industria mundial de cesión de trabajadores temporales generó ingresos por valor de 203.000 millones de euros, con más de 72.000 agencias y 169.000 sucursales en todo el mundo, donde trabajaban internamente 741.000 personas y 9 millones de trabajadores cedidos (en equivalentes a tiempo completo). La mayor parte de los ingresos se derivan de esta provisión de trabajadores temporales (CIETT: The agency industry around the world, 2011, p. 11). La OIT ha señalado que esta cifra de 9 millones debe ser revisada puesto que parece una cantidad escasa en relación con los 3.000 millones de personas empleadas en todo el mundo y dada la continua expansión de estas empresas. Vid. sobre este tema el “Documento temático para el debate en el Foro de diálogo mundial sobre el papel de las agencias de empleo privadas en la promoción del trabajo decente y la mejora del funcionamiento de los mercados de trabajo en los sectores de los servicios privados (18-19 de octubre de 2011)”, disponible en http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_dialogue/---sector/documents/meetingdocument/wcms_164613.pdf

encima de la misma; insuficiencia de ingresos y de protección social e incluso dificultades para la afiliación a un sindicato y para el acceso al derecho de negociación colectiva¹⁴³. Un breve análisis a este fenómeno y a las consecuencias sociales de esta precarización ocupa la parte final del presente texto.

2. La maximización de explotación laboral como estrategia empresarial

Los cambios e innovaciones en las prácticas de gestión de la fuerza de trabajo en las multinacionales de la distribución comercial constituyen en la actualidad un nuevo paradigma similar al que supusieron el siglo pasado estas transformaciones en la industria del automóvil¹⁴⁴. Estas nuevas prácticas de gestión del personal en la distribución comercial constituyen un laboratorio de pruebas que después es extendido a un conjunto mucho más amplio de la realidad productiva. Tanto en su versión de distribución física o venta personal en enormes hipermercados o malls, (cuyo exponente principal sería el ‘modelo Wal-Mart’, ampliamente estudiado¹⁴⁵, como en su versión de venta por internet (cuya irrupción y ganancia de cuota de mercado cada vez es más fuerte, y cuyo exponente máximo es el ‘modelo Amazon’) son ejemplos que son analizados y copiados por múltiples empresas tanto del sector de la distribución comercial como de otros sectores económicos. Curiosamente, ambas realidades constituyen lo que en el argot empresarial se ha venido denominando ‘buenas prácticas’, evidentemente hay que cuestionarse para quien son positivas estas

¹⁴³ Organización Internacional del Trabajo, *Del trabajo precario al trabajo decente. Documento final del simposio de los trabajadores sobre políticas y reglamentación para luchar contra el empleo precario*, Ginebra, 2012.

¹⁴⁴ Véase para el caso del automóvil: Womack, J. P., Jones, D.T. y Roos. D., *La máquina que cambió el mundo*, McGraw-Hill, Madrid, 1992; Su crítica en el monográfico de la revista *Sociología del Trabajo* n. 41, invierno 2000-2001, en especial el artículo aparecido en dicha revista «La “máquina que cambio el mundo” cumplió diez años. El debate sobre la “producción ligera”» de H. D. Köhler. Para el caso de las transformaciones en el ámbito de la distribución comercial véase: Bosch, G, y Lehndorff, S., *Working in the service sector. A tale from different worlds*, Great Britain, Routledge, 2005; Carré, F., Tilly, C., VanKlaveren, M. y Voss-Dahm, D., *Retail Jobs in Comparative Perspective*, Russel Sage Foundation, Low-wage work project, 2008; Lorente R. y Ramirez, V., “Tendencias en la distribución comercial minorista y en la gestión de su personal: ¿Hacia un Nuevo modelo?”, en AA.VV., *La Investigación y la enseñanza de la Sociología del Trabajo*, Alemania, Alzira, 2010.

¹⁴⁵ Lichtenstein, N., *Wal-mart, el rostro del capitalismo en el siglo XXI*, Ed. Popular, Madrid, 2006; Tilly, C., *Wal-Mart and its workers: NOT the shame all over the world*, Symposium on Wal-Mart, Connecticut: University of Connecticut Law Journal, 2006.

prácticas, en la medida que suponen, como veremos a continuación, un proceso drástico de degradación de las condiciones de trabajo y de empleo de los trabajadores y de incremento de la precariedad laboral.

En primer lugar nos encontramos con la extensión del modelo Wal-Mart como exponente máximo del *low cost* aplicada a la distribución comercial. De forma sucinta este modelo se caracteriza por apostar de una forma muy marcada por la aplicación de la competencia vía precios aplicada al comercio, que implica importar gran parte de las mercancías que componen su surtido de países de costes más bajos (generalmente de Asia), tener una gama de productos más reducida, una presión elevadísima hacia la cadena de suministradores y hacia la plantilla de personal y seguir una política de recorte de costes al mínimo que se traduce en el ámbito laboral en una reducción de gastos, con unas plantillas de personal muy reducidas por superficie equivalente (de hecho prácticamente no tienen atención al público), salarios muy bajos, ausencia de *benefits* o seguro de salud para gran parte de sus empleados y persecución sindical, de forma que evitan la implantación de estructuras sindicales en la empresa. Este modelo de gestión y la traslación de los recortes a precios está consolidando estas empresas con ritmos de crecimiento muy elevados y con ganancias de cuota de mercado muy significativas.

Lo cierto es que tanto el ‘modelo Wal-Mart’ como el ‘modelo Amazon’ descansan en una degradación y precarización del trabajo, del cual siguen siendo industrias altamente intensivas; y por tanto tienen este principio como un ingrediente fundamental e inherente de su sistema de competencia vía precios donde la presión por reducirlos acaba repercutiendo en una proporción muy alta en el eslabón más débil de la cadena, el trabajo. Los espectaculares avances en la logística y en las TIC aplicadas a la producción son complementarios a la contratación de ingentes cantidades de trabajadores, eso sí mucho más segmentados y compartimentados en unidades productivas mucho más pequeñas que las tradicionales industrias integradas verticalmente, y más acorde al diseño de empresa-red imperante en la actualidad. Se trata por tanto de industrias muy intensivas en mano de obra, por lo que su coste será una variable considerada de primer orden en orden a maximizar los beneficios bajo su modelo *low cost*. Vemos así que sus plantillas tienen una dimensión realmente espectacular (Wal-Mart es la empresa más grande de USA en número de empleados y una de las más grandes del mundo) y Amazon tiene una expansión constante, y en sus momentos de punta de actividad llega a movilizar a ejércitos de trabajadores la mayoría contratados sólo por temporada.

La realidad de los trabajadores de Amazon da ejemplos claros de estas

líneas de actuación empresarial, tanto en lo relativo a la contratación y selección de trabajadores como a la organización y gestión del trabajo.

La amplia mayoría de la mano de obra que desarrolla su actividad dentro de Amazon se vincula a un tercer agente empresarial y se desarrolla mediante contratos temporales. La contratación temporal y la utilización de técnicas de subcontratación u *outsourcing* y el recurso a las empresas de trabajo temporal (ETTs) son vías habituales para evitar los contratos de duración indefinida (disminuyendo así los costes de los despidos), para eliminar la gestión de la selección de personal y la contratación (rebajando así los costes de los departamentos de personal) o para permitir el establecimiento de otras condiciones de trabajo menos beneficiosas para los trabajadores en cuanto a jornada, salarios, protección social complementaria, etc.

La promoción de las agencias de trabajo temporal ha sido una línea seguida por distintos gobiernos europeos a través de reformas de la normativa laboral vigente. El caso Alemán evidencia como, tras la reforma Hartz, el trabajo temporal a través de estas agencias experimentó un rápido y significativo crecimiento, de hecho, entre los años 2006-7 la creación de empleo en Alemania fue liderada por la actividad de las ETTs. En la normativa española, la promoción de estas empresas de trabajo temporal ha cobrado una relevancia significativa desde la reforma realizada por la ley 35/2010 y en particular desde la gran reforma laboral de 2012 (Real Decreto Ley 3/2012 y posterior ley 3/2012). Con la primera reforma se permitió la actuación de las ETTs en el sector público, bajo el argumento de la necesidad de cumplir con el mandato impuesto por la Directiva de suprimir todas las limitaciones o prohibiciones actualmente vigentes para la celebración de contratos de puesta a disposición por las empresas de trabajo temporal; la reforma laboral de 2012 señalaba en su exposición de motivos que “las Empresas de Trabajo Temporal se han revelado como un potente agente dinamizador del mercado de trabajo (...) y desde las instituciones comunitarias se viene subrayando que las mismas contribuyen a la creación de puestos de trabajo y a la participación e inserción de trabajadores en el mercado de trabajo”. Bajo este argumento, se procedía a permitir que las ETTs actuaran además como agencias de colocación. Posteriormente, con las reformas de los RDL 4/2013 (ley 11/2013) y 16/2013 se ha abierto la puerta a las ETTs para realizar contratos de formación y aprendizaje y contratos de prácticas.

No puede olvidarse que la Directiva 2008/104/CE relativa al trabajo a través de empresas de trabajo temporal se enmarca en el objetivo de “garantizar la protección de los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal y mejorar la calidad de las empresas de trabajo temporal

garantizando el respeto del principio de igualdad de trato” al tiempo que reconoce que la necesidad de establecer un marco apropiado de utilización de la cesión de trabajadores por empresas de trabajo temporal para contribuir eficazmente a la creación de empleo y al desarrollo de formas flexibles de trabajo. Han señalado distintos autores que se trata de un “ejemplo de flexiseguridad” dado que se orienta a la liberalización del uso de las ETTs, eliminando las restricciones, al tiempo que pretende mejorar la calidad del trabajo de los contratados temporalmente por estas empresas para ser cedidos a otras¹⁴⁶. La doble finalidad ejemplifica el cambio de rol que se atribuye a las empresas de trabajo temporal, que ha pasado de ser la provisión de mano de obra de duración determinada para tareas concretas a ser una vía para el fomento del empleo y para permitir que las empresas utilicen el volumen y las condiciones laborales de una plantilla “flexible” como un instrumento más de la gestión de la producción.

Con esta concepción, la tensión entre promoción de empleo/flexibilidad y protección de los derechos de los trabajadores cedidos es evidente, hasta el punto de que la propia Directiva señala por un lado que la relación de trabajo de los trabajadores puestos a disposición de una empresa usuaria por una empresa de trabajo temporal está regida por el principio de igualdad de trabajo entre aquéllos y los empleados directamente por la usuaria, mientras que por otro lado admite que los Estados miembros autoricen a los agentes sociales a celebrar convenios colectivos que establezcan diferencias de trato siempre que las mismas puedan ser entendidas como razonables y justificadas, respetando la protección *global* de los trabajadores cedidos. La situación de Alemania ha venido ejemplificando esta doble tensión dado que es posible una desviación del principio de igualdad de trato por la existencia de convenios colectivos sectoriales específicos que han permitido evitar la aplicación del principio de igualdad de trato, lo cual se concreta, entre otras cuestiones, en diferencias salariales que son especialmente relevantes¹⁴⁷. No obstante, entre 2012 y 2013 se fueron aprobando acuerdos específicos de sector entre sindicatos y patronales del sector de las empresas de trabajo temporal (*staffing industry*) con el objetivo de conseguir, en el horizonte del año 2017, la equiparación de los salarios entre trabajadores cedidos y

¹⁴⁶ Vid. López Aumada, J. E., “La promoción del recurso a las empresas de trabajo temporal en el proceso de reformas laborales: alcance y efectos de una auténtica Reconversión Empresarial”, *Relaciones Laborales*, 2012, n. 11, p. 18.

¹⁴⁷ Spermann, A., *The new role of temporary agency work in Germany*, Discussion Paper n. 6180, November 2011, IZA.

trabajadores propios de la empresa usuaria¹⁴⁸. El horizonte de 2017 es también la línea a partir de la cual entraría en vigor el salario mínimo profesional en Alemania, incluido en el pacto de gobierno que llevó a la reelección de Angela Merkel como canciller. Según lo acordado, habrá un salario mínimo de 8,5 euros por hora a partir del 1 de enero de 2015, quedando fuera de esta protección los trabajadores contratados como aprendices o en prácticas, no obstante, los convenios vigentes en esa fecha y que establezcan salarios inferiores quedarán en vigor hasta 2017¹⁴⁹.

La baja remuneración por hora, que llega a ser mínima en numerosos casos y sometida a numerosos descuentos, y la ausencia de *benefits* básicos por ejemplo en materia de cobertura de salud, incapacidad y retiro son componentes básicos de la estrategia de degradación del empleo y precarización laboral. No podemos dejar de señalar que esta situación desemboca en la problemática de los *working poors* o trabajadores pobres, situación que desvincula la situación de pobreza y carencias graves de la condición de marginado social para extenderla a una parte de la población mucho mayor y en principio integrada socialmente por su eje vertebrador; la disposición de un empleo, al menos tal y como era entendida por la sociedad del trabajo y la extensión de la Sociedad del Bienestar en una amplia proporción de Occidente. Este fenómeno de los *working poors* tiene una preeminencia y una extensión mucho mayor en los EEUU donde se puede decir que ha estado presente durante gran parte de su historia debido a su elevada segmentación de la fuerza de trabajo, vinculada en gran medida a los ghettos laborales para determinadas minorías étnicas, la gran proporción de trabajadores irregulares ampliamente consentida cuando no promovida durante largos periodos por sus instituciones que veían en ella un ingente ejército de reserva de mano de obra y por tanto de fuerza de trabajo susceptible de mínimas condiciones de trabajo y empleo que puede llegar al caso de situaciones de semiesclavitud. Esta situación supone una dualización radical de la fuerza de trabajo en la medida que no se regulariza su situación dotándolos de derechos laborales y ciudadanos al igual que al resto de trabajadores. La novedad es que esta situación de *working poors* está extendiéndose en Europa en países con asentados Sistemas de Bienestar, como puede ser Alemania, con la extensión de los minijobs y en general con el conjunto de reformas Hartz al que ya se ha hecho referencia en el apartado anterior.

Más allá de las inferiores condiciones de trabajo comentadas, las

¹⁴⁸ Spermann, A., *Sector Surcharges for Temporary Agency Workers in Germany: A Way Out of the Low-Wage Sector?*, Policy Paper n. 67, August 2013, IZA.

¹⁴⁹ Flores, G., "El salario mínimo en Alemania. Alcance y repercusiones", *Colección cuadernos*, n. 32, Fundación 1 de mayo.

modalidades de contratación atípicas (contratación temporal y tiempo parcial), vías de entrada en las empresas que estamos comentando, son elementos que permiten el incremento del control empresarial sobre los trabajadores, la segmentación de las plantillas y el aumento del poder de dirección del empresario estableciendo una mayor disponibilidad sobre los trabajadores y su tiempo, facilitando el uso muy intensivo de la mano de obra que llega en muchos casos a la clara explotación laboral. Veamos más detenidamente estas tendencias.

La temporalidad o eventualidad de la contratación y el encadenamiento de contratos laborales es un elemento clave de la estrategia *low cost* aplicada por las empresas. Esta expansión de las distintas fórmulas de empleo atípicas implica la consiguiente erosión de la relación de empleo estándar¹⁵⁰, y tanto en su vertiente normativa como positiva¹⁵¹. En el sector de ventas por internet y más concretamente en el modelo Amazon el uso de los trabajadores temporales es elevadísimo. Este hecho es un elemento fundamental en la gestión de recursos humanos en las grandes empresas de estas actividades comerciales, pues, como veremos más adelante y como se evidencia en el documental, la “promesa” de estabilidad en el empleo es parte del discurso dirigido hacia los trabajadores para lograr en ellos la aceptación de ciertas condiciones laborales. El control sobre el trabajador que se deriva de esta forma contractual es elevadísima, disponiendo el empresario de una discrecionalidad prácticamente total, puesto que el trabajador sabe que si contraria lo más mínimo al empresario, es muy probable que éste no renueve su contrato. Esta actuación es todavía más probable en contextos laborales en los que se requiere una baja cualificación y con abundante mano de obra dispuesta a ser contratada, más aun en contextos de crisis y elevadísimo desempleo como el actual.

La elevada temporalidad aparece ligada a la elevadísima rotación que tiene el sector, el llamado modelo *clínex* o de usar y tirar al trabajador. Debido al sencillo adiestramiento laboral y a la facilidad para encontrar personal alternativo, la rotación no supone excesivos problemas para estas empresas que además usan la expectativa de estabilidad para incrementar su productividad, su predisposición para asumir determinados requerimientos empresariales, disponibilidad, flexibilidad funcional, etc.

¹⁵⁰ Lorente, R., Pitxer, J. V. y Sánchez, A., “La lógica de la temporalidad en el mercado de trabajo español”, en Guamán Hernández, A., (Dir.) y Cordero Gordillo, V., (Coord.), *Temporalidad y Precariedad del Trabajo Asalariado: ¿el fin del modelo de estabilidad laboral?*, Bomarzo, Albacete, 2013.

¹⁵¹ Lorente, R., *La precariedad laboral de trabajar a tiempo parcial: El caso de España*, México DF Plaza y Valdés, 2003.

Adicionalmente, el uso del empleo a tiempo parcial se ha demostrado como un elemento clave en la organización y gestión del tiempo del trabajo, en la medida que permite a los gestores el ajuste de la plantilla a momentos puntuales de demanda del servicio así como a las necesidades específicas de cada establecimiento comercial, una especie de ajuste de plantilla *just in time*. Así, se observa cómo se hace un uso amplio e intensivo del trabajo a tiempo parcial, determinado mediante la conversión de *full time units* (equivalentes a tiempos completos) a las unidades que resulten más eficaces a la estrategia empresarial. Se determinan los ratios por departamento en función de variables como superficie, calendarios y horarios, ventas y productos. La determinación del volumen de trabajadores la realiza un equipo de especialistas en la gestión de personal, apoyándose en una bolsa de trabajo centralizada. El uso elevado de trabajadores a tiempo parcial permite a las empresas adaptar las plantillas a los momentos del día de mayor afluencia de clientes y cubrir las jornadas de apertura de 12 o incluso 14 horas diarias ininterrumpidas o los turnos de 24 horas de las factorías de selección y envío de ventas por internet. Cabe recordar que el uso de trabajadores a tiempo parcial no se distribuye por igual en todos los puestos, predomina en los puestos más bajos en la jerarquía laboral y tiene una incidencia muy reducida en los puestos de responsabilidad.

Un aspecto determinante de la estrategia *low cost* aplicada tanto por Wal-Mart como por Amazon es la obtención de la máxima disponibilidad de la fuerza de trabajo. En el caso de Wal-Mart las horas de apertura comercial y la asignación de la fuerza de trabajo a esas horas es una variable estratégica de primera magnitud en la obtención de beneficios por parte de este tipo de organizaciones empresariales. Para el caso de Amazon también resulta fundamental la máxima disponibilidad de la fuerza de trabajo dadas las incertidumbres respecto a las campañas y cuando sobrevienen picos de actividad. En este sentido, uno de los aspectos con los que juegan las empresas es con la indeterminación de los horarios laborales. Esto es especialmente relevante en el caso de los trabajadores a tiempo parcial racionados en el número de horas que realizan y deseosos de poder incrementar su jornada para poder ingresar algo más de dinero. Esta actuación permite a las empresas la flexibilidad o disponibilidad de la mano de obra que requieren para ajustar la plantilla a las necesidades puntuales de trabajo sin grandes esfuerzos de planificación. De forma que si llega una punta de actividad o surge una necesidad se le dice al personal que prolongue su jornada o se le llama directamente para que acuda al centro. La obtención de flexibilidad y máxima disponibilidad de la fuerza de trabajo contratada es destacada como un requerimiento clave del nuevo

contexto de negocio.

En este sentido es frecuente que tanto en los trabajadores de tiempo completo como en los de tiempo parcial las jornadas laborales se alarguen sustancialmente, superando ampliamente las jornadas determinadas en los contratos y convenios colectivos, y que en determinadas empresas se exija de los trabajadores una disponibilidad para el trabajo superior a la estipulada previamente. De hecho uno de los aspectos en los cuales el sector tiene más interés es la indeterminación de las horas de trabajo y poder realizar una asignación irregular de las mismas a su discreción. Este contexto en el que operan las direcciones empresariales de elevada discrecionalidad se ve favorecido por la ausencia de presencia sindical, tanto mediante la prohibición explícita como mediante estrategias que de facto impiden su implantación en la empresa.

Otras estrategias empresariales de gestión de la fuerza de trabajo en el sector consisten en determinar tanto a jóvenes como a mujeres como colectivos diana a los que dirigirse durante los procesos de selección y reclutamiento, básicamente debido a su menor capacidad negociadora o debilidad contractual derivada de la situación de estos colectivos en la sociedad y en particular en el mercado de trabajo. Ambos colectivos, dada su situación de partida laboral desfavorable en cuanto a realidad y expectativas, tienen aspiraciones tanto salariales como laborales en general más bajas y están dispuestos a aceptar una disponibilidad laboral hacia la empresa mucho mayor así como otro tipo de abusos.

Toda esta batería de actuaciones se combina con un control ideológico-cultural muy marcado en forma de 'cultura de empresa'. Estas formas de legitimación de las políticas implantadas y control de las plantillas se realiza en mayor o menor medida por todas las empresas del sector. Es común en todas las empresas apelar a una simbolización de unidad que implica la construcción de una identidad colectiva, identificación y sentimiento de pertenencia a un grupo, en este caso una empresa, como un mecanismo de control que hace posible la aceptación por parte de los trabajadores de las condiciones laborales impuestas (flexibilidad horaria, salario, etc.). Por otro lado, estas formas de control de tipo ideológico coexisten con la implementación de mecanismos de evaluación del desempeño que son revestidas de cientificidad, cuantificables por objetivos de venta y que están vinculadas a procesos de promoción y de revisión salarial o a parte de la retribución variable mensual.

Por último, y como condición para que todo lo anterior sea implementado sin contestación colectiva de los trabajadores, una de las claves en la gestión de los recursos humanos de este nuevo modelo es la individualización de las relaciones trabajador-empresa, con la consiguiente

prohibición u obstaculización a la implantación sindical en estas empresas. Esta actuación tiene por objetivo evitar que se revierta la situación en la empresa en cuanto a control y explotación máxima en términos de relaciones laborales¹⁵². Esta realidad de no permitir margen para la defensa y actuación colectiva de los trabajadores y mantenerlos bajo una total desprotección es habitual y se acentúa cuando los trabajadores ni tan sólo pueden reclamar sus derechos laborales reconocidos por la normativa laboral o el convenio aplicable, si es el caso. Son múltiples las vías para provocar de facto esta indefensión, desde el miedo a no ver renovada la contratación o al estigma de trabajador conflictivo, bien por diversas coacciones por parte de la dirección empresarial, por propio desconocimiento del idioma (piénsese en los grandes volúmenes de trabajadores extranjeros contratados por temporada por ejemplo en Amazon) o fundamentalmente por ignorancia de los convenios y la normativa laboral, situación muy extendida entre el conjunto de trabajadores y que podríamos decir que incluye a prácticamente todos aquellos que no cuentan con una cobertura y asesoramiento sindical.

En la medida que el modelo se basa en impedir la presencia sindical, esta relación requiere que los arreglos vis a vis entre trabajador y empresa se realice vía un gestor, jefe de tienda o sección, lo suficientemente adaptado a la política de la empresa como para manejar y solucionar la conflictividad inherente a este modelo de gestión de personal. En este sentido la fragmentación del trabajo y del tiempo del trabajo en el sector se apoya en la individualización de los conflictos y en la resolución particularizada de los mismos, minimizando las posibilidades de cualquier mejora conjunta y dificultando la acción sindical y colectiva.

En algunos casos se empiezan a “percibir” los efectos perversos de estas políticas de personal y su gestión individualizada. Estos efectos se manifiestan en forma de “enfermedades”, tales como depresiones y ansiedad que provocan bajas en el personal y rotación laboral. Como apunta Santos “de forma parcial podemos observar cómo están multiplicándose los síntomas del mal vivir laboral en la era del trabajo intensificado, pero la individualización y la psicologización que traen aparejadas las nuevas formas de gestión no permiten que, hoy por hoy, el malestar en el trabajo se exprese abiertamente”¹⁵³.

¹⁵² Hyman, R., *Relaciones industriales. Una introducción marxista*, Blume, Madrid, 1981.

¹⁵³ Santos, A., “Las relaciones laborales en los márgenes del mercado de trabajo”, *Arxius de Ciències Socials*, n. 18, 2008.

3. La precariedad laboral y sus consecuencias

A la vista del documental sobre la situación de los trabajadores de Amazon podríamos caer en el error de identificar a los trabajadores precarios con esta situación de explotación maximizada, pero la realidad es que la precariedad está mucho más cerca de la realidad cotidiana de la mayoría de la clase trabajadora y se extiende en el día a día. De hecho, si tomamos como base del análisis la idea de estabilidad en el contrato de trabajo (incluyendo la causalidad del despido y de la contratación temporal) y la estabilidad en las condiciones laborales, podríamos afirmar que la práctica totalidad de figuras contractuales que enmarcan el trabajo asalariado deberían considerarse hoy en día como formas ya precarizadas de compra-venta de fuerza de trabajo, incluso la relación laboral indefinida cuya finalización se ha facilitado con las últimas reformas de la institución del despido.

La tensión político-normativa entre estabilidad y precariedad y sus manifestaciones en la regulación de las relaciones laborales no es algo novedoso. De hecho, las formas de trabajo precario han acompañado siempre a la relación laboral asalariada, pero la tendencia expansiva del trabajo atípico frente al estable (típico) ha elevado el número de trabajadores que pueden ser considerados dentro del “precariado”, hasta el punto que éste ha sido calificado como “nueva clase social”¹⁵⁴ o sus miembros como el “proletariado del siglo XXI”¹⁵⁵.

De hecho, como recordaba Recio¹⁵⁶, es posible afirmar que hace ya tres décadas que en los países del capitalismo desarrollado la concepción del trabajo ha evolucionado hacia una aceptación (en principio tácita y ahora explícita) de la reducción de los derechos de los asalariados como un medio insoslayable para alcanzar un mayor nivel de bienestar económico. Esta aceptación se ha fraguado, en el ámbito de los países donde se desarrolló el constitucionalismo social de posguerra, en torno a lo que ya se ha denominado como una nueva *Gran Transformación* de las relaciones entre capital y trabajo. Los dos pilares de ésta serían, en la interpretación de Castels, el desempleo masivo y la flexibilización de la normativa reguladora de las relaciones laborales¹⁵⁷. El contexto permanente en el cual

¹⁵⁴ Standing, G., *El precariado, una nueva clase social*, Pasado & Presente, Barcelona, 2013.

¹⁵⁵ Díaz-Salazar, R., *Trabajadores precarios: el proletariado del siglo XXI*, Ediciones HOAC, Madrid, 2003.

¹⁵⁶ Recio Andreu, A., “Paro, precarización laboral e ideologías económicas”, *Sistema*, nn. 168-169, 2002, pp. 88-106.

¹⁵⁷ Castel, R., *El ascenso de las incertidumbres. Trabajo, protecciones, estatuto del individuo*, Fondo de cultura económica, Buenos Aires, 2010.

se han producido estos cambios ha sido la crisis económica.

De manera paralela, desempleo, flexibilización de las normas laborales y crisis económica han estado presentes en el debate político y en el contenido de las normas jurídicas que han provocado, con recurrentes reformas laborales, la paralela *Gran Transformación* del derecho del trabajo¹⁵⁸. A lo largo de los años, se ha ido consumando la mutación de las normas laborales, tejida alrededor de la afirmación de la existencia de un ordenamiento laboral anticuado y con contenido *rígido* que se plantea como un obstáculo para las “exigencias de flexibilidad de las empresas” y que por ello explica en buena medida la elevada tasa de destrucción del empleo¹⁵⁹.

La flexibilización (eufemismo de reducción de los derechos de los trabajadores) se ha venido afirmando como camino necesario para la generación de empleo, bajo la máxima de que es mejor un empleo, aun cuando precario, que un no-empleo. De esta manera, la precarización se ha convertido en un objetivo querido, o cuanto menos asumido y permitido como la senda por la que evoluciona la normativa laboral y la práctica empresarial. El ejemplo del ordenamiento laboral español en lo que atañe a la contratación temporal y a la regulación del tiempo parcial es claro, ya que demuestra la existencia de una línea definida de reforma del mercado de trabajo que genera estructuras de profunda segmentación laboral, fundamentalmente entre los colectivos más vulnerables. Esta afirmación ha sido sostenida durante décadas por iuslaboralistas y sociólogos¹⁶⁰, y sin embargo ha sido desatendida por los poderes normativos que han retomado la senda de la precariedad como vía para la inserción laboral con las reformas de 2012, 2013 y 2014.

En la tesitura de no encontrar empleo (con un 25.8 % de tasa de desempleo en enero de 2014) o aceptar un empleo precario (temporal y mal remunerado), cada vez son más los trabajadores españoles que asumen la emigración laboral como salida necesaria con la esperanza de

¹⁵⁸ Sobre esta evolución vinculada a las políticas de austeridad en la UE vid. Guamán, A. y Noguera, A., *Derechos sociales, integración económica y medidas de austeridad. La UE contra el constitucionalismo social*, Bomarzo, 2015.

¹⁵⁹ En palabras del legislador español (Exposición de Motivos de la Ley 3/2012), “la rapidez e intensidad de la destrucción de empleo en España se debe fundamentalmente a la rigidez del mercado laboral”.

¹⁶⁰ Demostrando, por ejemplo, que entre 1988 y 1990 el efecto sustitución de trabajadores indefinidos por temporales era un hecho claro, al igual que era evidente que la conversión de temporales a fijos se producía en un porcentaje limitado, vid. Fernández, F., Garrido, L. y Toharia, L., “Empleo y paro en España, 1976-1990”, en Miguélez, F. y Prieto, C., *Las relaciones laborales en España, Siglo XXI*, segunda edición, Madrid, 1995, p. 75.

encontrar un trabajo digno en otros estados miembros de la Unión Europea, en particular en una Alemania cuya tasa de desempleo no deja de descender. La realidad que nos demuestra el documental de Amazon nos aleja del sueño de una “Europa social” para acercarnos a situaciones que, no siendo ajenas al territorio español sí eran lejanas para la mayoría de trabajadores europeos: la realidad de la migración laboral sur-norte, plagada de relaciones informales o en los límites de la legalidad laboral, marcada por la precariedad, la pobreza y las situaciones de maximización de la explotación. Aquél progreso social que debía derivarse de la integración económica y que se encuentra en la base de la “economía social de mercado” plasmada en el artículo 3 del Tratado de la Unión Europea se demuestra como una promesa falsa.

4. Bibliografía

- Bosch, G. y Lehndorff, S., *Working in the service sector. A tale from different worlds*, Great Britain, Routledge, 2005.
- Carré, F., Tilly, C., Vanklaveren, M. y Voss-Dahm, D., *Retail Jobs in Comparative Perspective*, Russel Sage Foundation, Low-wage work project, 2008.
- Fernández, F., Garrido, L. y Toharia, L., “Empleo y paro en España, 1976-1990”, en Miguélez, F. y Prieto, C., *Las relaciones laborales en España*, Siglo XXI, segunda edición, Madrid, 1995, p. 75.
- Flores, G., “El salario mínimo en Alemania. Alcance y repercusiones”, *Colección cuadernos*, n. 32, Fundación 1 de Mayo.
- Guamán, A. y Illueca, H., *El huracán neoliberal, una reforma laboral contra el trabajo*, Sequitur, Madrid, 2012.
- Guamán, A. y Noguera, A., *Derechos sociales, integración económica y medidas de austeridad. La UE contra el constitucionalismo social*, Bomarzo, 2015.
- Hyman, R., *Relaciones industriales. Una introducción marxista*, Blume, Madrid, 1981.
- Lichtenstein, N., *Wal-Mart, el rostro del capitalismo en el siglo XXI*, Ed. Popular, Madrid, 2006.
- López Aumada, J. E., “La promoción del recurso a las empresas de trabajo temporal en el proceso de reformas laborales: alcance y efectos de una auténtica reconversión empresarial”, *Relaciones laborales*, n. 11, 2012, p. 18.
- Lorente, R., *La precariedad laboral de trabajar a tiempo parcial: El caso de España*. México, DF, Plaza y Valdés, 2003.

- Lorente, R., Pitxer, J. V. y Sánchez, A., “La lógica de la temporalidad en el mercado de trabajo español”, en Guamán Hernández, A., (Dir.) y Cordero Gordillo, V., (Coord.), *Temporalidad y Precariedad del Trabajo Asalariado: ¿el fin del modelo de estabilidad laboral?*, Bomarzo, Albacete, 2013.
- Lorente, R. y Ramirez, V., “Tendencias en la distribución comercial minorista y en la gestión de su personal: ¿Hacia un Nuevo modelo?”, en AA.VV., *La investigación y la enseñanza de la sociología del trabajo*, Germania, Alzira, 2010.
- Martínez Girón, J. y Arufe Varela, A., “El impacto de la crisis económica sobre el derecho del trabajo y de la seguridad social en Alemania y en Austria”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, n. 34, 2013.
- Prieto, C., (Coord.), *Calidad del empleo en España: Una aproximación teórica y empírica*, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid, 2009.
- Santos, A., “Las relaciones laborales en los márgenes del mercado de trabajo”, *Arxius de Ciències Socials*, n. 18, 2008.
- Spermann, A., *The new role of temporary agency work in Germany*, Discussion Paper n. 6180, November 2011, IZA.
- Tilly, C., *Wal-Mart and its workers: NOT the shame all over the world*, Symposium on Wal-Mart, Connecticut: University of Connecticut Law Journal, 2006.
- Velasco Portero, M^a y Fröhlich, M., “El régimen jurídico de la contratación temporal en Alemania, más es menos”, *Actualidad Laboral*, n. 13, 2011.
- Womack, J. P., Jones, D. T. y Roos, D., *La máquina que cambió el mundo*, McGraw-Hill. Madrid, 1992.

Usos y prácticas de las técnicas de información y de la comunicación TIC'S en la enseñanza del derecho del trabajo

Jorge Luis RESTREPO PIMIENTA*
Rafael FORERO CONTRERAS**

RESUMEN: Comprender la educación a partir de los avances tecnológicos y los fenómenos de la comunicación partir de los medios masivos permite ahondar en métodos y estrategias de enseñanza que hacen más fácil el aprendizaje del derecho al trabajo dentro del contexto de teletrabajo en cuanto usos prácticos y en cuanto a objeto defensa e interpretación de acción tecnológica y medio o forma de realizar una labor. Ahora bien, el presente documento de carácter eminente pedagógico, jurídico y didáctico en el ámbito de las ciencias del trabajo, pretende resaltar las herramientas tecnológicas en el ámbito de los procesos de enseñanza y aprendizaje de conceptos, normas, técnicas, principios, acciones, procedimientos en materia de las relaciones de trabajo y su ámbito de espacio tiempo y lugar. Hoy, es necesario asumir los comportamientos de los educandos en materia de derecho del trabajo desde una perspectiva, integracionista, movilidad, compatibilidad, dinamismo en cuanto a la forma de adquirir el conocimiento científico y desarrollar las competencias comunicativas hoy fundamentales en el ejercicio de la profesión y de los diferentes perfiles descritos en un perímetro de ideas liberales, críticas, reflexivas, pragmáticas y usuales en la nueva forma de hacer y crear disciplina jurídica.

Palabras clave: TIC'S, Teletrabajo, Virtualidad, Empleo, Trabajo.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Técnicas de información y de las comunicaciones TIC frente al trabajo y empleo. 3. Aula virtual y enseñanza de los instrumentos internacionales del trabajo. 4. Enseñanza derecho laboral en el contexto de teletrabajo. 5. Posibles aplicaciones prácticas. 6. Conclusiones. 7. Bibliografía.

* Abogado, Magíster en Derecho Profundización en Seguridad Social. Docente de Especialización en Seguridad Social, Derecho Laboral y Seguridad Social.

** Doctor en Derecho del Trabajo Universidad de Burdeos Francia. Especialista en docencia universitaria. Director Ejecutivo de la Mesa Permanente de Academias de Jurisprudencia y Legislación de Iberoamérica.

1. Introducción

Los procesos educativos y pedagógicos son el producto de los avances y desarrollo de ciencias, la técnica y la tecnología, de esta manera, las sociedades evolucionan y permiten a los hombres accionar de diversas formas en su quehacer cotidiano. Es por ello que se torna válido dentro de la educación acceder a las nuevas herramientas tecnológicas para dos propósitos fundamentales que se adquieran competencias comunicativas desde la electrónica y la virtualidad en tiempos y espacios reales, así mismo facilitar a los educando una serie de estrategias que permitan crecer y ahondar en temas y contenidos específicos de las disciplinas.

En este sentido la formación en educación superior a partir de la virtualidad y las técnicas de información y comunicación se hacen presentes en la medida que los docentes diseñen las estrategias que hacen posible la necesidad del teletrabajo y la exploración de las competencias comunicativas a partir de los medios masivos de comunicación.

Por lo antes expuesto, es válido decir que el tema que nos proponemos desarrollar e inscribir para la temática intitulada “tendencias contemporáneas del derecho del trabajo y de la seguridad social” gira en torno a formular la hipótesis de si es viable aplicar las TIC (técnicas de la Información y la Comunicación) a la creación de un Aula Virtual para complementar el trabajo presencial del docente en la asignatura de derecho laboral desde lo académico y abrir las discusión a su eventual aplicación práctica en otros ámbitos como puede ser el caso del teletrabajo.

2. Técnicas de información y de las comunicaciones TIC frente al trabajo y empleo

Para ahondar en el tema de las técnicas de la Información y la comunicación es propicio partir de las apreciaciones contemporáneas de las ciencias sociales en relación a las comunicaciones en cuanto a fenómeno, realidad, situación y disciplina, dado a que este mundo de la revolución de las telecomunicaciones suelen presentarse.

Ahora bien siguiendo este orden de ideas cabe destacar desde la óptica de las ciencias Laborales o Ciencias Sociales de Recursos Humanos, el concepto teórico científico de trabajo el cual es un hecho natural o biológico propio del hombre¹⁶¹, es decir, nace con él o es inherente a su

¹⁶¹ De La Cueva, M., *Tratado de Derecho al Trabajo*, México, 1986, p. 86.

condición humana bien lo preceptúa¹⁶² dice:

“Condición humana está concebida por medio de características inherentes de los seres humanos proponiendo designar tres actividades fundamentales en el hombre: labor, trabajo y acción.

Estas actividades son fundamentales porque cada una corresponde a una de las condiciones básicas bajo las que se ha dado al hombre la vida en la tierra. Labor es la actividad correspondiente al proceso biológico del cuerpo humano, cuyo espontáneo crecimiento, metabolismo y decadencia final están ligados a las necesidades vitales producidas y alimentadas por la labor en el proceso de la vida. La condición humana de la labor es la misma vida.

Trabajo es la actividad que corresponde a lo no natural de la exigencia del hombre, que no está inmerso en el constantemente repetido ciclo vital de la especie, ni cuya mortalidad queda compensada por dicho ciclo.

El trabajo proporciona un *artificial* mundo de cosas, claramente distintas de todas las circunstancias naturales. Dentro de sus límites se alberga cada una de las vidas individuales, mientras que este mundo sobrevive y trasciende a todas ellas.

La acción, única actividad que se da entre los hombres sin la mediación de cosas o materia, corresponde a la condición humana de la pluralidad, al hecho de que los hombres, no el Hombre, vivan en la Tierra y habiten en el mundo”.

En este sentido teórico filosófico se puede afirmar que es considerado un derecho natural de los seres humanos, por medio del cual, el ser humano desarrolla todo su potencial, cuya actividad está enmarcada por un fin. Al mismo tiempo, el trabajo se ha plasmado en textos legales, en consecuencia, convirtiéndose en un derecho humano positivo, reconocido por instancias supranacionales, como en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 de la ONU.

Asimismo, las legislaciones de cada uno de las naciones han reconocido y garantizado, el derecho al trabajo en sus constituciones. Teniéndolo en cuenta, de este modo, también como un valor, un principio y un fin del Estado, tal es el caso Colombiano. Por lo que resulta claro, la evolución a lo largo de la historia de los derechos de los trabajadores, y de igual modo la protección de lo único que poseen, su fuerza de trabajo.

Luego de las afirmaciones anteriores, conlleva a aclarar, que el trabajo tiene diferentes modalidades, y que todos los seres humanos independientemente de su actividad trabajan, lo que difiere, de lo que es empleo, que de allí pues, se constituyen las relaciones de trabajo. Por lo

¹⁶² Arendt, H., *La condición humana*, Barcelona, Paidós, 1996, pp. 21-28.

tanto, conviene dilucidar, en el caso del Estado de Colombia, que las organizaciones jurídicas, políticas y organizadas están en la obligación de la protección del trabajo en cualquiera de sus modalidades y formas; más aún, cuando se conoce que la actividad humana libre acarrea consecuencia de progreso para las naciones, es decir, que si los países quieren desarrollo, deben propugnar el fomento y difusión del trabajo.

Continuando con este orden lógico y dinámico acerca de las relaciones de trabajo merecen una protección especial por parte del Estado, aún más, cuando se tratan de carácter dependiente. Porque en ese tipo de relaciones se encuentra la parte débil que es el trabajador, como ya se explicó, su único bien es su fuerza de trabajo. Por tal motivo, se ejerce toda una política de protección, como los principios consagrados, en la legislación Colombiana, en el artículo 53 de la Constitución, tales como la asociación sindical, prestaciones sociales, seguridad social, el mínimo vital y móvil, entre otros.

Seguidamente cabe desatacar que dado al fenómeno de cambio mentalidad y acciones de comunicación humana denominado globalización y la interacción e innovación de las tecnologías informáticas, nace el teletrabajo, una modalidad de trabajo a distancia con el que se interactúa mediante las modernas Tecnologías de la información y la Comunicación.

En los Estados, donde se quiere desarrollar el teletrabajo, es necesaria una implementación mediante procesos de modernización y modernidad el fomentado por el Estado, a través del ejecutivo, para lograr la modernidad, por lo cual se requieren acciones administrativas para la difusión y provocación del teletrabajo, que en una época se convertirá en la forma cotidiana de trabajar, por ello desde la formación de ciencias jurídicas del trabajo es menester orientar la tecnología de la información desde dos perspectivas, la actualización de los conocimientos científicos en materia Laboral y seguridad social que son vinculantes y tiene sus fuentes en los instrumentos internacionales y por otra parte se requiere explorar la competencia y creatividad de los educandos llamada hoy habilidad para la gestión de la Información¹⁶³

Con base en lo expuesto, esta forma de trabajo merece toda la protección del Estado, por ser esa su obligación, a su vez, cuando se constituyan por medio del teletrabajo, relaciones de trabajo dependiente, se desarrolla una forma de flexibilización laboral, lo que resulta imperioso el auxilio del Estado a la parte desdeñada de esta relación, coaccionando a los

¹⁶³ Niño Rojas, V. M., *Competencias en la Comunicación hacia las Prácticas del Discurso*, Bogotá, EOE Ediciones, 2008, p. 25.

empleadores, de acuerdo al principio de la primacía de la realidad, a la garantía de cada uno de los derechos del empleo. Ese rescate lo hace a través de desarrollo de normas jurídicas, inspección y vigilancia por entes de la administración competente y elaborando estrategias de protección.

De esta manera se considera imperioso conocer y discernir acerca las Técnicas de Información y Comunicaciones; aunque para otros dentro del ambiente didáctico o pedagógico hablen de Ambientes o de Entornos Virtuales de Aprendizaje, otros se refieren a e-learning, por lo cual surge la duda metódica si hace al mismo instituto o se trata de asuntos diferentes entre sí, para ello es indispensable esbozar ideas.

Con respecto a las tecnologías de la información y la comunicación son aceptadas internacionalmente como los procedimientos, los recursos y las técnicas informáticas que permiten procesar, almacenar y transmitir información con la utilización de los novedosos recursos informáticos cada vez más accesibles a la población sin tanta formación en informática o sin ser consumados ingenieros de sistemas.

Asimismo se comprende por Ambiente Virtual de Aprendizaje se estima el conjunto de entornos de interacción, que en el tiempo resulten sincrónicos o asincrónicos, que a partir de una base informática permitan adelantar el proceso de enseñanza aprendizaje a través de un equipo de cómputo, cabe destacar que esta definición se aproxima a la propuesta por la Dirección de Tecnología Educativa del Instituto politécnico Nacional (de México); de otro lado (Ospina Pineda) propone:

“En el ámbito educativo se puede definir el ambiente (virtual de aprendizaje) como la organización del espacio, la disposición y la distribución de los recursos didácticos, el manejo del tiempo y las interacciones que se dan en el aula. Es un entorno dinámico, con determinadas condiciones físicas y temporales, que posibilitan y favorecen el aprendizaje”.

Cabe destacar que existe una apreciación metódica y conceptual en un artículo de revista indexada de cara a los entornos virtuales de aprendizaje como instrumento de mediación, elaborado por (Guerrero Suarez) Cristóbal de la Universidad de Salamanca considera:

“La educación es un proceso social por naturaleza, un evento que al estar implicado en una red de influencias mutuas, es indudablemente, el suceso más humano y humanizador de todas las finalidades sociales. Pero, ¿qué ocurre cuando esta constante y afortunada acción social discurre y se apoya sobre los hombros de las Nuevas Tecnologías de la Información y de la Comunicación (NTIC), que son hoy una variante?”

Los que defienden la tesis del e-learning manifiestan que “...no se trata solamente de tomar un curso y colocarlo en un ordenador, se trata de una

combinación de recursos, interactividad, apoyo y actividades de aprendizaje estructuradas”.

De todo lo anterior expuesto se puede sintetizar, primeramente, que el “entorno” ha de referirse al ambiente y no sólo a la técnica de utilización del computador para la enseñanza o la instrucción; es así que para los alcances de este documento académico científico se pretende indagar si los docentes de las facultades de derecho estarían dispuestos a capacitarse en el uso de las TIC como una medida de actualización propia y a su vez como un canal de comunicación más expedito con sus alumnos, quienes a no dudarlo, demuestran estar más al tanto de los avances tecnológicos.

Entonces es menester someramente aludir a los elementos o componentes de este ambiente virtual de aprendizaje para contestar la pregunta recién formulada; tendremos a disposición todos los elementos que se resumen a continuación para desarrollar una labor de calidad?

En este nuevo escenario del conocimiento se requiere tener unas condiciones materiales y recursos económicos e informáticos para la puesta en marcha del programa, curso o currículo. De otra parte debe adelantarse una labor de acercamiento tanto de profesores como de estudiante para prepararlos a aceptar estas nuevas formas de interacción que en la mayoría de casos no será presencial o cuya presencialidad será limitada en el tiempo o en razón de la distancia física entre ellos. No debe dejarse de lado asegurar para los interesados y vinculados al proyecto la organización de espacios físicos y de horarios de trabajo, tutoría y acompañamiento que definirán previamente para determinar si se trata de cursos a distancia o de complemento de la labor presencial. Es claro que en uno u otro caso, las condiciones variarán para su adecuación a cada programa. Tener claros los roles asignados de profesor, tutor, consejero, etc. para que el alumno sepa a quién y cuándo recurrir a cada uno de ellos, así como los del equipo de gestión; saber el número de alumnos para poder asignar tiempos de intervención mediática, tamaño y extensión de tareas o informes y número de involucrados en “chats” o conversatorios simultáneos para no bloquear los sistemas o canales de comunicación.

Definir los tipos de actividades o didácticas que se recomienda implementar en el entendido que todo documento, video, etc. tiene un “peso” que pueden llegar a soportar las plataformas informáticas y que excederlos conducirá a los inconvenientes que se desea evitar desde el comienzo.

Por ello se afirma con todo sentido “(...) ésta modificación se genera a partir de una estructura básica de acción tecnológica que facilita el procesamiento, gestión y distribución de la información, agregando a la relación educativa, nuevas posibilidades y limitaciones para el aprendizaje.

Esta transformación de la relación educativa promovida por la tecnología merece una atención distinta” (Suárez).

Para la Administración del curso, del programa o del aula, los requerimientos generales son igualmente trascendentes:

Plataformas informáticas en las universidades que soporten la comunicación creciente a través de navegadores adecuados y seguramente protegidos para que la comunicación se restrinja entre los inscritos o autorizados, y no de libre acceso.

Asegurar servicios web a todos los interesados en las mismas condiciones de velocidad gracias al soporte de un robusto equipo informático y de ingenieros que logren crear las plantillas o modelos de aulas para lograr una simetría y orden en la presentación de las aulas o entornos informáticos.

Tampoco resulta de poca importancia recordar otros detalles técnicos que van desde la adquisición de licencias o utilización de software gratuito, compatibilidad de los programas de la Universidad o centro de educación con los computadores del alumnado, idioma a emplearse si se trata de actividad internacional, así como todas las herramientas que aseguren y faciliten la planeación, organización, puesta en práctica y valoración o evaluación final del trabajo adelantado a lo largo del curso.

Para todos es un hecho que la implementación de estos tipos de colaboración dentro de las formas actuales de enseñanza también están sujetas a diversos inconvenientes que vale la pena mencionar someramente:

Posible lentitud en la transmisión de la información en especial si se tratara de documentos “multimedia” que contengan imágenes, sonido etc., caída del sistema, o interrupción del servicio de la web, fallas del servicio de energía eléctrica en general. Es de entender que los costos de las tarifas de servicios informáticos pueden tener una influencia limitativa negativa en el volumen de interesados en su utilización.

Para los docentes actuales en cátedra presencial el reto es lograr que durante la hora de clase no se dediquen a cultivar amistades mediante las redes sociales sino más bien atraerlos a complementar lo dicho por el docente o a mejorar el debate con información en línea de última hora.

Atrás quedaron los tiempos en que conseguir un libro, un código o una ley e importarlos tomaba tiempo y recursos económicos nada despreciables, siempre con el temor de la vigencia en el tiempo de lo recibido con tanto esfuerzo.

¿Qué docente actual en aula no enfrenta el escenario de ver cada vez más a sus alumnos con teléfonos inteligentes o dispositivos informáticos?

¿Cuál ha de ser el uso permitido o permisible ya que resulta a todas luces

imposible decirles que lo guarden? La negativa –y con razón- es que en esos elementos tienen almacenados sus códigos, leyes y otros materiales de clase.

La propuesta nos acerca a definir a un educador virtual, de acuerdo con lo afirmado por el Rector de la Universidad de Barcelona, en el entendido que “(...) la introducción de nuevas tecnologías en la educación no supone la desaparición del profesor, aunque obliga a establecer un nuevo equilibrio en sus funciones” (Bricall Joseph María).

Dentro de las características de estos nuevos educados virtuales debe entenderse que quien asume tal obligación se convierte más en un tutor del proceso de enseñanza que en un comunicador tradicional de información. De una u otra forma es claro que su gestión no es estandarizada sino que adquiere una condición personalizada desde el principio porque tanto profesor como alumno tienen una actitud activa frente a este sistema educativo.

Llevará buen tiempo que docente y dicente adquieran un mismo ritmo de trabajo puesto que, de todas formas, los tiempos de respuesta de los estudiantes deberán ser diferentes y adaptables a su entorno. Ello no obsta para que el docente adquiera ritmos de trabajo diferentes con sus pupilos –como acontece en cátedra presencial- sin que ello afecte el resultado final del curso en su promedio ni los resultados de conjunto.

En la actual sociedad de la información, el problema no radica en la consecución de recursos bibliográficos, sino por el contrario, en la gran cantidad de documentos que un buscador informático puede, en tiempo record, ofrecer al investigador o consultante, quien se puede ver abrumado por los cientos, miles o millones de datos a los que puede acceder.

De allí la importancia de la capacitación para saber encontrar para el propio uso documentos o fuentes confiables y con mayor razón estar en capacidad e ofrecer al alumnado canales de búsqueda o documentos depurados o por lo menos confiables.

A manera de ejemplo práctico podemos citar el Diplomado sobre Apropiación de las TIC que actualmente adelanta la Universidad Militar Nueva Granada a través de su Facultad de Estudios a Distancia FAEDIS a su cuerpo docente con miras a la actualización profesoral en la materia, y ofrecer material de apoyo informático construido por sus docentes para reforzar el trabajo que se adelanta en el aula de manera presencial.

Dentro del mencionado diplomado, se tocan temas de suma importancia, además de la presentación se navega en Módulos sobre el uso potenciado del correo electrónico, la ayuda inmensa que ofrece *youtube.com*, bases de datos y documentos de interés así como materiales de estudio,

lineamientos generales de Aulas Virtuales, y montaje de su propia asignatura dentro de la plataforma *Moodle*. Acompañado de tutoriales, videos guía, páginas web y otras fuentes documentales.

3. Aula virtual y enseñanza de los instrumentos internacionales del trabajo

Dentro del esbozo acerca de la virtualidad y espacio de desarrollo, cabe precisar dentro de la metodología de este documento de corte didáctico dentro de modernización tecnológica y renovación de ambientes de aprendizaje para alcanzar Abogados competitivos en cuanto a fortalezas y destrezas metodológicas, es por ello que resulta pertinente definir qué se entiende por aula virtual y cuál ha de ser su razón de ser:

El aula virtual es el medio en la Internet en el cual los educadores y educandos se encuentran para realizar actividades que conducen al aprendizaje (Horton, 2000).

Por tanto, se debe entender que su razón de ser no se limita a copiar y transmitir masivamente información y aún más a hacerlo indiscriminadamente, nos referimos a hacerlo sin una coherencia o una ponderación que conduzca a crear instrumentos de diverso índole que faciliten la comunicación y de ella adquirir el conocimiento y las destrezas que permitan posteriormente una utilidad profesional práctica. Ello dentro de un proceso robusto que permita la interacción entre los involucrados, la utilización de diversas didácticas, el poder emplear recursos multimedia que faciliten la comprensión de modelos de pensamiento, la aplicación práctica de la imaginación de los alumnos en la construcción de nuevos modelos o teorías así como las discusiones entre los participantes, asistir a video conferencias en tiempo real o revivir aquellas paradigmáticas que vale la pena volver a ver como aquellas películas clásicas de la filmografía.

Todo ello precedido de reglas claras dadas al comienzo de los cursos con explicación de los tiempos de entrega de los aportes tareas o estudios que desprenden de la didácticas acordadas así como los métodos de evaluación al final del ejercicio del mencionado curso.

Como resultado de la teoría de aprovechamiento de las TIC, el docente estará idóneamente facultado para construir su propia aula incorporando en ella sus conocimientos y experticia guiado por las directrices que sobre el particular dicten las Directivas de la Universidad para que el departamento de informática prepare una “plantilla” o una base de aula que pueda concebir y desarrollar cada docente según lo estime conveniente. Creeríamos viable afirmar que aún desde la plataforma del

aula virtual prima de manera inobjetable la llamada Autonomía o Libertad de Cátedra – de origen constitucional – que faculta al docente para dar a conocer su pensamiento en forma verbal, escrita o informática.

Entonces los instrumentos internacionales del trabajo se encuentran en las diversas plataformas o páginas donde el estudiante debe estar adiestrado o preparado en el manejo de ellas para nutrirse de los diferentes tratados, convenios y recomendaciones en materia de derecho del trabajo ello para indagar, conocer y determinar el bloque de constitucionalidad que atañe a la defensa de casos concretos o para entender las fuentes formales internacionales o supraestatales que soportan y sostienen este derecho en su característica de nuevo, internacional globalizado y vinculante.

4. Enseñanza derecho laboral en el contexto de teletrabajo

El derecho del trabajo, también denominado como derecho de clases¹⁶⁴, por algunos tratadistas mexicanos, tal como lo afirma uno de los expositores de derecho laboral mexicano¹⁶⁵, que el derecho laboral es producto de la lucha de las niveles materiales de vida y todo beneficio del trabajo es un logro de justicia como lo manifiesta De La Cueva “la justicia tendrá que ser una conquista de quienes sufren injusticia”.

Este preámbulo demuestra la importancia del derecho del trabajo para toda persona, es por esta razón que la Constitución Política, le da una protección especial por parte del Estado (Peña Peña, 2012, p. 3), entre tanto que la H. Corte Constitucional de Colombia ha dicho, que es una manifestación de la libertad del hombre y por tanto su fundamento en la dignidad del hombre (Derechos colectivos, 1992).

Desde la práctica es dado afirmar que si es viable emplear el aula virtual como soporte o ayuda multifacética del trabajo presencial en la enseñanza del derecho laboral y de la seguridad social.

Varias Universidades ya cuentan con un modelo activo sobre el particular, con la utilización de la plataforma *moodle*, como es el caso de la UMNG y la UNILIBRE.

5. Posibles aplicaciones prácticas

En los últimos años se ha constituido un punto de inflexión de las

¹⁶⁴ González Charry, G., *Derecho laboral Colombiano*, Bogotá, Legis, 2004, p. 13.

¹⁶⁵ De La Cueva, M., *El nuevo derecho mexicano*, México, Porrúa, 1981, p. 25.

relaciones laborales, cuya época ha estado marcada por la fuerte competencia internacional (globalización) y la innovación tecnológica, trayendo consigo las nuevas Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC), jugando un papel fundamental en la transformación y modernización de las empresas (Lenis Gomez, 2007).

La globalización capitalista actual no es otro que el mismo capitalismo egoísta, despiadado y racionalista del Renacimiento europeo, que ven al Estado intervencionista como un límite para el desarrollo empresarial que traen como consecuencia la supresión de la noción de la relación laboral y del contrato de trabajo para ser reemplazados por un contrato civil o comercial, cuya prestación esté liberada de derechos, obligaciones, indemnizaciones y carga prestacionales¹⁶⁶.

Otros efectos de las transformaciones mencionadas, son la deslocalización de los puestos de trabajo con el apoyo de las TIC, en esto consiste el teletrabajo, en no estar bajo guarda del empleador sino en un lugar diferente, como en el domicilio, regulada en Colombia a partir de la ley 1221 de 2008, cuya norma manifiesta una serie de garantías laborales, sindicales y de seguridad social, pero a la realidad muchas de estas vinculaciones de trabajo se han visto como independiente y generación de trabajo informal precario.

En síntesis y observando la definición del teletrabajo, se podría decir que no es más que una derivación de una forma de empleo de vieja data denominada “trabajo a domicilio”, el cual debería funcionar como lo hace esa antigua forma de vinculación, porque obviamente no se encuentran los elementos constitutivos de un contrato de trabajo pero sigue siendo una forma de relación dependiente (Lenis Gomez, 2007). Además el uso de medios tecnológicos e informáticos ha hecho posible que se desarrolle el trabajo a domicilio.

Con el sistema capitalista, economía globalizada y las tecnologías cada vez siendo menos complejas, el teletrabajo podría convertirse en la forma de empleo más utilizada, de esta forma se observa, si desde la relación trabajador-empleador se seguirá deteriorando o por el contrario, éstas entrarían en una nueva evolución; así como los sistemas económicos evolucionan, también lo harán las relaciones laborales.

6. Conclusiones

Entorno de aprendizaje no es solamente saber usar un computador para

¹⁶⁶ Obando Garrido, J. M., *Derecho laboral*, Bogotá, Editorial ABC Ltda, 2007.

hacer docencia directa donde se dejen espacios para realizar las actividades independientes previstas en el sistema de unidades de crédito.

Se requiere una enorme infraestructura informática, una robusta plataforma y un comprometido grupo de soporte informático de ingenieros y expertos que creen las bases o aulas tipo para que los docentes logren trabajo ordenado y organizado metodológicamente.

Es claro que este sistema tiene inconvenientes de orden técnico y económico para los usuarios que deberán saber manejar las entidades educativas para acoger el mayor número de interesados.

Cabe resaltar en este espacios de análisis y reflexión de las competencias comunicativas a partir de la tecnología y el teletrabajo que se requiere adaptarse a los tiempos de trabajo y a metodologías diferentes de la cátedra presencial.

Por último en un ciclo de síntesis se puede afirmar de forma positiva y creciente ya hay ejemplos prácticos de las TIC y aulas virtuales para la enseñanza del derecho del trabajo y de la seguridad social.

7. Bibliografía

- Arendt, H., *La condición humana*, Barcelona, Paidós, 1996.
- De La Cueva, M., *Tratado de Derecho al Trabajo*, México, 1986.
- De La Cueva, M., *El nuevo derecho mexicano*, México, Porrúa, 1981.
- Flórez Ochoa, R., *Hacia Una Pedagogía del Conocimiento*, Bogotá, McGraw-Hill, 1996.
- Florez Perez, E., *Elementos de Ética, Filosofía, Política y Derecho*, Caracas, El Nacional, 2005.
- González Charry, G., *Derecho laboral Colombiano*, Bogotá, Legis, 2004.
- Guerrero Suarez, C., *Entornos virtuales de Aprendizaje. Unidad de Tecnología Educativa*, (UTE) Universidad de Valencia.
- Niño Rojas, V. M., *Competencias en la Comunicación hacia las Prácticas del Discurso*, Bogotá, EOE Ediciones, 2008.
- Obando Garrido, J. M., *Derecho laboral*, Bogotá, Editorial ABC Ltda, 2007.

El Empleo juvenil en México. ¿Se Regula? ¿Se Protege?

María Aurora de la Concepción LCAVEX BERUMEN*
Yolanda SOSA Y SILVA GARCÍA**
Jesús RODRÍGUEZ CEBREROS***

RESUMEN: El Instituto Nacional de Geografía y Estadística (INEGI) señala que en 2014, en México residían 31.4 millones de jóvenes de 15 a 29 años, representando 26.3% de la población total. La tasa de desempleo de los adolescentes de 15 a 19 años y de los jóvenes de 20 a 24 años es de 9.8 y 9.2%, respectivamente. La población joven aumentó de 1990 a 2014 de 23.9 a 31.4 millones. Los menores, históricamente, se han visto en la necesidad de trabajar. La fracción III, del Artículo 123 constitucional, que prohibía el trabajo a menores de doce años, fue reformada en 1962, elevándose a catorce años. En 2014 se elevó quince años. La Ley Federal del Trabajo (LFT) regula el trabajo de los menores, conservando a la fecha la edad de 14 años. La iniciativa para modificarla para que sea congruente con la Constitución se encuentra en trámite en el Senado. Diversos ordenamientos jurídicos contienen disposiciones referentes a los jóvenes, pero no refieren la generación y tutela del empleo juvenil. Se propone adicionar al Título Sexto de la LFT, Trabajos Especiales, con un Capítulo que se denominaría Trabajo de los Jóvenes o Empleo Juvenil.

Palabras clave: Empleo Juvenil, normatividad, reforma.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Contexto. 3. Normatividad. 4. Normatividad Internacional. 5. Programas. 6. Conclusiones. 7. Propuesta. 8. Bibliografía.

* Profesora de tiempo completo de la Facultad de Derecho, Mexicali de la Universidad Autónoma de Baja California.

** Profesora de tiempo completo de la Facultad de Derecho, Mexicali de la Universidad Autónoma de Baja California.

*** Profesor de tiempo completo de la Facultad de Derecho, Mexicali de la Universidad Autónoma de Baja California.

1. Introducción

“Una primera aproximación al concepto [juventud] remite siempre a la edad de la persona pero ésta no se agota ahí, puesto que hay distintas formas de ser joven y de vivir la juventud que corresponden a condicionantes económicos, sociales y culturales. Reducir la juventud a un período del ciclo vital es desconocer lo heterogéneo y diverso de las relaciones sociales; es decir, la presencia empírica y simbólica de los jóvenes en la sociedad es notoria e innegable pero hay distintas formas de sentir, vivir y pensar la juventud”¹⁶⁷.

La juventud puede ser considerada desde un punto de vista biopsicológico y también desde un punto de vista psico-social. En el primer caso se asocia al mero transcurso del tiempo, sosteniéndose que la juventud empieza durante la adolescencia y termina con el inicio de la vida adulta. En el segundo caso, se vincula con un periodo de crecimiento y de descubrimiento, tanto interno como externo.

Los jóvenes representan el conjunto de la población de entre 15 y 24 años de edad, es decir, un 18% del total de la población mundial. Los jóvenes son un factor determinante en el cambio social, el desarrollo económico y el progreso técnico. Su imaginación, sus ideales, sus perspectivas y su energía resultan imprescindibles para el desarrollo de las sociedades en las que viven¹⁶⁸.

En México, las disposiciones jurídicas no son uniformes en relación los conceptos joven, adolescente y otros semejantes. Las normas laborales prohíben el trabajo de los menores de 15 años, permiten el trabajo de los menores de edad entre 15 y 16 años, siempre y cuando hubiesen concluido la educación obligatoria, que es la educación media superior, y establecen que la mayoría de edad laboral se adquiere a los 16 años. La Ley de Premios, Estímulos y Recompensas Civiles, dispone que el Premio Nacional de la Juventud se otorga en dos categorías de edad: de 12 años hasta menos de 18 años y de 18 años hasta 29 años. La Ley Federal de Justicia para Adolescentes dispone que son adolescentes las personas de entre doce años cumplidos y menos de dieciocho años de edad a quienes

¹⁶⁷ Urcola, M. A., “Algunas Apreciaciones sobre el Concepto sociológico de Juventud”, *Invenio*, vol. 6, n. 11, noviembre, 2003, pp. 41-50, Universidad del Centro Educativo Latinoamericano, Argentina, Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal, Sistema de Información Científica. Consultado: 22 de agosto de 2014. <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=87761105> Consultado: 26 de agosto de 2014.

¹⁶⁸ ONU, <http://www.un.org/es/globalissues/youth/index.shtml> Consultado: 26 de agosto de 2014.

se les atribuya o compruebe la realización de una o varias conductas tipificadas como delito; y que son adultos jóvenes las personas de entre dieciocho años cumplidos y menos de veinticinco años de edad, a quienes se les atribuya o compruebe la realización de una conducta tipificada como delito cometida cuando eran adolescentes, a los que se les aplicará el Sistema Federal de Justicia para Adolescentes en todo aquello que proceda. La Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes establece que para los efectos de esta ley, son niñas y niños las personas de hasta 12 años incompletos, y adolescentes los que tienen entre 12 años cumplidos y 18 años incumplidos.

2. Contexto

Las Ley del Sistema Nacional de Información Estadística y Geográfica¹⁶⁹ dió al Instituto Nacional de Estadística y Geografía, (INEGI) autonomía técnica y de gestión¹⁷⁰.

El objetivo del INEGI, que es un organismo constitucional autónomo¹⁷¹ es proporcionar a los mexicanos y al estado información de calidad, pertinente, veraz y oportuna, a través del Sistema Nacional de Información Estadística y Geográfica (SNIEG). Esta información permitirá la toma de las grandes decisiones nacionales, así como las de los particulares, misma que se recaba, procesa y difunde bajo los principios de transparencia, objetividad y transparencia.

El INEGI tiene entre sus atribuciones: normar y coordinar el desarrollo del SNIEG; normar las actividades estadísticas y geográficas; producir información estadística y geográfica; prestar el servicio público de Información; promover el conocimiento y usos de la información; conservar la información.

El INEGI, en relación al empleo juvenil, ha dado a conocer lo siguientes datos¹⁷²:

Al hablar de los niños que trabajan es importante señalar que existen dos tipos de trabajos que pueden desempeñar los niños y las niñas, uno es el doméstico y otro el económico. Los datos se refieren únicamente al trabajo económico.

¹⁶⁹ DOF, 16 de abril de 2008. Reforma más reciente 14 de julio de 2014.

¹⁷⁰ INEGI, <http://www.inegi.org.mx/inegi/acercade/default.aspx> Consultado: agosto 29 de 2014.

¹⁷¹ DOF, 7 de abril de 2006.

¹⁷² INEGI, <http://cuentame.inegi.org.mx/poblaciin/ninos.aspx?tema=P> Consultado 20 de agosto de 2013.

A los niños y niñas que desempeñan un trabajo económico se les llama ocupados, en esta situación en México durante 2009 había 3 millones 14 mil 800 personas de 5 a 17 años, de los cuales 67% eran niños y 33% niñas. Al 2009 en México, el 11% de los niños y niñas de entre 5 y 17 años estaban ocupados.

De los niños y las niñas ocupados, 25% recibía hasta un salario mínimo¹⁷³; 24% de uno a tres salarios mínimos, el 2% recibe más de tres salarios mínimos y 47% no percibe ninguna remuneración.

Los principales motivos por los cuales los niños y las niñas realizan algún trabajo económico son: porque en el hogar necesitaban de su trabajo, para pagar su escuela o sus propios gastos o para aprender un oficio. Los niños y niñas que trabajan, lo hacían principalmente en el campo, en el comercio y en los servicios. 16 % de los niños y niñas ocupados aportan la mitad o más de su salario al hogar.

El 40% de los niños y niñas ocupados no asiste a la escuela, lo que representa 1 millón 195 mil 744 personas. El 32% de los niños y niñas que trabajan laboran 35 horas y más a la semana

Las entidades federativas con más y menos porcentaje de niños que trabajan son: en primer lugar se encuentra Guerrero que presentó el mayor porcentaje de niños que trabajan con 17.5%, le siguen Nayarit y Zacatecas con 16.6% y 16.2% respectivamente, mientras que Chihuahua obtuvo 3.3%, el Distrito Federal obtuvo 5.2%, seguido de Baja California con 5.6 %.

En 2012, en México residían 31 millones de jóvenes de 15 a 29 años, lo que representaba el 26.5% de la población total¹⁷⁴.

Una gran mayoría de jóvenes mexicanos consideran que el éxito en la vida se alcanza al momento en el que obtienen un empleo, debidamente remunerado y en el que cuenten con estabilidad.

“Sin embargo, la realidad es otra: 85% de los jóvenes ocupados no gana más de 6 mil pesos al mes y apenas una cuarta parte de los empleos formales que se crearon en el último año fueron para ellos”¹⁷⁵.

El Instituto Nacional de Geografía y Estadística (INEGI) señala¹⁷⁶ que:

¹⁷³ En 2009, el salario mínimo general era en el área geográfica A de \$ 54.80; en la B, de \$53.26 y en la C, de \$51.95.

¹⁷⁴

INEGI,
<http://www.inegi.org.mx/inegi/contenidos/espanol/prensa/Contenidos/estadisticas/2013/juventud0.pdf> Consultado: 3 de septiembre de 2014.

¹⁷⁵ “Crisis en el empleo juvenil”, *Diario de Yucatán*, 17 de agosto de 2014,
<http://yucatan.com.mx/economia/empleo-y-desempleo/crisis-en-el-empleo-juvenil>
Consultado: 26 de agosto de 2014.

¹⁷⁶

INEGI,
<http://www.inegi.org.mx/inegi/contenidos/espanol/prensa/Contenidos/estadisticas/2>

- En 2014, en México residían 31.4 millones de jóvenes de 15 a 29 años, monto que representa 26.3% de la población total.
- En el primer trimestre de 2014, la tasa de desempleo de los adolescentes de 15 a 19 años y de los jóvenes de 20 a 24 años son de 9.8 y 9.2%, respectivamente.
- Durante 2012, 32.7% de la población de 15 a 29 años no está afiliada o inscrita a servicios médicos.
- En 2012 fallecieron aproximadamente 36 mil jóvenes, lo que en términos porcentuales representa 6.1% de las defunciones totales.
- De acuerdo a datos de la Encuesta Nacional de Victimización y Percepción sobre Seguridad Pública (ENVIPE) 2013, los temas que preocupan más a la población joven son la inseguridad y el desempleo (56.6 y 49.2%, respectivamente).

En México, el monto de la población joven aumentó de 1990 a 2014 de 23.9 a 31.4 millones, no obstante, su proporción con respecto al total disminuyó de 29.4 a 26.3 por ciento. Lo anterior se explica por un proceso de envejecimiento que se manifiesta en un aumento relativo de la población de mayor edad y en una menor participación porcentual de niños y jóvenes. Se estima que para el año 2022, su tasa de crecimiento anual sea negativa (-0.03% respecto a 2021) y su monto vaya disminuyendo hasta alcanzar los 30.5 millones de jóvenes en 2050.

En cuanto a su estructura por edad y sexo, del monto de jóvenes estimados en 2014, 35.6% son adolescentes de 15 a 19 años, uno de cada tres (33.7%) son jóvenes de 20 a 24 años y tres de cada diez (30.7%) tienen entre 25 y 29 años de edad. Los adolescentes son el único grupo quinquenal de esta población que cuenta con un mayor monto de hombres que de mujeres. De hecho, a partir de los 20 años la relación de hombres-mujeres es menor de cien y su tendencia se mantiene más o menos estable (aproximadamente 90 hombres por cada cien mujeres), lo que obedece a un efecto acumulativo y constante de la sobremortalidad masculina, la cual se da en todas las edades, pero en el grupo de jóvenes resulta ser un rasgo distintivo. Otro aspecto que influye en la composición por sexo es la migración, la cual tiene un efecto dual en la medida que puede afectar tanto a hombres como a mujeres, sobre todo cuando los cambios de residencia se dan al interior del país, pero en la población joven, la migración internacional es predominantemente masculina.

El nivel de escolaridad está directamente relacionado, tanto a la situación socioeconómica de la familia a la que los jóvenes pertenecen, así como a la posibilidad de acceso a un puesto de trabajo. Inciden también la deserción

014/juventud0.pdf Consultado: 9 de octubre de 2014.

escolar. Datos de la Encuesta Nacional de Ocupación y Empleo (ENOE) indican que 37.5% de los adolescentes de 15 a 19 años cuentan con al menos un grado aprobado en este nivel, y de estos, no todos asisten actualmente a la escuela, solo 79% cumplen con esta última condición¹⁷⁷.

En México, la tasa de desocupación¹⁷⁸ en los jóvenes durante el primer trimestre de 2014 es de 8.4%, es decir, casi el doble a la tasa estimada a nivel nacional para la población de 15 años y más (4.8 por ciento). Un análisis por edad, muestra que los adolescentes de 15 a 19 años (9.8%) y los jóvenes de 20 a 24 (9.2%) tienen el mayor nivel de desocupación. Uno de los problemas que enfrenta la población joven al momento de buscar trabajo es la falta de experiencia laboral: 18.7% de los jóvenes desocupados no cuenta con esta experiencia.

La vulnerabilidad de la población que se ocupa de manera informal se manifiesta de muchas maneras, una de ellas es el ingreso que perciben por su trabajo: la proporción de jóvenes que se ocupan de manera informal y que reciben hasta un salario mínimo es de 17.7 por ciento; uno de cada tres (32.2%) recibe más de uno y hasta dos salarios mínimos; mientras que uno de cada seis (17.1%) no reciben remuneración. En suma, estas tres categorías representan 67% de la población joven que se ocupa de manera informal.

3. Normatividad

Una relación individual de trabajo nace a la vida jurídica con la prestación de un servicio personal subordinado que una persona física, llamada trabajador, da a una persona física o moral, llamada patrón.

Por lo que hace a la parte patronal, la calidad jurídica del patrón se regula por el Derecho Privado. En la hipótesis de que, en especial, tratándose de personas morales, que no hubieren cumplido con los requisitos legales de fondo y forma para ser considerados persona moral, esta situación no incide en la relación de trabajo, independientemente si se trata de una asociación civil, de una sociedad civil, de una sociedad anónima, de una sociedad en comandita, un ejido o un fideicomiso. En el supuesto de que el trabajador ignorase el nombre o la denominación o razón social del patrón al cual le presta o prestó servicios, bastará que en su escrito inicial de demanda señale el domicilio del lugar de que se trate y la actividad a la que se dedica el patrón y se presumirá la existencia de la relación

¹⁷⁷ *Idem.*

¹⁷⁸ *Idem.*

individual de trabajo con el titular de dicho establecimiento.

Por lo que hace a la parte obrera, es el Derecho del Trabajo que regula los requisitos que una persona física debe cumplir para asumir el papel de trabajador. La primera disposición al respecto corresponde a la edad. En México no existe edad límite superior para ser sujeto de una relación de trabajo. Si bien, el sistema de seguridad social establece la pensión por cesantía en edad avanzada, para trabajadores con un cierto número de semanas cotizadas y con edad de 60 a 64 años y la pensión por vejez, para trabajadores, también con un número determinado de semanas cotizada y 65 años de edad, no se establece la jubilación obligatoria. Por lo anterior, con frecuencia personas con más de 65 o 70 o hasta 75 y más años de edad siguen sujetos a una relación individual de trabajo.

Por lo que se refiere a la edad límite inferior, la normatividad mexicana es muy estricta.

3.1. Fundamento Constitucional

Los menores, a lo largo de la historia mexicana, se han visto siempre en la necesidad de trabajar. Diversos ordenamientos jurídicos se han expedido, para protegerlos.

El Estatuto Orgánico Provincial de la República Mexicana del 15 de mayo de 1856, estableció en el artículo 33 que el trabajo de los menores de catorce años solamente se podría permitir si se contaba con la intervención de sus padres o tutores, el contrato no podía celebrarse por más de cinco años y era posible anularlo, si el menor recibía malos tratos del patrón¹⁷⁹. El Estatuto Provincial del Imperio Mexicano, del 10 de abril de 1865, disponía en el numeral 70, que los menores podían trabajar, únicamente si intervenían sus padres o curadores, o, en su caso, la autoridad política¹⁸⁰.

El Programa del Partido Liberal Mexicano del 1º de julio de 1906 estableció en la “Exposición” que la jornada máxima debía ser de ocho horas, con un salario mínimo de un peso. Prohibía el trabajo infantil. En este programa se propusieron reformas constitucionales y en el capítulo “Capital y Trabajo”, en el punto 24, “prohíbe en absoluto el empleo de

¹⁷⁹ Blanes Casas, J., *La Inspección Federal del Trabajo y el Trabajo de los Menores*, <http://www.bibliojuridicas.inam.me/libros/2/981/6>. pdf. Consultado, octubre 13 de 2013.

¹⁸⁰ Tena Ramírez, F., *Leyes Fundamentales de México. 1808-1975*. Editorial Porrúa, S.A. México, p. 679.

niños menores de 14 años”¹⁸¹.

Es de destacarse el laudo¹⁸² que el Presidente Porfirio Díaz dictó con motivo de la huelga de los trabajadores de la industria de hilados y tejidos el 5 de enero de 1907, en el cual, en el artículo séptimo resolvió que: “No se admitirán los menores de siete años en las fábricas, para trabajar, y mayores de esa edad sólo se admitirán con el consentimiento de sus padres; en todo caso, no se les dará trabajo sino una parte del día, para que tengan tiempo de concurrir a las escuelas hasta que terminen su instrucción primaria elemental. Se recomendará a los gobernadores de los Estados y a los secretarios de Instrucción Pública, por lo que respecta al Distrito Federal, que establezcan la reglamentación y vigilancia de las escuelas de las fábricas, de manera que quede garantizada la educación de los hijos de los obreros”.

La ley que por primera vez se refirió al trabajo de los menores fue la Ley de Trabajo, de 7 de octubre de 1914, de Manuel Aguirre Berlanga, Gobernador del estado de Jalisco, que en el artículo segundo prohibió el trabajo de los menores de nueve años. Los mayores de nueve y menores de doce podrían ser utilizados en labores compatibles con su desarrollo físico y siempre que pudieran concurrir a la escuela; su salario se fijaría de acuerdo con la costumbre del lugar. Los mayores de doce y menores de diez seis años, recibirían, como mínimo, un salario de cuarenta centavos¹⁸³.

En 1917, al expedirse por el Congreso Constituyente de Querétaro la Constitución, diversas fracciones del Artículo 123, aludían al trabajo de los menores¹⁸⁴:

La fracción II dispuso que los menores de diez y seis años no podían prestar servicios en el trabajo nocturno industrial y tampoco en los establecimientos comerciales después de las diez de la noche. También establecía que se prohibía el trabajo en labores peligrosas o insalubres de menores de dieciséis años. La fracción III, señalaba que no estaba permitido que menores de doce años quedaran sujetos a una relación de trabajo. La fracción III fijó la jornada máxima para mayores de doce y

¹⁸¹ Prontuario de Legislación sobre Menores, STP, INET, DIF, FONAPAS, México, 1981, p. 369.

¹⁸² Sayeg Helú, J., *Las huelgas de Cananea y Río Blanco*, Instituto Nacional de Estudios Históricos de la Revolución Mexicana, México, 1980, p.p. 182-185. http://www.inehrm.gob.mx/pdf/documento_huelgario2.pdf. Consultado: septiembre 2 de 2013.

¹⁸³ De la Cueva, M., *Derecho Mexicano del Trabajo*, Editorial Porrúa, S.A. México, 1961, pp. 99 y 100.

¹⁸⁴ *Ibidem*, p. 124.

menores de diez y seis años, en seis horas. La fracción XI prohibió el trabajo extraordinario de los menores de diez y seis años.

La fracción III, del Artículo 123 constitucional, que prohibía el trabajo a menores de doce años, fue reformada con fecha 20 de noviembre de 1962, elevándose dicha edad a la de catorce años.

El 12 de junio de 2013, el Presidente de la República, presentó ante la Mesa Directiva de la Cámara de Diputados, la iniciativa con proyecto de Decreto que reforma el artículo 123, apartado A, fracción III de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, para elevarla a quince años.

La iniciativa fue aprobada en la Cámara de Diputados con 427 votos en pro y 7 abstenciones, el martes 4 de marzo de 2014, turnándose para los efectos constitucionales a la Cámara de Senadores. El 21 de abril de 2014, se aprobó por unanimidad, con 82 votos. La reforma fue turnada a los Congresos estatales, para su análisis y aprobación, para los efectos del artículo 135 constitucional. El 17 de junio se publicó en el Diario Oficial de la Federación (DOF) esta trascendente reforma.

3.2. Ley Federal del Trabajo

La Ley Federal del Trabajo inició su vigencia el 1º de mayo de 1970. A la fecha ha sido reformada en 26 ocasiones, la más reciente fue la que se publicó en el DOF del 30 de noviembre de 2012, vigente a partir del 1º de diciembre del mismo año.

Por lo que se refiere al trabajo de los menores contiene disposiciones sumamente estrictas. Las normas del trabajo son de orden público, por lo tanto, no producen efecto alguno las estipulaciones que establezcan trabajos para niños menores de *catorce años*.

El 23 de septiembre de 2014 se prestó en la Cámara de Diputados iniciativa para reformar la Ley Federal del Trabajo, a efecto de que sus disposiciones en materia de trabajo de menores sea congruente con la reforma constitucional¹⁸⁵.

Se propone modificar todos aquellos artículos que se refieren a la edad límite inferior de catorce años, por la de quince años. Los artículos son: 5º, 22, 22 bis, 23, 174, 175, 175 bis, 176, 178, 179, 180, 267, 362, 372, 988 y 995 bis.

Esta iniciativa fue probada el 2 de diciembre de 2014 y el 4 del mismo mes

¹⁸⁵ Cámara de Diputados, <http://gaceta.diputados.gob.mx/> Consultado: 2 de febrero de 2015.

y año se turnó a la Cámara de Senadores, para los efectos constitucionales. A la fecha se encuentra en trámite en las Comisiones Unidas de Trabajo y Previsión Social y de Estudios Legislativos, Primera¹⁸⁶.

Esta situación legislativa no impide que se cumpla la disposición constitucional referente a la edad de quince años, al aplicarse el principio de supremacía constitucional. “(...) que descansa en la idea de que por representar la Constitución la unidad del sistema normativo y estar situada en el punto más elevado de éste, contiene las normas primarias que deben regir para todos dentro de un país, sean gobernantes o gobernados; dichas normas primarias constituyen al propio tiempo la fuente de validez de todas las demás normas que por eso se han llamado secundarias y que componen el derecho positivo en general”¹⁸⁷.

Trabajador es la persona física que presta a otra, física o moral, un trabajo personal subordinado; patrón es la persona física o moral que utiliza los servicios de uno o varios trabajadores. 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, considerándose que la prestación de un trabajo primero y el contrato celebrado producen los mismos efectos y, se presumen la existencia del contrato y de la relación de trabajo entre el que presta un trabajo personal y el que lo recibe.

Aun así, en el supuesto de que un menor de quince años realizara una actividad subordinada para una persona física o moral, no nace a la vida jurídica una relación individual de trabajo. También se prohíbe por lo que se refiere a los menores de dieciséis que no hayan terminado su educación obligatoria, salvo los casos de excepción que apruebe la autoridad correspondiente en que a su juicio haya compatibilidad entre los estudios y el trabajo. El 9 de febrero de 2012 se publicó en el DOF una reforma al artículo 3º. Constitucional en el que se establece que: “Todo individuo tiene derecho a recibir educación. El Estado – Federación, Estados, Distrito Federal y Municipios –, impartirá educación preescolar, primaria, secundaria y media superior. La educación preescolar, primaria y secundaria conforman la educación básica; ésta y la media superior serán obligatorias.”

¹⁸⁶ Cámara de Senadores,

<http://www.senado.gob.mx/libreria/busqueda/senadoinfo/index.php?ver=prueba&mn=10> Consultado: 2 de febrero de 2015.

¹⁸⁷ Garmendia Cedillo, X., “Control Difuso y Control Convencional de Constitucionalidad”,

<http://www.tfjfa.gob.mx/investigaciones/pdf/controldifusoycontrolconvencional.pdf> citando a Héctor Fix Zamudio. Consultado: 2 de febrero de 2015.

Se entiende por educación media superior la preparatoria o bachillerato en sus diversas modalidades: presencial, intensiva, virtual, autoplaneada, mixta, certificación por exámenes parciales y certificación por examen¹⁸⁸. Por un simple cálculo cronológico, si para ingresar a primaria el menor debe tener 6 años cumplidos al 31 de diciembre del año en que inicia el ciclo escolar, al terminar su edad será de doce años. Si cursa la secundaria de tres años, al egresar habrá cumplido quince años. La educación media superior tiene una duración de tres años, por lo que para cumplirse con el requisito a que se hace referencia, la edad será, por lo general, de diez y ocho años.

En México, de conformidad con el numeral 23 de la Ley Laboral, la mayoría de edad laboral se adquiere a los dieciséis años, por lo que los mayores de dieciséis años pueden prestar libremente sus servicios, con las limitaciones establecidas en la misma Ley.

Los menores trabajadores pueden percibir el pago de sus salarios y ejercitar las acciones que les correspondan.

Los menores tienen capacidad para comparecer a juicio sin necesidad de autorización alguna; pero, en caso de no estar asesorados en juicio, la Junta solicita la intervención de la Procuraduría de la Defensa del Trabajo para tal efecto. Tratándose de menores de dieciséis años, la Procuraduría de la Defensa del Trabajo les designa un representante cuando no lo tengan.

Esta disposición se complementa con la prohibición de que los trabajadores menores de dieciséis años formen parte de la directiva de los sindicatos, contenida en el artículo 372, fracción I, al igual que está prohibida la utilización de menores de dieciocho años para la prestación de servicios fuera de la República, salvo que se trate de técnicos, profesionales, artistas, deportistas y, en general, de trabajadores especializados, de conformidad con el numeral 29.

Entre las prohibiciones a los patrones, se establece en la fracción I, del numeral 133, que no deben negarse a aceptar trabajadores por razón de origen étnico o nacional, género, edad, discapacidad, condición social, condiciones de salud, religión, opiniones, preferencias sexuales, estado civil o cualquier otro criterio que pueda dar lugar a un acto discriminatorio.

El trabajo de los menores, queda sujeto a vigilancia y protección especiales de las autoridades del trabajo tanto federales como locales.

Los menores trabajadores independientemente de contar con la

¹⁸⁸ SEP, http://www.sep.gob.mx/wb/sep1/boletin_138 Consultado 3 de octubre de 2013.

autorización de Ley para trabajar, deben obtener un certificado médico que acredite su aptitud para el trabajo y someterse a los exámenes médicos que periódicamente ordenen las autoridades laborales correspondientes. Sin estos requisitos, ningún patrón puede utilizar sus servicios.

Queda prohibida la utilización del trabajo de los menores: en establecimientos no industriales después de las diez de la noche; en expendios de bebidas embriagantes de consumo inmediato, cantinas o tabernas y centros de vicio; en trabajos susceptibles de afectar su moralidad o buenas costumbres; y en labores peligrosas o insalubres que, por la naturaleza del trabajo, por las condiciones físicas, químicas o biológicas del medio en que se presta, o por la composición de la materia prima que se utiliza, son capaces de actuar sobre la vida, el desarrollo y la salud física y mental de los menores.

La reforma de 2012 adicionó una disposición referente a las contingencias sanitarias en el artículo 42 bis, relativo a la suspensión de los efectos de las relaciones de trabajo, disponiendo que en caso de declaratoria de contingencia sanitaria y siempre que así lo determine la autoridad competente, no puede utilizarse el trabajo de menores de dieciséis años.

Especial tutela para los menores es la determinación en el numeral 177, de la jornada de trabajo, la que para los menores de dieciséis años no puede exceder de seis horas diarias y debe dividirse en períodos máximos de tres horas. Entre los distintos períodos de la jornada, disfrutan de reposos de una hora por lo menos.

Queda prohibida, en el artículo 178, la utilización del trabajo de los menores de dieciséis años en horas extraordinarias y en los días domingos y de descanso obligatorio. En caso de violación de esta prohibición, las horas extraordinarias se pagan con un doscientos por ciento más del salario que corresponda a las horas de la jornada, y el salario de los días domingos y de descanso obligatorio.

Los menores de dieciséis años disfrutan de un período anual de vacaciones pagadas de dieciocho días laborables, por lo menos y tienen derecho a que se le pague la prima vacacional, de conformidad con el artículo 179.

Los patrones que tienen a su servicio menores de dieciséis años están obligados, según el numeral 180, a exigir que se les exhiban los certificados médicos que acrediten que están aptos para el trabajo; llevar un registro de inspección especial, con indicación de la fecha de su nacimiento, clase de trabajo, horario, salario y demás condiciones generales de trabajo; distribuir el trabajo a fin de que dispongan del tiempo necesario para cumplir sus programas escolares; proporcionarles capacitación y adiestramiento; y, proporcionar a las autoridades del trabajo

los informes que soliciten.

El Título Sexto de la Ley Federal del Trabajo regula los trabajos especiales. Por lo que hace a los trabajadores de los buques, Capítulo III, en el artículo 191, queda prohibido el trabajo de los menores de quince años y los menores de dieciocho no pueden prestar servicios en calidad de pañoleros o fogoneros. En relación a los trabajadores maniobristas de servicio público en zonas bajo jurisdicción federal, Capítulo VII, de conformidad con el numeral 267, no puede utilizarse el trabajo de los menores de dieciséis años.

Por reforma del 30 de noviembre de 2012, se adicionó a este Título Sexto, el Capítulo XIII bis, relativo a los trabajadores de las minas. El numeral 342 C, que señala las obligaciones específicas de los patrones, en la fracción IX, dispone que no se debe contratar o permitir que se contrate a menores de 18 años.

El Reglamento Interior de Trabajo es el conjunto de disposiciones obligatorias para trabajadores y patrones en el desarrollo de los trabajos en una empresa o establecimiento. Este instrumento jurídico debe contener, entre otras disposiciones, las relativas a las labores insalubres y peligrosas que no deben desempeñar los menores, de conformidad con la fracción VII del numeral 423.

La inspección del trabajo, tanto federal como local, es la autoridad laboral, cuya atribución es vigilar el cumplimiento de las normas de trabajo. En materia de trabajo de menores, le corresponde vigilar de manera particular de las que reglamentan el trabajo de los menores, según el artículo 541, fracción I.

El artículo 995 establece que al patrón que viole las normas que rigen el trabajo de los menores, se le impondrá una multa equivalente de 50 a 2500 veces el salario mínimo general.

El Reglamento Federal de Seguridad, Higiene y Medio Ambiente en el Trabajo, publicado en el DOF del 21 de enero de 1997, el Reglamento General para la Inspección y Aplicación de Sanciones por Violaciones a la Legislación Laboral, publicado en el DOF del 6 de julio de 1999, el Reglamento de la Procuraduría Federal de la Defensa del Trabajo, publicado en el DOF del 14 de diciembre de 1999, el Reglamento Interior de la Secretaría del Trabajo y Previsión Social, publicado en el DOF del 14 de de noviembre de 2008, así como los Reglamentos para el Ejercicio del Comercio, o de Otras Actividades en la Vía o Bienes Públicos locales, deben ser reformados para adecuarse a la edad límite de quince años.

3.3. Ley de Asistencia Social

La Ley de Asistencia Social fue promulgada por el presidente Vicente Fox Quesada, y publicada en el DOF del 2 de septiembre de 2004, iniciando su vigencia al día siguiente de su publicación, el 3 de septiembre de 2004.

La Secretaría de Salud tiene atribuciones, en coordinación con el Sistema Nacional de Asistencia Social Pública y Privada para supervisar y coadyuvar en el desarrollo de los procesos de adopción de menores, según se establece en el artículo 9, fracción XIV de la ley en comento.

El numeral 12, fracción I, dispone que se entienden como servicios básicos de salud en materia de asistencia social entre otros, los señalados en el artículo 168 de la Ley General de Salud, que son: la atención a personas que, por sus carencias socio-económicas o por condiciones de discapacidad, se vean impedidas para satisfacer sus requerimientos básicos de subsistencia y desarrollo; la atención en establecimientos especializados a menores y adultos mayores en estado de abandono o desamparo y personas con discapacidad sin recursos; la promoción del bienestar del adulto mayor y el desarrollo de acciones de preparación para la senectud; el ejercicio de la tutela de los menores, en los términos de las disposiciones legales aplicables; la prestación de servicios de asistencia jurídica y de orientación social, especialmente a *menores*, adultos mayores y personas con discapacidad sin recursos.

El Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia es, según lo establece el numeral 28, el coordinador del Sistema, y tiene, entre otras, la función de prestar servicios de representación y asistencia jurídica y de orientación social a *niñas y niños, jóvenes*, adultos mayores, personas con alguna discapacidad, madres adolescentes y solteras, indigentes, indígenas migrantes o desplazados y todas aquellas personas que por distintas circunstancias no puedan ejercer plenamente sus derechos.

3.4. Ley de Ciencia y Tecnología

Este ordenamiento fue promulgado por el presidente Vicente Fox Quesada, se publicó en el DOF el 5 de junio de 2002, iniciando su vigencia al día siguiente, esto es, el 6 de junio del mismo año.

Esta ley señala en el artículo 12, fracción XVIII, que entre los principios que rigen el apoyo que el Gobierno Federal está obligado a otorgar para fomentar, desarrollar y fortalecer en general la investigación científica, el desarrollo tecnológico y la innovación, así como en particular las actividades de investigación que realicen las dependencias y entidades de

la Administración Pública Federal, se encuentra el de fomenta la promoción y fortalecimiento de centros interactivos de ciencia, tecnología e innovación para *niños y jóvenes*.

3.5. Ley de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos

Esta ley fue promulgada por el Presidente Carlos Salinas de Gortari. Se publicó en el DOF el 29 de junio de 1992. Entró en vigor al día siguiente de su publicación.

El artículo 25 dispone que cualquier persona puede denunciar presuntas violaciones a los derechos humanos y acudir ante las oficinas de la Comisión Nacional para presentar, ya sea directamente o por medio de representante, quejas contra dichas violaciones. Cuando los interesados estén privados de su libertad o se desconozca su paradero, los hechos se podrán denunciar por los parientes o vecinos de los afectados, inclusive por *menores de edad*.

El numeral 29 establece que la Comisión Nacional debe poner a disposición de los reclamantes formularios que faciliten el trámite, y en todos los casos ejercerá la suplencia en la deficiencia de la queja, para lo cual la Comisión orientará y apoyará a los comparecientes sobre el contenido de su queja o reclamación. Las quejas también podrán presentarse oralmente, cuando los comparecientes no puedan escribir o sean *menores de edad*.

3.6. Ley de Premios, Estímulos y Recompensas Civiles

Este ordenamiento fue promulgado por el Presidente Luis Echeverría Álvarez, fue publicada en el DOF el 31 de diciembre de 1975, entrando en vigor a los tres días de su publicación, es decir, el 3 de Enero de 1976.

El artículo 6, fracción VIII, señala que entre los premios que se establecen y que tienen carácter de nacionales, se encuentra el Premio Nacional de la Juventud.

El artículo 72 dispone que el Premio Nacional de la Juventud es entregado a *jóvenes* cuya edad quede comprendida entre los 12 y 29 años, y su conducta o dedicación al trabajo o al estudio cause entusiasmo y admiración entre sus contemporáneos y pueda considerarse ejemplo estimulante para crear y desarrollar motivos de superación personal o de progreso de la comunidad. Se entrega en dos categorías: de 12 años hasta menos de 18 años y de 18 años hasta 29 años. En ambas categorías, se

concede en las siguientes distinciones: logro académico; expresiones artísticas y artes populares; compromiso social; fortalecimiento a la cultura indígena; protección al ambiente; ingenio emprendedor; derechos humanos; discapacidad e integración; aportación a la cultura política y a la democracia; y, ciencia y tecnología.

3.7. Ley Federal de Justicia para Adolescentes

Este ordenamiento fue promulgado por el Presidente Enrique Peña Nieto. Se publicó en el DOF del 27 de diciembre de 2012, y de acuerdo al artículo Primero Transitorio, entró en vigor a los dos años siguientes al día de su publicación, esto es el 27 de diciembre de 2014.

El artículo 1 dispone que esta Ley es de orden público e interés general. Tiene como objeto la creación del Sistema Federal de Justicia para Adolescentes, el cual incluye a los órganos, instancias, procedimientos, principios, derechos y garantías previstos, y derivados de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, esta Ley, la Ley para la Protección de Niñas, Niños y Adolescentes, y los tratados y convenios internacionales aplicables. Esta Ley se aplica a quienes se les atribuya o compruebe la realización de una o varias conductas tipificadas como delito competencia de las autoridades federales y tengan al momento de la comisión de dichas conductas, *entre doce años cumplidos y menos de dieciocho años de edad*.

El artículo 4 señala que son principios rectores del Sistema, en forma enunciativa, más no limitativa, los siguientes: *interés superior del adolescente*, presunción de inocencia, transversalidad, certeza jurídica, mínima intervención, subsidiariedad, especialización, inmediatez y celeridad procesal, flexibilidad, protección integral de los derechos del adolescente y adulto joven, reintegración social y familiar del adolescente o adulto joven, justicia restaurativa, proporcionalidad, y intermediación.

El numeral 73 dispone que el Juez de Distrito Especializado para Adolescentes fija el plazo de suspensión del proceso a prueba, que no puede ser inferior a un año ni superior a dos, y determina además de la reparación del daño, una o varias de las reglas que debe cumplir el adolescente o adulto joven, entre otras, las siguientes: VII. Permanecer en un *trabajo o empleo*. Cuando se acredite plenamente que el adolescente o adulto joven no puede cumplir con alguna de las obligaciones anteriores por ser incompatibles a su estado físico o contrarias a su salud o alguna otra causa de especial relevancia, el Juez de Distrito Especializado para Adolescentes puede sustituirlas, fundada y motivadamente, por otra u

otras análogas que resulten razonables y que garanticen los derechos de la víctima u ofendido.

La obligación de obtener un empleo formal, consiste en ordenar al adolescente mayor de catorce años o al adulto joven, ingresar y permanecer, en un *empleo* que le permita desarrollar actitudes positivas de convivencia social y fortalecimiento de autoestima, siempre que no perjudique su desempeño escolar. La finalidad de esta medida es que el adolescente encuentre un medio lícito de subsistencia con miras a su desarrollo laboral.

3.8. Ley de Desarrollo Social

Este ordenamiento fue promulgado por el presidente Vicente Fox Quesada, se publicó en el DOF del 20 de enero de 2004, iniciando su vigencia al día siguiente

El artículo 11 de este ordenamiento dispone, en la fracción III que la política nacional de desarrollo social tiene, entre otros el objetivo de promover un desarrollo económico con sentido social que propicie y conserve el empleo, eleve el nivel de ingreso y mejore su distribución.

El artículo 14, fracción I, señala que la Política Nacional de Desarrollo Social debe incluir, cuando menos alguna de las siguientes vertientes: superación de la pobreza a través de la educación, la salud, la alimentación, la *generación de empleo e ingreso, autoempleo y capacitación*.

El numeral 19, establece, en la fracción VIII, que son prioritarios y de interés público: los programas y fondos públicos destinados a la generación y conservación del empleo, a las actividades productivas sociales y a las empresas del sector social de la economía.

La distribución de los fondos de aportaciones federales y de los ramos generales relativos a los programas sociales de educación, salud, alimentación, infraestructura social y *generación de empleos* productivos y mejoramiento del ingreso se debe hacer con criterios de equidad y transparencia, conforme a la normatividad aplicable, de conformidad con el artículo 21.

El artículo 33 señala que los municipios, los gobiernos de las entidades federativas y el Gobierno Federal deben fomentar las actividades productivas para promover la *generación de empleos* e ingresos de personas, familias, grupos y organizaciones productivas.

3.9. Ley del Instituto Mexicano de la Juventud

Esta ley fue promulgada por el Presidente Ernesto Zedillo Ponce de León, y publicada en el DOF el 6 de enero de 1999, entrando en vigor al día siguiente de su publicación.

El artículo 1 señala que se crea el Instituto Mexicano de la Juventud como organismo público descentralizado, con personalidad jurídica, patrimonio propio y domicilio en el Distrito Federal.

El artículo 3 señala que el instituto tiene por objeto, entre otros: promover y fomentar las condiciones que aseguren a la *juventud* un desarrollo pleno e integral, en condiciones de igualdad y no discriminación de conformidad con lo establecido en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, ordenamientos legales y Tratados Internacionales suscritos por el Estado mexicano; definir e instrumentar una política nacional de juventud, que permita incorporar plenamente a los jóvenes al desarrollo del país; proponer al Ejecutivo Federal programas especiales orientados a mejorar las condiciones de salud y educación de los jóvenes indígenas, así como los espacios para la convivencia y recreación, sin menoscabo de las atribuciones que en estos propósitos competen a otras dependencias; asesorar al Ejecutivo Federal en la planeación y programación de las políticas y acciones relacionadas con el desarrollo de la *juventud*, de acuerdo al Plan Nacional de Desarrollo; promover coordinadamente con las autoridades de los tres órdenes de gobierno, en el ámbito de sus respectivas competencias, las acciones destinadas a mejorar el nivel de vida de la juventud, así como sus expectativas sociales, económicas, culturales y derechos.

El numeral 3 bis dispone que el Instituto en la definición e instrumentación de la política nacional de juventud a la que hace referencia la fracción II del artículo 3, deberá considerar los siguientes lineamientos: impulsar el mejoramiento de la calidad de vida de los jóvenes, promover una cultura de conocimiento, ejercicio y respeto de los derechos de los jóvenes, en los distintos ámbitos; garantizar a los jóvenes el acceso y disfrute de oportunidades en condiciones de equidad.

3.10. Ley para la Protección de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes

Esta ley fue promulgada por el Presidente Ernesto Zedillo Ponce de León, y publicada en el DOF el 29 de mayo de 2000, entrando en vigor al día siguiente de su publicación.

El artículo 1 establece que este ordenamiento se fundamenta en el párrafo sexto del artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, sus disposiciones son de orden público, interés social y de observancia general en toda la República Mexicana y tiene por objeto garantizar a *niñas, niños y adolescentes* la tutela y el respeto de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución.

El numeral 2 señala que para los efectos de esta ley, son niñas y niños las personas de hasta 12 años incompletos, y adolescentes los que tienen entre *12 años cumplidos y 18 años incumplidos*.

La protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes, tiene como objetivo asegurarles un desarrollo pleno e integral, lo que implica la oportunidad de formarse física, mental, emocional, social y moralmente en condiciones de igualdad, según el artículo 3.

Niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la libertad de expresión; la cual incluye sus opiniones y a ser informado. Dichas libertades se deben ejercer sin más límite que lo previsto por la Constitución, según se contiene en el artículo 38.

3.11. Ley del Impuesto sobre la Renta

La Ley del Impuesto sobre la Renta publicada en el DOF del 1 de enero de 2002, fue reformada por decreto publicado el 31 de diciembre de 2010, incorporándose el capítulo VIII para regular el Fomento al Primer Empleo. El artículo 230 disponía que los patrones que contratasen a trabajadores de primer empleo para ocupar puestos de nueva creación, tendrían derecho a una deducción adicional en el impuesto sobre la renta. El numeral 232 precisaba lo que se entendía por puesto de nueva creación. La Ley del Impuesto sobre la Renta vigente¹⁸⁹, dispone en el artículo transitorio XXXVII, que los patrones que durante la vigencia del Capítulo VIII, del Título VII de la Ley del Impuesto sobre la Renta abrogada, hubieran establecido puestos de nueva creación para ser ocupados por trabajadores de primer empleo en los términos y condiciones establecidos anteriormente, tendrán el beneficio a que se refinería la norma respecto de dicho empleos hasta por un periodo de 36 meses.

¹⁸⁹ DOF, 11 de diciembre de 2013.

4. Normatividad Internacional

4.1. Organización Internacional del Trabajo

La Organización Internacional del Trabajo (OIT), fue creada en virtud de la Parte XIII del Tratado de Versalles, el 28 de junio de 1919, en los artículos 387 a 427, con el cual concluyeron las negociaciones de paz al terminar la Primera Guerra Mundial. La OIT desarrolló a partir de 1919 actividades como una institución independiente de la Sociedad de Naciones. En 1946 pasó a ser el primer Organismo Especializado de la Organización de las Naciones Unidas (ONU). México ingresó la OIT el 12 de septiembre de 1931.

Las normas internacionales del trabajo son instrumentos jurídicos preparados por los mandantes de la OIT, que son gobiernos, empleadores y trabajadores, que establecen los principios y los derechos básicos en el trabajo. Estas normas se dividen en Convenios, que son tratados internacionales legalmente vinculantes que pueden ser ratificados por los Estados miembros, y Recomendaciones, que actúan como directrices no vinculantes. Lo anterior con fundamento en el artículo 19 de la Constitución de la OIT.

En relación al *empleo en general*¹⁹⁰, se han aprobado desde 1919, diez *Convenios*: 002, 008, 044, 088, 111, 122, 145, 159, 168, 181. El Convenio 111, Convenio sobre la Discriminación (Empleo y Ocupación), de 1958, está clasificado entre los Convenios Fundamentales.

De estos Convenios México ha aprobado los siguientes: 008, sobre las indemnizaciones de desempleo (nafragio), 20 de mayo de 1937; 111, 11 de septiembre de 1961, sobre discriminación (empleo y ocupación); 159, sobre la readaptación profesional y el empleo (personal inválidas), 5 de abril de 2001.

Ha aprobado, desde 1919, trece convenios relacionados con el *trabajo de los menores*¹⁹¹. *Convenios*: 005, 006, 007, 010, 015, 016, 033, 058, 059, 060, 077, 078, 079, 090, 112, 123, 124, 138, 140, 182. El Convenio 182, Convenio sobre las peores Formas de Trabajo Infantil, de 1999, está clasificado entre los Convenios Fundamentales.

De estos Convenios, México ha aprobado los siguientes: 016, relativo al examen médico obligatorio de los menores empleados a bordo de los buques, 9 de marzo de 1938; 058, en el que se fija la edad mínima de

¹⁹⁰ OIT, <http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12000:0::NO::> Consultado 25 de agosto de 2014.

¹⁹¹ OIT, <http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:12000:0::NO::> Consultado 31 de agosto de 2013.

admisión de los niños al trabajo marítimo, 18 de julio de 1953; 090, referente al trabajo nocturno de los menores en la industria, 19 de julio de 1957; 112, relativo a la edad mínima de admisión al trabajo de los pescadores, 9 de agosto de 1962; 123, referente al trabajo subterráneo en las minas y la edad mínima de admisión a esta actividad, 29 de agosto de 1969; 124, relativo al examen médico de aptitud de los menores para el empleo en trabajos subterráneos en las minas, 29 de agosto de 1969; 140, relativo a la licencia pagada de estudios, 17 de febrero de 1978. 182, referente a las peores formas de trabajo infantil, 30 junio 2000.

4.2. Convenios aprobados por México

4.2.1. Convenios relativos al empleo en general

El Convenio 008, sobre las indemnizaciones de desempleo (naufragio), establece en el artículo 1 que la expresión gente de mar comprende todas las personas empleadas a bordo de cualquier buque que se dedique a la navegación marítima, y que el término buque comprende todas las embarcaciones, buques o barcos, cualquiera que sea su clase, de propiedad pública o privada, que se dediquen a la navegación marítima, excepción hecha de los buques de guerra.

El Convenio 111, sobre discriminación (empleo y ocupación), dispone en el artículo 1 que el término discriminación comprende: cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación; al igual que cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación que puede ser especificada por el miembro interesado previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, y con otros organismos apropiados.

El Convenio 159, sobre la readaptación profesional y el empleo (personal inválidas), señala en el artículo 1, que se entiende por persona inválida toda persona cuyas posibilidades de obtener y conservar un empleo adecuado y de progresar en el mismo queden sustancialmente reducidas a causa de una deficiencia de carácter físico o mental debidamente reconocida. También indica que todo miembro debe considerar que la finalidad de la readaptación profesional es la de permitir que la persona inválida obtenga y conserve un empleo adecuado y progrese en el mismo,

y que se promueva así la integración o la reintegración de esta persona en la sociedad y que debe aplicar las disposiciones de este Convenio mediante medidas apropiadas a las condiciones nacionales y conformes con la práctica nacional a todas las categorías de personas inválidas.

La política nacional de los integrantes de la OIT, debe basarse en el principio de igualdad de oportunidades entre los trabajadores inválidos y los trabajadores en general. Deberá respetarse la igualdad de oportunidades y de trato para trabajadoras inválidas y trabajadores inválidos. Las medidas positivas especiales encaminadas a lograr la igualdad efectiva de oportunidades y de trato entre los trabajadores inválidos y los demás trabajadores no deberán considerarse discriminatorias respecto de estos últimos, de conformidad con el numeral 4.

4.2.2. Convenios relativos a trabajo de menores

El Convenio 016, relativo al examen médico obligatorio de los menores empleados a bordo de los buques, establece en el artículo 1 que el término buque comprende todas las embarcaciones, buques o barcos, cualquiera que sea su clase, de propiedad pública o privada, que se dediquen a la navegación marítima, excepción hecha de los buques de guerra.

En el artículo 2 se establece que las personas menores de dieciocho años no puede ser empleadas a bordo, salvo en los buques en que sólo estén empleados los miembros de una misma familia, sin previa presentación de un certificado médico que pruebe su aptitud para dicho trabajo, firmado por un médico reconocido por la autoridad competente.

El Convenio 058, en el que se fija la edad mínima de admisión de los niños al trabajo marítimo, señala en el artículo 1 que el término buque comprende todas las embarcaciones, buques o barcos, cualquiera que sea su clase, de propiedad pública o privada, que se dediquen a la navegación marítima, excepción hecha de los buques de guerra.

El Convenio 090, referente al trabajo nocturno de los menores en la industria, señala en el artículo 1 que se consideran empresas industriales principalmente: las minas, canteras e industrias extractivas de cualquier clase; las empresas en las cuales se manufacturen, modifiquen, limpien, reparen, adornen, terminen, preparen para la venta, destruyan o demuelan productos, o en las cuales las materias sufran una transformación, comprendidas las empresas dedicadas a la construcción de buques, o a la producción, transformación o transmisión de electricidad o de cualquier clase de fuerza motriz; las empresas de edificación e ingeniería civil,

comprendidas las obras de construcción, reparación, conservación, modificación y demolición; las empresas dedicadas al transporte de personas o mercancías por carretera o ferrocarril, comprendida la manipulación de mercancías en los muelles, embarcaderos, almacenes y aeropuertos.

Queda prohibido emplear durante la noche a personas menores de dieciocho años en empresas industriales, públicas o privadas, o en sus dependencias, salvo en los casos previstos a continuación. La autoridad competente, previa consulta a las organizaciones interesadas de empleadores y de trabajadores, puede autorizar el empleo, durante la noche, a los efectos del aprendizaje y de la formación profesional, de personas que hayan cumplido dieciséis años y tengan menos de dieciocho, en determinadas industrias u ocupaciones en las que el trabajo deba efectuarse continuamente. Se debe conceder a los menores que estén empleados en trabajos nocturnos un período de descanso de trece horas consecutivas, por lo menos, comprendido entre dos períodos de trabajo. Cuando la legislación del país prohíba a todos los trabajadores el trabajo nocturno en las panaderías, la autoridad competente podrá sustituir para las personas de dieciséis años cumplidos, a los efectos de su aprendizaje o formación profesional, el intervalo de siete horas consecutivas, por lo menos, entre las 10 de la noche y las 7 de la mañana, que haya sido fijado por la autoridad competente, por el intervalo entre las 9 de la noche y las 4 de la mañana. Lo anterior de conformidad con el numeral 3.

El Convenio 112, relativo a la edad mínima de admisión al trabajo de los pescadores, señala en el numeral 1 que la expresión barco de pesca comprende todas las embarcaciones, buques y barcos, cualquiera que sea su clase, de propiedad pública o privada, que se dediquen a la pesca marítima en agua salada, y que este Convenio no se aplica a la pesca en los puertos o en los estuarios, ni a las personas que se dedican a la pesca deportiva o de recreo.

De conformidad con el artículo 2, los niños menores de quince años no pueden prestar servicios a bordo de ningún barco de pesca. Sin embargo, dichos niños pueden tomar parte ocasionalmente en las actividades a bordo de barcos de pesca, siempre que ello ocurra durante las vacaciones escolares y a condición de que tales actividades: no sean nocivas para su salud o su desarrollo normal; no sean de naturaleza tal que puedan perjudicar su asistencia a la escuela; no tengan como objeto ningún beneficio comercial.

El Convenio 123 referente al trabajo subterráneo en las minas y la edad mínima de admisión a esta actividad, señala en el numeral 1 que el término mina significa toda empresa, pública o privada, dedicada a la extracción de

sustancias situadas bajo la superficie de la tierra, por métodos que implican el empleo de personas en trabajos subterráneos. Las disposiciones de este Convenio relativas al empleo o trabajo subterráneo en las minas cubren el empleo o trabajo subterráneo en las canteras.

El Convenio 124, relativo al examen médico de aptitud de los menores para el empleo en trabajos subterráneos en las minas, dispone en el artículo 2, que para el empleo o trabajo subterráneo en las minas de personas menores de 21 años se debe exigir un examen médico completo de aptitud y posteriormente exámenes periódicos a intervalos que no excedan de un año. Pueden adoptarse otras medidas para la vigilancia médica de los menores cuya edad esté comprendida entre 18 y 21 años, si la autoridad competente, después de oír el dictamen médico y después de consultar a las organizaciones más representativas de empleadores y de trabajadores interesadas, y con el acuerdo de éstas, estima que estas medidas son equivalentes o más efectivas que las estipuladas en este numeral.

El Convenio 140, relativo a la licencia pagada de estudios, establece en el artículo 1, que la expresión licencia pagada de estudios significa una licencia concedida a los trabajadores, con fines educativos, por un período determinado, durante las horas de trabajo y con pago de prestaciones económicas adecuadas.

En el artículo 2, señala que cada miembro debe formular y llevar a cabo una política para fomentar, según métodos apropiados a las condiciones y prácticas nacionales, y de ser necesario por etapas, la concesión de licencia pagada de estudios con fines: de formación profesional a todos los niveles; de educación general, social o cívica; de educación sindical.

La política debe tener por objeto contribuir, según modalidades diferentes si fuere preciso: a la adquisición, desarrollo y adaptación de las calificaciones profesionales y funcionales y al fomento del empleo y de la seguridad en el empleo en condiciones de desarrollo científico y técnico y de cambio económico y estructural; a la participación activa y competente de los trabajadores y de sus representantes en la vida de la empresa y de la comunidad; a la promoción humana, social y cultural de los trabajadores; y de manera general, a favorecer una educación y una formación permanentes y apropiadas que faciliten la adaptación de los trabajadores a las exigencias de la vida actual, de conformidad con el artículo 3.

En el numeral 5 dispone que la concesión de la licencia pagada de estudios puede ponerse en práctica mediante la legislación nacional, los contratos colectivos, los laudos arbitrales, o de cualquier otro modo compatible con la práctica nacional.

Las autoridades públicas, las organizaciones de empleadores y de

trabajadores y las instituciones u organismos dedicados a la educación o a la formación deben aunar sus esfuerzos, según modalidades adecuadas a las condiciones y prácticas nacionales, para la elaboración y puesta en práctica de la política destinada a fomentar la licencia pagada de estudios, según se establece en el artículo 6.

El Convenio 182, referente a las peores formas de trabajo infantil, dispone en el artículo 1 que todo miembro que lo ratifique debe adoptar medidas inmediatas y eficaces para conseguir la prohibición y la eliminación de las peores formas de trabajo infantil con carácter de urgencia.

El término “niño” designa a toda persona menor de 18 años, según el numeral 2.

La expresión “las peores formas de trabajo infantil”, a los efectos de este Convenio, abarca, de conformidad con el numeral 3: todas las formas de esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, como la venta y la trata de niños, la servidumbre por deudas y la condición de siervo, y el trabajo forzoso u obligatorio, incluido el reclutamiento forzoso u obligatorio de niños para utilizarlos en conflictos armados; la utilización, el reclutamiento o la oferta de niños para la prostitución, la producción de pornografía o actuaciones pornográficas; la utilización, el reclutamiento o la oferta de niños para la realización de actividades ilícitas, en particular la producción y el tráfico de estupefacientes, tal como se definen en los tratados internacionales pertinentes, y el trabajo que, por su naturaleza o por las condiciones en que se lleva a cabo, es probable que dañe la salud, la seguridad o la moralidad de los niños.

Los tipos de trabajo a que se refiere el artículo 3, d) deben ser determinados por la legislación nacional o por la autoridad competente, previa consulta con las organizaciones de empleadores y de trabajadores interesadas y tomando en consideración las normas internacionales en la materia, en particular los párrafos 3 y 4 de la Recomendación sobre las peores formas de trabajo infantil, 1999. La autoridad competente, previa consulta con las organizaciones de empleadores y de trabajadores interesadas, deberá localizar donde se practican los tipos de trabajo determinados a tenor del párrafo 1 de este artículo. Deben examinarse periódicamente y, en caso necesario, revisarse la lista de los tipos de trabajo determinados a tenor del párrafo 1 de este artículo, en consulta con las organizaciones de empleadores y de trabajadores interesadas, en acatamiento al artículo 4.

Todo miembro, previa consulta con las organizaciones de empleadores y de trabajadores, debe establecer o designar mecanismos apropiados para vigilar la aplicación de las disposiciones por las que se dé efecto al presente Convenio, se dispone en el artículo 5.

El artículo 6 señala que todo miembro debe elaborar y poner en práctica programas de acción para eliminar, como medida prioritaria, las peores formas de trabajo infantil. Dichos programas de acción deben elaborarse y ponerse en práctica en consulta con las instituciones gubernamentales competentes y las organizaciones de empleadores y de trabajadores, tomando en consideración las opiniones de otros grupos interesados, según proceda.

5. Programas

5.1. Internacionales

El Programa de Empleo Juvenil de la OIT¹⁹² opera a través de una red internacional de especialistas de los departamentos técnicos de la OIT en la sede en Ginebra, y en más de 60 oficinas en todo el mundo. Ofrece asistencia a los países en la elaboración de acciones coherentes y coordinadas sobre empleo juvenil. Este enfoque integral combina políticas macroeconómicas y medidas específicas que abordan la demanda y la oferta de trabajo, así como la cantidad y la calidad del empleo.

El trabajo en esta área incluye¹⁹³:

- La recopilación de datos sobre la naturaleza y las dimensiones del empleo juvenil, el desempleo y el subempleo;
- Análisis de la eficacia de las políticas y los programas nacionales sobre empleo juvenil;
- Asesoramiento para fortalecer las políticas del mercado de trabajo de los países y programas de empleo juvenil y la creación de capacidades para los gobiernos, los empleadores y los trabajadores;
- Asistencia técnica para la formulación y ejecución de programas nacionales de empleo juvenil que se centran en inversiones intensivas en empleo, desarrollo de habilidades, el espíritu empresarial juvenil, el acceso a la financiación y otras medidas activas del mercado de trabajo;
- Actividades de sensibilización para promover el trabajo decente para los jóvenes con un enfoque en la empleabilidad, el empleo y los derechos de los trabajadores;
- Servicios de asesoramiento a través de la asociación con Youth

¹⁹² OIT, Programa empleo Juvenil <http://www.ilo.org/global/topics/youth-employment/lang-es/index.htm> Consultado 23 de septiembre de 2014.

¹⁹³ OIT, http://www.ilo.org/employment/areas/youth-employment/WCMS_193816/lang-es/index.htm Consultado: 29 de septiembre de 2014.

Employment Network (YEN) (Red para el Empleo Juvenil), incluidas las clínicas de evaluación y apoyo a los principales países de YEN, y

- Alianzas estratégicas en materia de empleo juvenil mediante la promoción de redes nacionales y globales, la cooperación interinstitucional a través de las Naciones Unidas y otros organismos internacionales, y la colaboración entre los sectores público y privado en los planos internacional, regional y nacional.

5.2. Federales

5.2.1. Secretaría del Trabajo y Previsión Social

La Secretaría del Trabajo y Previsión Social. (STPS), por conducto de la Coordinación General del Servicio Nacional de Empleo¹⁹⁴ (SNE), tiene los siguientes programas en relación a empleo:

- *Servicio Nacional del Empleo por Teléfono*¹⁹⁵: El Servicio Nacional de Empleo por Teléfono tiene como principales objetivos facilitar la vinculación entre oferentes y demandantes de empleo, informar a las personas sobre los servicios que proporciona el Servicio Nacional de Empleo (SNE), atender a los trabajadores que participan en el Programa de Trabajadores Agrícolas Temporales México-Canadá (PTAT) y asesorar en la navegación a los usuarios del Portal del Empleo.

- *Portal del Empleo*¹⁹⁶: El Portal del Empleo es una herramienta de atención y apoyo a la ciudadanía que funciona a través de Internet, que proporciona y facilita información, orientación, capacitación y asesoría relacionadas con el mercado laboral a desempleados, empleadores, estudiantes, trabajadores y sus familias. Sirve a quienes buscan empleo, a quienes lo ofrecen, a quienes están interesados en conocer las tendencias locales y mundiales en la creación de empleo, a los que desean conocer la demanda que existe para una cierta profesión o a quienes les interese conocer cuál es el salario promedio que se paga en algún estado del país

¹⁹⁴ STPS, Coordinación General del Servicio Nacional de Empleo,
http://www.stps.gob.mx/bp/secciones/conoce/areas_atencion/areas_atencion/servicio_empleo/coordinacion_empleo.htm Consultado: 23 de septiembre de 2014.

¹⁹⁵ STPS,
http://www.stps.gob.mx/bp/secciones/conoce/areas_atencion/areas_atencion/servicio_empleo/chambatel.html

¹⁹⁶ STPS,
http://www.stps.gob.mx/bp/secciones/conoce/areas_atencion/areas_atencion/servicio_empleo/chambatel_2.html

para determinadas ocupaciones.

- *Programa de Empleo Temporal Urbano Bécate*¹⁹⁷: Apoya a personas de 16 años o más de todo el país, desempleadas, subempleadas o trabajadores en suspensión temporal de relaciones laborales, con el objetivo de que se incorporen a cursos de capacitación para el trabajo, a través de los cuales adquieren o fortalecen sus conocimientos y habilidades, a efecto de favorecer su acceso o permanencia en un empleo o el desarrollo de una actividad productiva por cuenta propia. Este Subprograma opera a través de cinco modalidades: Para las modalidades Capacitación Mixta, Capacitación en la Práctica Laboral, Capacitación para el Autoempleo y Vales de Capacitación se otorga al beneficiario una beca económica de uno y tres salarios mínimos, durante el periodo de capacitación, de uno a 3 meses. El pago de la beca se otorga de manera mensual por cada día de asistencia a la capacitación. Asimismo, se proporciona apoyo para transporte, así como los materiales de capacitación y seguro de accidentes. En el caso de la modalidad Capacitación a Trabajadores en Suspensión Temporal de Labores, se otorga al beneficiario una beca no mayor a tres salarios mínimos.

- *Abriendo espacios*¹⁹⁸: Abriendo espacios promueve en cada entidad federativa, la creación y operación de bolsas de trabajo especializadas, la instalación de Centros de Evaluación para la identificación de las habilidades y capacidades con que cuentan las personas con discapacidad o los adultos mayores que buscan integrarse al aparato productivo y el establecimiento de líneas de colaboración entre organismos públicos y privados para la conformación de Redes de Servicios. Mediante estas acciones, las personas con discapacidad y los adultos mayores que buscan trabajo, reciben la atención requerida de acuerdo a sus características, necesidades e intereses ocupacionales.

Abriendo espacios, también dirige sus acciones hacia el sector empresarial, a fin de informarlo, asesorarlo y apoyarlo en el procedimiento y trámites a realizar para la identificación de necesidades, selección y formación de personal con discapacidad y adulto mayor que pueda colaborar en su empresa.

- *Periódico ofertas de empleo*¹⁹⁹: Es una publicación gratuita del Servicio

¹⁹⁷ STPS,

http://www.stps.gob.mx/bp/secciones/conoce/areas_atencion/areas_atencion/servicio_empleo/becate.html

¹⁹⁸ STPS,

http://www.stps.gob.mx/bp/secciones/conoce/areas_atencion/areas_atencion/servicio_empleo/abriendo_espacios.html

¹⁹⁹ STPS,

Nacional de Empleo (SNE) que ofrece información detallada y vigente sobre oportunidades de trabajo con el propósito de apoyar la búsqueda de empleo. Cada quincena, las oficinas del SNE publican el periódico Ofertas de Empleo con vacantes de su entidad. Para facilitar su ubicación, las vacantes se presentan clasificadas conforme al nivel de escolaridad requerido por las empresas. De igual modo, ofrece información como la zona geográfica donde se ubica el domicilio de la vacante y algunos requisitos como edad, experiencia laboral, nivel de escolaridad y horario de trabajo así como el teléfono o dirección o correo electrónico de la persona de contacto de la empresa.

- *Fomento al Autoempleo*²⁰⁰: Tiene como propósito incentivar la generación o consolidación de empleos, mediante la entrega de becas y el otorgamiento de apoyos económicos que permitan la creación o fortalecimiento a Iniciativas de Ocupación por Cuenta Propia (IOCP). Los apoyos que se otorgan son mobiliario, maquinaria, equipo y/o herramienta cuyo costo puede ser de hasta 25 mil por persona y hasta 125 mil pesos, cuando el número de integrantes de la IOCP sea de cinco o más personas.

- *Programa de Trabajadores Agrícolas Temporales México – Canadá*²⁰¹: Es una alternativa de ocupación segura, ordenada y legal para trabajadoras y trabajadores agrícolas mexicanos que se encuentren en período de desempleo, para laborar temporalmente en las granjas agrícolas canadienses en actividades de cultivo y cosecha de verduras y frutas, tabaco, árboles y pasto, así como en actividades de apicultura y horticultura.

- *Bolsa de Trabajo*²⁰²: La Bolsa de Trabajo es un servicio gratuito de vinculación laboral del SNE, que tiene como objetivo vincular al buscador de empleo con las opciones de trabajo acordes con su perfil laboral. Este servicio está disponible en todas las oficinas y unidades regionales del SNE en todo el país, en donde personal especializado proporciona la información y orientación necesarias al buscador de empleo sobre las ofertas de trabajos disponibles que empaten con sus conocimientos y

http://www.stps.gob.mx/bp/secciones/conoce/areas_atencion/areas_atencion/servicio_empleo/periodo_empleo.html

²⁰⁰ STPS,

http://www.stps.gob.mx/bp/secciones/conoce/areas_atencion/areas_atencion/servicio_empleo/fomento_empleo.html

²⁰¹ STPS,

http://www.stps.gob.mx/bp/secciones/conoce/areas_atencion/areas_atencion/servicio_empleo/trabajadores_agricolas.html

²⁰² STPS,

http://www.stps.gob.mx/bp/secciones/conoce/areas_atencion/areas_atencion/servicio_empleo/bolsa_trabajo.html

experiencia laboral. Para atender a los buscadores de empleo, la Bolsa de Trabajo del SNE cuenta con consejeros de empleo especializados que a través de una entrevista personalizada, identifican y perfilan conjuntamente con los candidatos sus conocimientos, habilidades y experiencia para desempeñar un puesto de trabajo.

- *Movilidad laboral Interna*²⁰³: A) Movilidad Laboral Interna -Sector Agrícola: Dirigido a jornaleros agrícolas de 16 años y más, que se encuentran en busca de empleo, y que en sus localidades de origen no tienen la oportunidad de colocarse en una actividad productiva remunerada por lo que requieren trasladarse y residir en otra entidad y/o localidad en la que se demanda fuerza de trabajo temporal en el sector agrícola. Con el propósito de facilitar la colocación en un empleo, se brinda información sobre oportunidades de trabajo, ayuda económica para la movilidad laboral de los lugares de origen hacia las entidades en que se demanda fuerza de trabajo agrícola y viceversa, y apoyos en materia de capacitación, cuando aplique. B) Movilidad Laboral Interna – Sector Industrial y de Servicios: tiene como objetivo otorgar apoyos para la movilidad laboral, y en sus caso capacitación, para los buscadores de empleo cuyo perfil les permita cubrir una vacante en el interior del país dentro del sector industrial y de servicios o bien para realizar algún trámite de evaluación o selección enfocado a cubrir vacantes concertadas por la STPS en el extranjero.

- *Kioscos de consulta del Portal del Empleo*²⁰⁴: Los Kioscos de consulta del Portal del Empleo, son módulos informáticos de autoservicio con acceso a Internet, que permiten la consulta inmediata de las ofertas de empleo que se publican en el Portal de Empleo.

- *Talleres de Buscadores de Empleo*²⁰⁵: Se desarrollan conforme a dos modalidades: a) Los talleres en línea utilizan el ambiente Web, en el marco del Portal del Empleo, para abordar las etapas del proceso de búsqueda de trabajo en establecimientos que recurren a procesos de reclutamiento y selección de personal.. b) Los talleres presenciales tienen el propósito de incrementar la capacidad de las personas para que encuentren y conserven

²⁰³ STPS,

http://www.stps.gob.mx/bp/secciones/conoce/areas_atencion/areas_atencion/servicio_empleo/movilidad_laboral.html

²⁰⁴ STPS,

[Shttp://www.stps.gob.mx/bp/secciones/conoce/areas_atencion/areas_atencion/servicio_empleo/kioscos_consulta.html](http://www.stps.gob.mx/bp/secciones/conoce/areas_atencion/areas_atencion/servicio_empleo/kioscos_consulta.html)

²⁰⁵ STPS,

http://www.stps.gob.mx/bp/secciones/conoce/areas_atencion/areas_atencion/servicio_empleo/buscadores_empleo.html

un empleo acorde a su perfil y expectativas, a través del conocimiento de técnicas y herramientas para la búsqueda de empleo, en particular de aquellos que, aún teniendo las competencias requeridas, tienen dificultad para ofrecer adecuadamente su fuerza de trabajo.

- *Sistema Estatal de Empleo*²⁰⁶: Este servicio opera por medio de reuniones periódicas entre representantes del SNE, de cámaras empresariales, de bolsas de trabajo públicas y privadas, de agencias de colocación, así como de instituciones educativas y de empresas que cuentan con vacantes de empleo. En estos eventos se intercambia información sobre los perfiles ocupacionales de personas que buscan activamente empleo y los puestos de trabajo disponibles dándoles preferencia a las personas que han estado enfrentando dificultades para insertarse en el mercado laboral y a los desempleados de larga duración.

- *Repatriados trabajando*²⁰⁷: La repatriación de connacionales por los Estados Unidos de América (EUA) en los distintos cruces fronterizos, de los estados del norte del país, ocasiona que éstos se encuentren legalmente indefensos, por la falta de documentación y dinero para cubrir sus necesidades básicas y/o regresar a su estado de origen o residencia. En un esfuerzo por atender esta problemática y tratar de mejorar las condiciones críticas de esta población, la STPS, a través del SNE, ha diseñado y desarrollado un mecanismo de atención denominado Repatriados Trabajando, cuyo objetivo es apoyar a connacionales repatriados de los EUA, para facilitarles su incorporación a un empleo en zona fronteriza.

- *Compensación a la Ocupación Temporal*²⁰⁸: Tiene como propósito otorgar una compensación económica a la población desempleada a fin que, de manera temporal, desarrolle actividades en el marco de proyectos federales, estatales, municipales y/o regionales de carácter gubernamental, social y/o comunitario de instituciones públicas o privadas que le permita contar con ingresos para atender sus necesidades básicas y continuar su búsqueda de empleo.

²⁰⁶ STPS,

http://www.stps.gob.mx/bp/secciones/conoce/areas_atencion/areas_atencion/servicio_empleo/sistema_estatal.html

²⁰⁷ STPS,

http://www.stps.gob.mx/bp/secciones/conoce/areas_atencion/areas_atencion/servicio_empleo/repatriados_trabajando.html

²⁰⁸ STPS,

http://www.stps.gob.mx/bp/secciones/conoce/areas_atencion/areas_atencion/servicio_empleo/ocupacion_temporal.html Consultado: 6 de octubre de 2014.

5.2.2. Instituto Mexicano de la Juventud

Al Instituto Mexicano de la Juventud le compete, relacionados con el empleo juvenil, entre otros, los siguientes programas:

- *Emprendedores Juveniles*²⁰⁹: Las empresas juveniles tienen como objetivo primordial propiciar la generación de empleos, mediante el apoyo a jóvenes con inquietudes empresariales. Los requisitos que los interesados deben cumplir son: el interés de instalar o ampliar una empresa ya en funciones, para lo cual deben constituirse formalmente, de conformidad con la normatividad aplicable, según corresponda. Es necesario que acrediten experiencia y conocimiento de la actividad de que se trate. Deben tener un arraigo de por lo menos 2 años en la localidad donde pretenden instalar su empresa. Esta empresa juvenil debe ser la principal fuente de ingresos de sus integrantes, para lo cual deben demostrar disponer de por lo menos 8 horas diarias para desempeñar el trabajo en la misma.

- *Becas académicas*²¹⁰: El propósito de las becas académicas es brindar un apoyo a los jóvenes estudiantes que se encuentran en una situación económica en la que se les dificulta o imposibilita el inicio o continuación del estudio. Se pueden obtener descuentos parciales y/o totales en las colegiaturas y/o inscripciones para cursar o continuar estudios de secundaria, bachillerato, licenciatura, diplomados, posgrados, carreras técnicas, idiomas, computación, comercio. Estas becas se refieren a estudios que se cursan en el país. En relación estudios de posgrado en el extranjero, de proporciona información sobre becas y créditos educativos que ofrecen instituciones como la Secretaría de Relaciones Exteriores (SER), Secretaría de Educación Pública (SEP), Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (CONACYT), al igual que diversas fundaciones, entre otras.

- *Bolsa de Trabajo*²¹¹: El Instituto Mexicano de la Juventud, en acción conjunta con la STPS, ofrece un sistema de información sobre la oferta laboral por medio del *Centro de Intermediación Laboral*. Se proporciona orientación personalizada sobre cómo hacer un currículum y el apoyo en la búsqueda de empleo dentro del sistema. El programa cuenta con Integración Laboral para Jóvenes con Discapacidad, con el propósito de

²⁰⁹ INJUVE, http://www.imjuventud.gob.mx/pagina.php?pag_id=88 Consultado: 10 de octubre de 2014.

²¹⁰ INJUVE, http://www.imjuventud.gob.mx/pagina.php?pag_id=89 Consultado: 10 de octubre de 2014.

²¹¹ INJUVE, http://www.imjuventud.gob.mx/pagina.php?pag_id=92 Consultado: 10 de octubre de 2014.

generar condiciones favorables para la integración laboral de jóvenes con discapacidad y que puedan ser acreedores de reconocimiento y respeto en dicho ámbito. También se ofrecen diversas modalidades de capacitación para el trabajo en cursos regulares y otorgándoles un descuento en la inscripción, dando en el caso de los jóvenes discapacitados, un 100% de descuento. en coordinación con la Dirección General de Centros de Formación para el Trabajo (CECATI). Estos apoyos se proporcionan a jóvenes de 16 a 29 años de edad.

6. Conclusiones

Los ordenamientos jurídicos señalados, se refieren a los jóvenes en un contexto de tutela y protección amplio, pero no referido al empleo, en forma particularizada, tanto por lo que se refiere a su generación, como a su conservación y tutela.

7. Propuesta

Dada la alta tasa de desempleo de jóvenes en el país, y la muy escasa regulación del empleo juvenil, se propone que se adicione al Título Sexto de la Ley Federal del Trabajo, relativo a los Trabajos Especiales, con un Capítulo XVIII que se denominaría Trabajo de los Jóvenes o Empleo Juvenil.

Artículo 353-U-1.- Para los efectos de este capítulo se entiende por joven a toda persona comprendida entre los dieciséis y veintiún años de edad.

Artículo 353-U-2.- En todo centro de trabajo que tenga más de 20 trabajadores, deberá contar con un 10% de jóvenes trabajadores.

Artículo 353-U-3.- Los jóvenes trabajadores tendrán preferencia, en igualdad de circunstancias para acceder al empleo o para acceder a un ascenso, para participar en la capacitación y adiestramiento que imparta el patrón.

Artículo 353-U-4.- Los jóvenes trabajadores deberán ser asignados a jornadas de trabajo que fuesen compatible con las actividades escolares que realicen.

Artículo 353-U-5.- Son obligaciones especiales de los patrones:

- Contratar jóvenes trabajadores desde la perspectiva de género;
- Inscribir a los jóvenes en las instituciones de seguridad social que corresponda; y
- La señaladas en el artículo 132 de esta ley.

Artículo 995 bis-1.- Al patrón que infrinja las disposiciones referentes a Trabajo de Jóvenes, se le impondrá multa equivalente a 50 a 2500 veces el salario mínimo general vigente en el Distrito Federal.

8. Bibliografía

Blanes Casas, J., *La Inspección Federal del Trabajo y el Trabajo de los Menores*. <http://www.bibliojuridicas.inam.me/libros/2/981/6>. pdf. Consultado, octubre 13 de 2013.

“Crisis en el empleo juvenil”, en *Diario de Yucatán*, 17 de agosto de 2014, <http://yucatan.com.mx/economia/empleo-y-desempleo/crisis-en-el-empleo-juvenil> Consultado: 26 de agosto de 2104.

De la Cueva, M., *Derecho Mexicano del Trabajo*, Editorial Porrúa, S.A. México, 1961.

Garmendia Cedillo, X., *Control Difuso y Control Convencional de Constitucionalidad*, <http://www.tfjfa.gob.mx/investigaciones/pdf/controldifusoycontrolconvencional.pdf> Consultado: 2 de febrero de 2015.

Prontuario de Legislación sobre Menores, STP. INET. DIF. FONAPAS. México, 1981.

Sayeg Helú, J., *Las huelgas de Cananea y Rio Blanco*, Instituto Nacional de Estudios Históricos de la Revolución Mexicana, México, 1980, pp. 182-185. http://www.inehrm.gob.mx/pdf/documento_huelgario2.pdf Consultado: septiembre 2 de 2013.

Tena Ramírez, F., *Leyes Fundamentales de México. 1808-1975*, Editorial Porrúa, S.A. México.

Urcola, M. A., “Algunas Apreciaciones sobre el Concepto sociológico de Juventud”, *Invenio*, vol. 6, n. 11, noviembre, 2003, pp. 41-50, Universidad del Centro Educativo Latinoamericano, Argentina. Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal. Sistema de Información Científica. Consultando: 22 de agosto de 2014. <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=87761105> Consultado: 26 de agosto de 2014.

Web sites

Cámara de Diputados. <http://gaceta.diputados.gob.mx/> Consultado: 2 de febrero de 2015.

Cámara de Senadores.

<http://www.senado.gob.mx/libreria/busqueda/senadoinfo/index.php?ver=prueba&mn=10> Consultado: 2 de febrero de 2015.

Diario Oficial de la Federación. <http://dof.gob.mx/> Diversas fechas.

Instituto Mexicano de la Juventud. <http://www.imjuventud.gob.mx/> Diversas fechas

Instituto Nacional de Geografía y Estadística. <http://www.inegi.org.mx/default.aspx> Diversas fechas

Organización de las Naciones Unidas. <http://www.un.org/es/> Diversas fechas

Organización Internacional del Trabajo. <http://www.ilo.org/global/lang-es/index.htm> Diversas fechas.

Secretaría de Educación Pública. <http://www.sep.gob.mx/> Diversas fechas.

Secretaría del Trabajo y Previsión Social. <http://www.stps.gob.mx/bp/index.html> Diversas fechas.

Responsabilidad ambiental de patrones y trabajadores

Gloria Aurora de las Fuentes LACAVEX*

RESUMEN: En México las normas laborales tienen su fundamento constitucional en el Artículo 123, Apartado A. La Ley Federal del Trabajo (LFT) inició su vigencia el 1º de mayo de 1970. Ha sido reformada en 26 ocasiones. La reforma más reciente, 2012, incorporó figuras jurídicas novedosas; entre otras: contrato de capacitación inicial, periodo a prueba; subcontratación. También disposiciones referentes a obligaciones de patrones y trabajadores relativas al cumplimiento de normas oficiales mexicanas (NOM) en materia de seguridad, salud y medio ambiente de trabajo. Los trabajadores únicamente podrán cumplir esta obligación, si los patrones instrumentan las disposiciones de las NOM correspondientes; si no las acatan, procederá el despido, por desobediencia, artículo 47, XI de la LFT. Si los patrones incumplen, procede que los trabajadores rescindan la relación individual de trabajo, con fundamento en el artículo 51, II, VII, y VII de la LFT. Procede también que sean sancionados por la Inspección del Trabajo, pero dado el escaso número de inspectores en el país, es prácticamente imposible que se visiten todos los centros de trabajo y, en su caso, se sancionen, a lo que se suma, el hecho de la LFT no regula de forma específica una sanción pecuniaria por este motivo.

Palabras clave: Responsabilidad medioambiental, patrones, trabajadores, sanciones.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Antecedentes. 3. Globalización, competitividad, productividad. 4. Obligaciones de los Patrones en Materia Ambiental. 5. Obligaciones de los Trabajadores en Materia Ambiental. 6. Normas Oficiales Mexicanas. 7. Análisis jurídico. 8. Conclusiones. 9. Propuestas. 10. Bibliografía.

* Profesora de tiempo completo de la Facultad de Ciencias Administrativas y Sociales de la Universidad Autónoma de Baja California.

1. Introducción

Por la naturaleza social del ser humano, así como por la necesidad de garantizar la convivencia armónica y el pleno desarrollo de las personas, se han creado las normas jurídicas.

El Derecho del Trabajo surge con la revolución industrial, al aparecer una perspectiva diferente de las relaciones de trabajo y acotarse el concepto de subordinación. El Derecho del Trabajo no tiene como finalidad cambiar al mundo, sino hacerlo más aceptable.

“El régimen individualista y liberal (...) facilitó la explotación del proletariado (...) el principio de libertad, por sí solo, no conduce a un régimen de igualdad, sino más bien a la pérdida de la libertad para los menos fuertes: una legislación que teóricamente postula la libertad y la igualdad, sin considerar que la realidad es justamente desigualdades y esclavitud, conduce a las mayores injusticias (...)”.

“El Derecho del Trabajo, conjunto de normas que procuran remediar la injusticia de la sociedad capitalista, individualista y liberal, solamente podrá imponerse si se reconoce una nueva idea de la justicia y de las relaciones entre los hombres”.

“La historia muestra que no han faltado esfuerzos para poner fin a la lucha entre la burguesía y el proletariado: (...) Bismark; (...) las revoluciones rusa y alemana de 1918; (...) Roosevelt; (...) León Blue”²¹².

2. Antecedentes

En México las normas laborales tienen su fundamento constitucional en el Artículo 123, Apartado A. La primera normatividad laboral fue la Ley Federal del Trabajo (LFT) de 1931. La LFT de 1970 se publicó en el Diario Oficial de la Federación (DOF) del 1º de abril de 1970 e inició su vigencia el 1º de mayo. Ha sido reformada en 26 ocasiones. La reforma más reciente se publicó en el DOF del 30 de noviembre de 2012, iniciando su vigencia el 1 de diciembre del mismo año. Se incorporaron figuras jurídicas novedosas, entre las que son de mencionarse, el contrato de capacitación inicial, el periodo a prueba y la subcontratación. También se adicionaron disposiciones con relación a las obligaciones de patrones y trabajadores relativas al cumplimiento de normas oficiales mexicanas (NOM) en materia de seguridad, salud y medio ambiente de trabajo.

²¹² Cueva, M. de la, *Derecho Mexicano del Trabajo*, Editorial Porrúa, SA. México, 1961, p.p. 68-69.

3. Globalización, competitividad, productividad

¿Cuál es el momento histórico a partir del cual se puede hablar de globalización en este mundo contemporáneo?

La globalización que se desarrolló a partir de la época de los descubrimientos y hasta la primera revolución industrial, puede considerarse como un movimiento en potencia.

La globalización propiamente dicha surge en la época de la segunda revolución industrial; la tercera etapa, más intensa y de mayor interpenetración es la contemporánea²¹³.

A medida que la globalización ha avanzado a lo largo de las últimas décadas, han ido desapareciendo las dictaduras y han sido sustituidas por gobiernos considerados como democráticos, sin embargo, los gobernantes no responden a las demandas de los gobernados, no como éstos esperan que se haga. Cada vez son más los dirigentes, surgidos de procesos electorales calificados como democráticos, que aplican políticas de gobierno distintas y hasta contrapuestas a las que propusieron a lo largo de sus campañas políticas; suelen actuar más como representantes de los intereses de las poderosas élites económicas y financieras, que de los intereses de los ciudadanos de su país²¹⁴.

La empresa trasnacional, que se le define como una firma que es dueña y administradora de unidades económicas en dos o más países, es el sujeto privilegiado de la globalización productiva. La concurrencia en los mercados internacionales de empresas trasnacionales que cuentan con capacidades similares, generación de mercados oligopólicos en donde los competidores se esfuerzan por maximizar sus niveles de productividad, eficiencia y diferencia de la oferta.

Para obtener una mayor competitividad internacional en la esfera productiva, recurren a la modernización tecnológica, a la reestructuración de los procesos de trabajo, a la revocación de ciertas fases de los procesos productivos y a la flexibilización laboral, entre otros²¹⁵.

²¹³ Fazio Vengoa, H., *El Mundo Frente a la Globalización: diferentes maneras de asumirla*, Universidad de los Andes, CESU, Universidad Nacional de Colombia, IEPRI, Alfa Omega Colombiana, Bogotá, 2002, p. 4.

²¹⁴ Montalvo Ortega, E., “La disputa por el Poder en un mundo globalizado”, *Revista del Senado de la República*, Julio-Septiembre 1998, vol. 4, n. 12, México, p. 113.

²¹⁵ León, J. L., “Globalización, desigualdad y soberanía. Algunas implicaciones para México”, *Revista del Senado de la República*, Julio-Septiembre 1998, vol. 4, n. 12, México, p. 134.

La globalización no solamente afecta la desigualdad de la renta, sino que ejerce presiones sobre la seguridad en el empleo. Los trabajadores se ven desplazados por las importaciones, por la tecnología ahorradora de trabajo, por la inversión extranjera directa, por el traslado del empleo de la industria manufacturera a los servicios²¹⁶.

4. Obligaciones de Patrones en Materia Ambiental

La protección y el respeto del medio ambiente es una de las grandes cuestiones de nuestro tiempo. El deterioro que sufre el planeta durante los años recientes se manifiesta en fenómenos como el aumento de la desertización, la extinción de ciertas especies animales y vegetales y el calentamiento global.

Se debe tener claro lo que significa continuar deteriorando indiscriminadamente el medio ambiente, tanto por lo que se refiere al cada vez más difícil acceso a los medios de subsistencia, como el costo que significan los problemas de salud que se ocasionan.

Para mejorar las condiciones medioambientales del planeta y del entorno particular de cada persona, se debe buscar, encontrar y aplicar una gestión adecuada de los recursos naturales a efecto de lograr efectos inmediatos y positivos.

Por lo anterior, en México, se han expedido diversas deposiciones jurídicas, tendientes a evitar, o, al menos, disminuir, la contaminación ambiental y, en la medida de lo posible, revertir el daño que ya se hubiere ocasionado.

La referida reforma laboral de 2012 incorporó entre las obligaciones de los patrones, las siguientes:

Artículo 132 – Son obligaciones de los patrones:

XVI. Instalar y operar las fábricas, talleres, oficinas, locales y demás lugares en que deban ejecutarse las labores, de acuerdo con las disposiciones establecidas en el reglamento y las normas oficiales mexicanas en materia de seguridad, salud y medio ambiente de trabajo, a efecto de prevenir accidentes y enfermedades laborales. Asimismo, deberán adoptar las medidas preventivas y correctivas que determine la autoridad laboral;

XVII. Cumplir el reglamento y las normas oficiales mexicanas en materia

²¹⁶ Torres, R., *Hacia una Economía Mundial socialmente sostenible. Un análisis de los pilares sociales de la globalización*, Informes OIT, Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2002, pp. 49-52.

de seguridad, salud y medio ambiente de trabajo, así como disponer en todo tiempo de los medicamentos y materiales de curación indispensables para prestar oportuna y eficazmente los primeros auxilios;

XVIII. Fijar visiblemente y difundir en los lugares donde se preste el trabajo, las disposiciones conducentes de los reglamentos y las normas oficiales mexicanas en materia de seguridad, salud y medio ambiente de trabajo, así como el texto íntegro del o los contratos colectivos de trabajo que rijan en la empresa; asimismo, se deberá difundir a los trabajadores la información sobre los riesgos y peligros a los que están expuestos;

Artículo 153-C – El adiestramiento tendrá por objeto:

II. Hacer del conocimiento de los trabajadores sobre los riesgos y peligros a que están expuestos durante el desempeño de sus labores, así como las disposiciones contenidas en el reglamento y las normas oficiales mexicanas en materia de seguridad, salud y medio ambiente de trabajo que les son aplicables, para prevenir riesgos de trabajo.

Artículo 475 Bis – El patrón es responsable de la seguridad e higiene y de la prevención de los riesgos en el trabajo, conforme a las disposiciones de esta Ley, sus reglamentos y las normas oficiales mexicanas aplicables.

Es obligación de los trabajadores observar las medidas preventivas de seguridad e higiene que establecen los reglamentos y las normas oficiales mexicanas expedidas por las autoridades competentes, así como las que indiquen los patrones para la prevención de riesgos de trabajo.

Artículo 490 – En los casos de falta inexcusable del patrón, la indemnización podrá aumentarse hasta en un veinticinco por ciento, a juicio de la Junta de Conciliación y Arbitraje. Hay falta inexcusable del patrón:

I. Si no cumple las disposiciones legales, reglamentarias y las contenidas en las normas oficiales mexicanas en materia de seguridad, salud y medio ambiente de trabajo;

Artículo 512-A. Con el objeto de coadyuvar en el diseño de la política nacional en materia de seguridad, salud y medio ambiente de trabajo, proponer reformas y adiciones al reglamento y a las normas oficiales mexicanas en la materia, así como estudiar y recomendar medidas preventivas para abatir los riesgos en los centros de trabajo, se organizará la Comisión Consultiva Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo.

Dicha comisión se integrará por representantes de las Secretarías del Trabajo y Previsión Social; de Salud; de Gobernación, y de Medio Ambiente y Recursos Naturales, del Instituto Mexicano del Seguro Social, así como por los que designen aquellas organizaciones nacionales de trabajadores y de patrones a las que convoque el titular de la Secretaría del Trabajo y Previsión Social, quien tendrá el carácter de Presidente de la

citada Comisión.

La Comisión deberá mantener comunicación permanente con las autoridades de protección civil, a efecto de diseñar las acciones que contribuyan a reducir o eliminar la pérdida de vidas, la afectación de la planta productiva, la destrucción de bienes materiales, el daño a la naturaleza y la interrupción de las funciones esenciales de la sociedad, ante la eventualidad de un desastre provocado por agentes naturales o humanos.

Artículo 512-B. En cada entidad federativa se constituirá una Comisión Consultiva Estatal de Seguridad y Salud en el Trabajo, cuya finalidad será la de coadyuvar en la definición de la política estatal en materia de seguridad, salud y medio ambiente de trabajo, proponer reformas y adiciones al reglamento y a las normas oficiales mexicanas en la materia, así como estudiar y proponer medidas preventivas para abatir los riesgos en los centros de trabajo establecidos en su jurisdicción.

Dichas Comisiones Consultivas Estatales serán presididas por los Ejecutivos Estatales y el Jefe de Gobierno del Distrito Federal y en su integración participarán representantes de las Secretarías del Trabajo y Previsión Social; de Salud; de Gobernación, y de Medio Ambiente y Recursos Naturales; del Instituto Mexicano del Seguro Social; así como los que designen las organizaciones de trabajadores y de patrones a las que convoquen.

El representante de la Secretaría del Trabajo y Previsión Social ante la Comisión Consultiva Estatal respectiva, fungirá como Secretario de la misma.

Artículo 512-D. Los patrones deberán efectuar las modificaciones que ordenen las autoridades del trabajo a fin de ajustar sus establecimientos, instalaciones o equipos a las disposiciones de esta Ley, de sus reglamentos o de las normas oficiales mexicanas en materia de seguridad y salud en el trabajo que expidan las autoridades competentes. Si transcurrido el plazo que se les conceda para tal efecto, no se han efectuado las modificaciones, la Secretaría del Trabajo y Previsión Social procederá a sancionar al patrón infractor, con apercibimiento de sanción mayor en caso de no cumplir la orden dentro del nuevo plazo que se le otorgue.

5. Obligaciones de Trabajadores en Materia Ambiental

La referida reforma de 2012 incorporó entre las obligaciones de los trabajadores, la siguiente:

Artículo 134 – Son obligaciones de los trabajadores:

II. Observar las disposiciones contenidas en el reglamento y las normas oficiales mexicanas en materia de seguridad, salud y medio ambiente de trabajo, así como las que indiquen los patrones para su seguridad y protección personal.

6. Normas Oficiales Mexicanas

Ley Federal de Metrología y Normalización, publicada en el DOF del 1 de julio de 1992, establece en el artículo 40, que las NOM tienen como finalidad, entre otras, establecer: las características y/o especificaciones que deban reunir los productos y procesos cuando éstos puedan constituir un riesgo para la seguridad de las personas o dañar la salud humana, animal, vegetal, el medio ambiente general y laboral, o para la preservación de recursos naturales; las características y/o especificaciones de los productos utilizados como materias primas o partes o materiales para la fabricación o ensamble de productos finales sujetos al cumplimiento de normas oficiales mexicanas, siempre que para cumplir las especificaciones de éstos sean indispensables las de dichas materias primas, partes o materiales; las características y/o especificaciones que deban reunir los servicios cuando éstos puedan constituir un riesgo para la seguridad de las personas o dañar la salud humana, animal, vegetal o el medio ambiente general y laboral o cuando se trate de la prestación de servicios de forma generalizada para el consumidor; las características y/o especificaciones relacionadas con los instrumentos para medir, los patrones de medida y sus métodos de medición, verificación, calibración y trazabilidad; las condiciones de salud, seguridad e higiene que deberán observarse en los centros de trabajo y otros centros públicos de reunión; las características y/o especificaciones, criterios y procedimientos que permitan proteger y promover el mejoramiento del medio ambiente y los ecosistemas, así como la preservación de los recursos naturales.

El artículo 43 dispone que en la elaboración de las NOM participan, ejerciendo sus respectivas atribuciones, las dependencias a quienes corresponda la regulación o control del producto, servicio, método, proceso o instalación, actividad o materia a normalizarse.

La Secretaría del Trabajo y Previsión Social (STPS)²¹⁷ publica las NOM que son aplicables en materia laboral. Están asociadas al giro de trabajo de que se trate en cada centro laboral, por lo que solamente once de ellas

²¹⁷ STPS http://www.stps.gob.mx/bp/secciones/conoce/marco_juridico/noms.html
Consultado: 23 de enero de 2015.

deben ser acatadas por todos los patrones, y las restantes a actividades específicas, por ello cada patrón debe elegir las que le sean aplicables²¹⁸.

7. Análisis jurídico

Acatar las normas jurídicas vigentes en México es obligación de los mexicanos y aún de los extranjeros que se encuentran en el país.

Para el caso de que un patrón incumpla con sus obligaciones, entre las que se cuentan las referentes a la materia ambiental, se actualizan las hipótesis normativas consignadas en las fracciones II (falta de probidad), VII

²¹⁸ Entre éstas son de destacarse: NOM-001-STPS-2008, Edificios, locales, instalaciones y áreas en los centros de trabajo - Condiciones de seguridad. D.O.F. 24-XI-2008; NOM-002-STPS-2010, Condiciones de seguridad - Prevención y protección contra incendios en los centros de trabajo. D.O.F. 9-XII-2010; NOM-004-STPS-1999, Sistemas de protección y dispositivos de seguridad de la maquinaria y equipo que se utilice en los centros de trabajo. D.O.F. 31-V-1999; NOM-006-STPS-2000, Manejo y almacenamiento de materiales - Condiciones y procedimientos de seguridad. D.O.F. 9-III-2001; NOM-011-STPS-2001, Condiciones de seguridad e higiene en los centros de trabajo donde se genere ruido. D.O.F. 17-IV-2002; NOM-017-STPS-2008, Equipo de protección personal - Selección, uso y manejo en los centros de trabajo. D.O.F. 9-XII-2008; NOM-019-STPS-2011, Constitución, integración, organización y funcionamiento de las comisiones de seguridad e higiene. D.O.F. 13-IV-2011; NOM-021-STPS-1993, Relativa a los requerimientos y características de los informes de los riesgos de trabajo que ocurran, para integrar las estadísticas D.O.F. 24-V-1994; NOM-025-STPS-2008, Condiciones de iluminación en los centros de trabajo. D.O.F. 20-XII-2008; NOM-026-STPS-2008, Colores y señales de seguridad e higiene, e identificación de riesgos por fluidos conducidos en tuberías. D.O.F. 25-XI-2008; NOM-029-STPS-2011, Mantenimiento de las instalaciones eléctricas en los centros de trabajo - Condiciones de seguridad. D.O.F. 29-XII-2011; NOM-030-STPS-2009, Servicios preventivos de seguridad y salud en el trabajo - Funciones y actividades. D.O.F. 22-XII-2009; NOM-100-STPS-1994, Seguridad - Extintores contra incendio a base de polvo químico seco con presión contenida - Especificaciones. D.O.F. 8-I-1996; NOM-101-STPS-1994, Seguridad - Extintores a base de espuma química. D.O.F. 8-I-1996; NOM-102-STPS-1994, Seguridad - Extintores contra incendio a base de bióxido de carbono - Parte 1: Recipientes. D.O.F. 10-I-1996. NOM-103-STPS-1994, Seguridad - Extintores contra incendio a base de agua con presión contenida. D.O.F. 10-I-1996; NOM-104-STPS-2001, Agentes extinguidores - Polvo químico seco tipo ABC, a base de fosfato mono amónico. D.O.F. 17-IV-2002. NOM-106-STPS-1994, Seguridad - Agentes extinguidores - Polvo químico seco tipo BC, a base de bicarbonato de sodio. D.O.F. 11-I-1996; NOM-113-STPS-2009, Seguridad - Equipo de protección personal - Calzado de protección - Clasificación, especificaciones y métodos de prueba. D.O.F. 22-XII-2009; NOM-115-STPS-2009, Seguridad - Equipo de protección personal - Cascos de protección - Clasificación, especificaciones y métodos de prueba. D.O.F. 22-XII-2009; NOM-116-STPS-2009, Seguridad - Equipo de protección personal - Respiradores purificadores de aire de presión negativa contra partículas nocivas - Especificaciones y métodos de prueba. D.O.F. 22-XII-2009.

(existencia de un peligro grave para la seguridad o salud del trabajador o de su familia), y VIII (comprometer el patrón, con su imprudencia o descuido inexcusables, la seguridad del establecimiento o de las personas que se encuentren en él), del artículo 51 de la LFT, relativas a la rescisión de la relación individual de trabajo, por causa imputable al patrón y sin responsabilidad para el trabajador.

Para el caso de que un trabajador incumpla con alguna de sus obligaciones, entre las que se cuentan las referentes a la materia ambiental, se actualiza la hipótesis normativa consignada en la fracción XI del artículo 47 de la LFT, que establece como causal de rescisión de la relación individual de trabajo, sin responsabilidad para el patrón, la desobediencia.

Las disposiciones que se contienen en las NOM citadas, de las que se derivan obligaciones a patrones y trabajadores en materia de seguridad, salud y medio ambiente, así como las que se establecen en la Ley Federal del Trabajo se relacionan directamente con la estabilidad en el empleo.

Lo que se espera de los patrones y de los trabajadores es que cumplan voluntariamente, por convicción, aunque es necesario destacar que el cumplimiento de los trabajadores está directamente relacionado con el de los patrones.

En un análisis exhaustivo entre las obligaciones patronales contenidas en los artículos 132, fracciones XVI, XVII y XVIII, así como 153 C, 475 Bis, 490, 512 A, 512 B y 512 D, coinciden con las que se señalan en las diversas NOM relativas a medio ambiente, salud y seguridad en el trabajo.

En estricto sentido jurídico la incorporación de obligaciones patronales en materia de seguridad, salud y medio ambiente de trabajo, que el legislador incorporó en la LFT en la reforma del 2012, resultan repetitivas de las contenidas en las NOM. A mayor abundamiento, es de destacarse que la autoridad encargada de la vigilancia del acatamiento de estas disposiciones es la Secretaría del Trabajo y de la Previsión Social, debiendo interpretarse esta atribución no solamente de vigilancia, sino de sanción, debiendo aplicarse el numeral 1002 de la LFT.

Todo centro de trabajo debe contar con instalaciones seguras, deben realizarse verificaciones preventivas periódicas, así como posteriores a la ocurrencia de algún evento; deben contar con sanitarios; en su caso, con regaderas y vestidores.

Se debe clasificar el riesgo de incendio; se debe contar con planos y mapas; instrucciones de seguridad aplicables; contar con un plan de acción de emergencias de incendio, brigadas, equipo de protección para sus integrantes, capacitación y simulacros.

Se deben realizar estudios de riesgo potencial, informar a los trabajadores de los mismos; contar con un listado actualizado de los trabajadores,

contar con procedimientos de seguridad e higiene, contar con un código de señales o sistema de comunicación; disponer de un botiquín y capacitar al personal responsable; programas de mantenimiento preventivo a la maquinaria. En caso de trabajar con la prestación de servicios de subcontratación, proporcionar la misma información.

Una obligación fundamental es la de la capacitación y adiestramiento a sus trabajadores, así como la de informar a la autoridad competente lo que la misma requiera y permitir las visitas de inspección.

La principal obligación de los trabajadores es acatar las instrucciones de los patrones, destacando la de informar las condiciones inseguras en el centro de trabajo; asistir a la capacitación que se imparta; participar en la conservación del centro de trabajo; cumplir con las medidas de prevención y protección; integrar las brigadas que se constituyan; participar en los simulacros; utilizar el equipo de protección que provea el patrón; revisar, antes y después de su jornada de trabajo, las condiciones del equipo e instalaciones del centro de trabajo.

De conformidad con las disposiciones de las NOM señaladas, la vigilancia del cumplimiento de las mismas corresponde a la STPS, lo que se cumple a través de la Inspección Federal del Trabajo. Lo anterior en virtud de que, por disposición del Artículo 123 Constitucional, Apartado A, último párrafo, la aplicación de las leyes del trabajo corresponde a las autoridades de los estados, en sus respectivas jurisdicciones, pero es de la competencia exclusiva de las autoridades federales en los asuntos relativos a las obligaciones de los patrones en materia de capacitación y adiestramiento de sus trabajadores, así como de seguridad e higiene en los centros de trabajo, para lo cual, las autoridades federales contarán con el auxilio de las estatales, cuando se trate de ramas o actividades de jurisdicción local, en los términos de la ley reglamentaria correspondiente. Es aplicable el Reglamento General para la Inspección y Aplicación de Sanciones por Violaciones a la Legislación Laboral, publicado en el DOF del 8 de julio de 1998, específicamente los artículos 2, 6, 8, 10, 13, 14, 23, 24 y 38.

Adicionalmente podrá ser sancionado en términos del numeral 1002 de la LFT, con multa por el equivalente de 50 a 5000 veces el salario mínimo general. Esta sanción es aplicada por la Inspección del Trabajo según lo establecido en los numerales 523, fracción VI y 540 a 550.

La Inspección del Trabajo se regula en la LFT en los artículos 540 a 550.

El artículo 540 señala que la Inspección del Trabajo tiene las funciones siguientes: vigilar el cumplimiento de las normas de trabajo; facilitar información técnica y asesorar a los trabajadores y a los patrones sobre la manera más efectiva de cumplir las normas de trabajo; poner en conocimiento de la autoridad las deficiencias y las violaciones a las normas

de trabajo que observe en las empresas y establecimientos; realizar los estudios y acopiar los datos que le soliciten las autoridades y los que juzgue conveniente para procurar la armonía de las relaciones entre trabajadores y patrones; y las demás que le confieran las leyes.

De conformidad con el numeral 541 los Inspectores del Trabajo tienen, entre otros, los deberes y atribuciones siguientes: vigilar el cumplimiento de las normas de trabajo, especialmente de las que establecen los derechos y obligaciones de trabajadores y patrones, de las que reglamentan el trabajo de las mujeres y los menores, y de las que determinan las medidas preventivas de riesgos de trabajo, seguridad e higiene; visitar las empresas y establecimientos durante las horas de trabajo, diurno o nocturno, previa identificación; sugerir se corrijan las violaciones a las condiciones de trabajo; disponer que se eliminen los defectos comprobados en las instalaciones y métodos de trabajo cuando constituyan una violación de las normas de trabajo o un peligro para la seguridad o salud de los trabajadores; ordenar, previa consulta con la Dirección General de Inspección Federal del Trabajo, la adopción de las medidas de seguridad de aplicación inmediata en caso de peligro inminente para la vida, la salud o la integridad de las personas. En este caso, si así son autorizados, los Inspectores deben decretar la restricción de acceso o limitar la operación en las áreas de riesgo detectadas. En este supuesto, deben dar copia de la determinación al patrón para los efectos legales procedentes, examinar las substancias y materiales utilizados en las empresas y establecimientos cuando se trate de trabajos peligrosos.

El numeral 548 dispone que las sanciones que pueden imponerse a los Inspectores del Trabajo, independientemente de lo que dispongan las leyes penales, son: amonestación; suspensión hasta por tres meses; y destitución.

En todo el país realizan la función de vigilancia únicamente 816 de inspectores federales y 61 supervisores, distribuidos en 32 delegaciones, 13 subdelegaciones y 9 oficinas federales²¹⁹.

La Organización Internacional del Trabajo (OIT), surge cuando concluyeron las negociaciones de paz al terminar la Primera Guerra Mundial y firmarse el Tratado de Versalles, el 28 de junio de 1919, en la Parte XIII, en los artículos 387 a 427. La OIT se desarrolló a partir de 1919 como organización independiente de la Sociedad de Naciones. En 1946 pasó a ser el primer Organismo Especializado de la Organización de las Naciones Unidas (ONU). México ingresó la OIT el 12 de septiembre

²¹⁹ STPS http://www.stps.gob.mx/bp/secciones/tramites/conoce_inspector.html
Consulado: 16 de febrero de 2015.

de 1931.

Las normas internacionales del trabajo son instrumentos jurídicos preparados por los miembros de la OIT, que se conforman con representantes de gobiernos, empleadores y trabajadores, que establecen los principios y los derechos básicos en el trabajo. Estas normas se dividen en Convenios, que son tratados internacionales legalmente vinculantes que pueden ser ratificados por los Estados miembros, y Recomendaciones, que actúan como directrices no vinculantes, según dispone el artículo 19 de la Constitución de la OIT.

Por lo que se refiere a la Inspección del Trabajo, la OIT ha aprobado tres Convenios: 81, 85 y 129.

Convenio 81, Inspección del Trabajo en la Industria y el Comercio, aprobado en Ginebra, en la 30 sesión del 11 de julio de 1947, habiendo entrado en vigor el 7 de abril de 1950.

El artículo 1 dispone que todo miembro de la Organización Internacional del Trabajo para el que esté en vigor este Convenio debe mantener un sistema de inspección del trabajo en los establecimientos industriales.

El artículo 2 establece que el sistema de inspección del trabajo en los establecimientos industriales se aplica a todos los establecimientos a cuyo respecto los inspectores del trabajo estén encargados de velar por el cumplimiento de las disposiciones legales relativas a las condiciones de trabajo y a la protección de los trabajadores en el ejercicio de su profesión. El sistema de inspección debe estar encargado, de conformidad con el numeral 3, de: velar por el cumplimiento de las disposiciones legales relativas a las condiciones de trabajo y a la protección de los trabajadores en el ejercicio de su profesión, tales como las disposiciones sobre horas de trabajo, salarios, seguridad, higiene y bienestar, empleo de menores y demás disposiciones afines, en la medida en que los inspectores del trabajo estén encargados de velar por el cumplimiento de dichas disposiciones; facilitar información técnica y asesorar a los empleadores y a los trabajadores sobre la manera más efectiva de cumplir las disposiciones legales; y poner en conocimiento de la autoridad competente las deficiencias o los abusos que no estén específicamente cubiertos por las disposiciones legales existentes.

El numeral 10 dispone que el número de inspectores del trabajo debe ser suficiente para garantizar el desempeño efectivo de las funciones del servicio de inspección, y se determina teniendo debidamente en cuenta: la importancia de las funciones que tengan que desempeñar los inspectores, particularmente: el número, naturaleza, importancia y situación de los establecimientos sujetos a inspección; el número y las categorías de trabajadores empleados en tales establecimientos; el número y

complejidad de las disposiciones legales por cuya aplicación deba velarse; los medios materiales puestos a disposición de los inspectores; y las condiciones prácticas en que deberán realizarse las visitas de inspección para que sean eficaces.

De conformidad con el artículo 12 los inspectores del trabajo que acrediten debidamente su identidad deben estar autorizados: para entrar libremente y sin previa notificación, a cualquier hora del día o de la noche, en todo establecimiento sujeto a inspección; para entrar de día en cualquier lugar, cuando tengan un motivo razonable para suponer que está sujeto a inspección; y para proceder a cualquier prueba, investigación o examen que consideren necesario para cerciorarse de que las disposiciones legales se observan estrictamente y, en particular: para interrogar, solos o ante testigos, al empleador o al personal de la empresa sobre cualquier asunto relativo a la aplicación de las disposiciones legales; para exigir la presentación de libros, registros u otros documentos que la legislación nacional relativa a las condiciones de trabajo ordene llevar, a fin de comprobar que están de conformidad con las disposiciones legales, y para obtener copias o extractos de los mismos; para requerir la colocación de los avisos que exijan las disposiciones legales; para tomar o sacar muestras de sustancias y materiales utilizados o manipulados en el establecimiento, con el propósito de analizarlos, siempre que se notifique al empleador o a su representante que las sustancias o los materiales han sido tomados o sacados con dicho propósito. Al efectuar una visita de inspección, el inspector debe notificar su presencia al empleador o a su representante, a menos que considere que dicha notificación pueda perjudicar el éxito de sus funciones.

En los establecimientos comerciales también se debe mantener un sistema de inspección del trabajo por todo Miembro de la Organización Internacional del Trabajo para el que esté en vigor este Convenio, según al artículo 22.

El artículo 23 dispone que el sistema de inspección del trabajo en los establecimientos comerciales se aplica a todos los establecimientos a cuyo respecto los inspectores del trabajo estén encargados de velar por el cumplimiento de las disposiciones legales relativas a las condiciones de trabajo y a la protección de los trabajadores en el ejercicio de su profesión. El numeral 24 establece que el sistema de inspección del trabajo en establecimientos comerciales se deben observar las disposiciones de los artículos 3 a 21 de este Convenio, en los casos en que puedan aplicarse.

El Convenio 85 sobre la inspección del trabajo (territorios no metropolitanos), de 1947, no es aplicable en México, por lo que no se comenta.

Convenio 129, Inspección del Trabajo en la Agricultura, aprobado en Ginebra en sesión del 25 de junio de 1969, entrando en vigor el 19 de enero de 1972.

El artículo 1 señala que a los fines de este Convenio, la expresión *empresa agrícola* significa las empresas o partes de empresas que se dedican a cultivos, cría de ganado, silvicultura, horticultura, transformación primaria de productos agrícolas por el mismo productor o cualquier otra forma de actividad agrícola.

Todo miembro de la Organización Internacional del Trabajo para el que esté en vigor este Convenio debe mantener un sistema de inspección del trabajo en la agricultura, en términos del artículo 3.

El artículo 4 establece que el sistema de inspección del trabajo en la agricultura se aplica a las empresas agrícolas que ocupen trabajadores asalariados o aprendices, cualesquiera que sean la forma de su remuneración y la índole, forma o duración de su contrato de trabajo.

Todo miembro debe adoptar las medidas necesarias para asegurar que expertos y técnicos debidamente calificados y que puedan contribuir a la solución de problemas que requieran conocimientos técnicos colaboren, de acuerdo con los métodos que se consideren más apropiados a las condiciones nacionales, en el servicio de inspección del trabajo en la agricultura, según el numeral 11.

El artículo 14 dispone que se deben tomarse medidas a fin de asegurar que el número de inspectores del trabajo en la agricultura sea suficiente para asegurar el cumplimiento efectivo de las funciones del servicio de inspección, y sea determinado teniendo debidamente en cuenta: la importancia de las funciones que tengan que desempeñar los inspectores, particularmente: el número, naturaleza, importancia y situación de las empresas agrícolas sujetas a inspección; el número y categorías de las personas que trabajen en tales empresas; y el número y complejidad de las disposiciones legales por cuya aplicación deba velarse; los medios materiales puestos a disposición de los inspectores; y las condiciones prácticas en que deberán realizarse las visitas de inspección para que sean eficaces.

El artículo 18 establece que los inspectores del trabajo en la agricultura están facultados para tomar medidas a fin de que se eliminen los defectos observados en la instalación, montaje o métodos de trabajo en las empresas agrícolas, incluido el uso de materias o sustancias peligrosas, cuando tengan motivo razonable para creer que constituyen un peligro para la salud o seguridad. A fin de permitirles que adopten dichas medidas, los inspectores están facultados, a reserva de cualquier recurso legal o administrativo que pueda prescribir la legislación nacional, para

ordenar o hacer ordenar: que, dentro de un plazo determinado, se hagan las modificaciones que sean necesarias en la instalación, planta, locales, herramientas, equipo o maquinaria para asegurar el cumplimiento de las disposiciones legales relativas a la salud o seguridad; o que se adopten medidas de aplicación inmediata, que pueden consistir hasta en el cese del trabajo, en caso de peligro inminente para la salud o seguridad de los trabajadores.

Los Convenios 81, 85 y 129 no han sido ratificados por México.

8. Conclusiones

La inclusión en la LFT de obligaciones patronales y obreras en materia de medio ambiente son importantes, pero la realidad socioeconómica del país no permite su cabal cumplimiento a lo que se suma la escasa vigilancia institucional, en particular en materia laboral, por la Inspección del Trabajo.

9. Propuestas

Mejorar el sistema de vigilancia en el cumplimiento de obligaciones obrero-patronales en materia de medio ambiente, fortaleciendo la inspección del trabajo, tanto federal como local.

Adicionar la LFT, un artículo en los siguientes términos:

Artículo 995 ter.- Al patrón que viole las prohibiciones contenidas en el artículo 133 fracciones XVI, XVII, XVIII, se le impondrá una multa equivalente de 50 a 2500 veces el salario mínimo general.

10. Bibliografía

Cueva, M. de la, *Derecho Mexicano del Trabajo*, Editorial Porrúa, SA. México, 1961.

Fazio Vengoa, H., *El Mundo Frente a la Globalización: diferentes maneras de asumirla*, Universidad de los Andes, CESU, Universidad Nacional de Colombia, IEPRI, Alfa Omega Colombiana, Bogotá, 2002.

León, J. L., "Globalización, desigualdad y soberanía. Algunas implicaciones para México", *Revista del Senado de la República*, Julio-Septiembre 1998, vol. 4, n. 12, México.

- Montalvo Ortega, E., “La disputa por el Poder en un mundo globalizado”, *Revista del Senado de la República*, Julio-Septiembre, 1998. vol. 4., n. 12, México.
- Torres, R., *Hacia una Economía Mundial socialmente sostenible. Un análisis de los pilares sociales de la globalización*, Informes OIT, Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2002.

Web sites

Secretaría del Trabajo y Previsión Social:

http://www.stps.gob.mx/bp/secciones/conoce/marco_juridico/noms.html
Consultado: 23 de enero de 2015.

Secretaría del Trabajo y de la Previsión Social:

http://www.stps.gob.mx/bp/secciones/tramites/conoce_inspector.html
Consultado: 16 de febrero de 2015.

La salud es un derecho fundamental a partir de la Ley Estatutaria

Ricardo BARONA BETANCOURT*

RESUMEN: El Sistema de Salud está regulado en la Constitución Política de Colombia, en la ley 100 de 1993, en la ley 1164 de 2007, en la ley 1438 de 2011, en la ley 1608 de 2013, y en la jurisprudencia de la Corte Constitucional; sin embargo, con la expedición de la Ley Estatutaria en Salud, los pacientes, los usuarios, las instituciones prestadoras de servicios de salud, los grupo de práctica profesional, los profesionales independientes, el Ministerio de Salud y Protección Social, la Superintendencia Nacional de Salud, el Ministerio del Trabajo, la Rama Judicial y las entidades de control deben tener en cuenta que la salud es un derecho fundamental. Por ello, es necesario revisar las reglas contenidas en la Ley Estatutaria con la finalidad proteger a los pacientes o usuarios o afiliados, para corregir los abusos y establecer parámetros objetivos que garanticen la protección del derecho fundamental de la salud y el respeto del orden constitucional.

Palabras clave: Salud. Derecho Fundamental. Prestadores de servicios de salud. Entidades Promotoras de Salud. Talento humano en salud.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Concepto del Derecho a la Salud. 3. Fundamento teórico. 4. Bibliografía.

* Abogado de la Universidad Externado de Colombia. Especialista en Derecho Laboral y Relaciones Industriales de la Universidad Externado de Colombia. Especialista en Seguridad Social de la Universidad Externado de Colombia. Magister en Derechos Humanos, Estado de Derecho y Democracia en Iberoamérica de la Universidad de Alcalá de Henares (España). Magister en Derecho con énfasis en Derecho del Trabajo de la Universidad Externado de Colombia. Estudiante del Doctorado en Derecho de la Universidad de Alcalá de Henares (España). Docente e Investigador de la Universidad Externado de Colombia. Miembro del Comité de Redacción de la Revista Internacional y Comparada Relaciones Laborales y Derecho de Empleo de ADAPT University Press y el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.

1. Introducción

En Colombia la prestación de servicios de salud se encuentra consagrada en el artículo 49 de la Constitución Política²²⁰, así: Corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. Igualmente, el Estado debe establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control. Así mismo, debe establecer las competencias de la Nación, de las entidades territoriales y de los particulares y determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados en la ley. Finalmente, los servicios de salud se deben organizar en forma descentralizada, por niveles de atención y con participación de la comunidad. Sin embargo, la Corte Constitucional ha establecido expresamente que la salud es un derecho constitucional fundamental, que se caracteriza por lo siguiente:

En primer lugar, el ámbito de protección no está delimitado por el plan obligatorio de salud, porque, puede existir un servicio de salud no incluido en el mismo, que se requiera con necesidad y comprometa en forma grave la vida dignidad de la persona o su integridad personal. En tal medida, la negación de los servicios de salud contemplados en el Plan Obligatorio de Salud es una violación del derecho fundamental a la salud, por tanto, se trata de una prestación claramente exigible y justiciable mediante acción de tutela²²¹.

Adicionalmente, es necesario señalar que reconocer la fundamentalidad de un derecho no implica, necesariamente, que todos los aspectos cobijados por éste son tutelables. Primero, porque los derechos constitucionales no son absolutos, es decir, puede ser limitados de conformidad con los criterios de razonabilidad y proporcionalidad que ha fijado la jurisprudencia constitucional. Segundo, porque la posibilidad de exigir el cumplimiento de las obligaciones derivadas de un derecho fundamental y la procedencia de hacerlo por medio de la acción de tutela, son cuestiones diferentes y separables.

Igualmente, el derecho a la salud es un derecho que protege múltiples ámbitos de la vida humana, desde diferentes perspectivas. Es un derecho complejo, tanto por su concepción, como por la diversidad de obligaciones que de él se derivan y por la magnitud y variedad de acciones

²²⁰ Artículo 49 de la Constitución Política (Modificado artículo 1 del acto legislativo 2 de 2009).

²²¹ Sentencia T-227 de 2003 de la Corte Constitucional, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

y omisiones que su cumplimiento demanda del Estado y de la sociedad en general. La complejidad de este derecho, implica que la plena garantía del goce efectivo del mismo, está supeditada en parte a los recursos materiales e institucionales disponibles²²².

Así mismo, la salud no solamente tiene el carácter de fundamental en los casos en los que se relaciona de manera directa y grave con el derecho a la vida, sino también en aquellas situaciones en las cuales se afecte de manera directa y grave el mínimo vital necesario para el desempeño físico y social en condiciones normales²²³.

Así mismo, como el derecho fundamental a la salud es limitable y, por lo tanto, el plan de beneficios no tiene que ser infinito sino que puede circunscribirse a cubrir las necesidades y a las prioridades de salud determinadas por los órganos competentes para asignar de manera eficiente los recursos escasos disponibles; por ello, en algunos casos se han negado los siguientes servicios: La prestación de servicios estéticos, los tratamientos de fertilidad, los tratamientos de desintoxicación, las alergias, etc.²²⁴

De otro lado, las entidades del Sistema de Salud tienen la obligación de brindar a las personas la información que sea necesaria para poder acceder a los servicios de salud que requieran, con libertad y autonomía, permitiendo que la persona elija la opción que le garantice en mayor medida su derecho. Por tal razón, las entidades de seguridad social²²⁵ en salud tienen el deber de brindar a las personas la información que sea necesaria para que puedan saber cuál es el servicio de salud que requieren, cuáles son las probabilidades de éxito y de riesgo que representa el tratamiento, así como también, cómo acceder a los servicios de salud que requieren²²⁶.

En otro sentido, una entidad encargada de garantizar la prestación de un servicio de salud que requiere una persona, o encargada de prestarlo, no puede coaccionar a una persona, obligándola a suscribir algún tipo de documento legal para respaldar el pago, como condición para acceder al servicio de salud, en especial, cuando éste se requiere con necesidad. En

²²² Sentencia T-016 de 2007 de la Corte Constitucional, M.P. Antonio Humberto Sierra Porto.

²²³ Sentencia T-597 de 1993 de la Corte Constitucional, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

²²⁴ Revisar las siguientes sentencias de la Corte Constitucional: T-749 de 2001, T-490 de 2006, T-198 de 2004, T-676 de 2002, T-073 de 2007, T-476 de 2000, T-539 de 2007, T-757 de 1998, T-117 de 2005, entre otras.

²²⁵ Entidades Promotoras de Salud (E.P.S.) y las Instituciones Prestadores de Servicios de Salud (I.P.S.S.).

²²⁶ Sentencia T-866 de 2006 de la Corte Constitucional, M.P. Jaime Araujo Rentería.

otras palabras, se irrespeta al derecho a la salud al obstaculizar el acceso a un servicio que se requiere, en especial con necesidad, al exigir previamente un título valor u algún otro tipo de medio de pago legal. En tales casos, la jurisprudencia constitucional ha dejado sin efecto aquellos documentos legales que se dieron como medio de pago, pero que han sido obtenidos de los pacientes, o de sus responsables, mediante presión, como condición para acceder a un servicio requerido con necesidad. También ha tutelado el derecho a la salud de una persona, cuando se utiliza la suscripción de un título valor en condiciones de presión, por ejemplo, cuando se le impide al paciente salir de la entidad de salud en que se le atendió, hasta tanto no pague el servicio²²⁷.

Finalmente, analicemos el derecho fundamental a la salud a partir de la expedición de la ley estatutaria.

2. Concepto del Derecho a la Salud

El derecho a la salud se ha definido de la siguiente forma: para la Organización Mundial De La Salud (OMS) el derecho a la salud significa que los gobiernos deben crear las condiciones que permitan a todas las personas vivir lo más saludablemente posible. Entonces, esas condiciones incluyen la disponibilidad garantizada de servicios de salud, condiciones de trabajo saludables y seguras, vivienda adecuada, alimentos nutritivos y una atención sanitaria oportuna, aceptable, asequible y de calidad satisfactoria. Igualmente, el derecho a la salud no debe entenderse como el derecho a estar sano. Finalmente, la Constitución de la OMS establece que el goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano²²⁸.

Según Ramón Navarro Fallas el derecho a la salud podría definirse, como una situación jurídica activa o favorable de todo ser humano, derivado de su intrínseca dignidad, esencial para el desarrollo de su personalidad, que le otorga a su titular un conjunto de facultades para la satisfacción de la salud, bien jurídico tutelado por el derecho, y en virtud de las cuales, puede, por un lado, fijarle límite a la intervención de las demás personas y del Estado en su esfera particular, y por otra, exigir de los poderes públicos las acciones positivas de policía sanitaria o asistenciales que hagan efectivo su derecho; esas prestaciones forman parte del contenido del derecho y se constituyen en garantías de su pleno goce. Es un derecho

²²⁷ Sentencia T-037 de 2007 de la Corte Constitucional, M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

²²⁸ Consultado en: <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs323/es/>

exigible frente a las demás personas y fundamentalmente frente al Estado y sus instituciones y donde las obligaciones públicas deben cumplirse independientemente de los recursos disponibles, dado que el derecho es supremo y guarda relación directa con la existencia misma de la persona (la vida) y cuya realización plena se logra necesariamente mediante el concurso de su propio titular y del Estado²²⁹.

El autor José Carbonell indica que el derecho a la salud es uno de los derechos sociales por antonomasia. Se trata de un derecho complejo que se despliega en una amplia serie de posiciones jurídicas fundamentales para los particulares y para el Estado. El derecho a la salud tiene un carácter prestacional en la medida que principalmente implica y conlleva una serie de obligaciones (de hacer) por parte de los poderes públicos. Así por ejemplo, a partir del derecho a la salud, corresponde al Estado asegurar la asistencia médica una vez que la salud, por la causa que sea, ha sido afectada; esto es lo que se llama el derecho a la atención o asistencia sanitaria²³⁰.

De otro lado, Isaac Augusto Damsky enseña que en el derecho a la salud se encuentran involucradas las siguientes cuestiones: a) Una concepción de la persona, en tanto destinatario del accionar de los poderes públicos, vinculada a una concepción de los derechos fundamentales, y por tanto involucra una técnica de garantía de los derechos humanos traducida en una técnica de igualación en el disfrute de los bienes, y también en una integración social. b) Una estructura social dentro de la cual se reconozcan las peculiaridades que permiten identificar la problemática de salud, y dentro de ellas las peculiaridades que entraña la estructuración de un sistema de derechos y poder, propios de un contexto determinado. c) Una consecuente estructura económica a partir de la cual puedan discutirse las racionalidades del gasto público, de la participación privada en la gestión de la salud pública y, sin dudas, de los mercados de servicios de salud. d) Una estructura política inscrita dentro de un modelo de Estado dentro del cual tome lugar el haz de relaciones de salud. Estado, por cierto, inscripto en un contexto témporo-espacial determinado y estructurado a partir de un orden público constitucional o supra-constitucional, que, como en el caso argentino, viene a reconfigurar el sistema de poder y el sistema de derechos – modulando de manera compleja la dinámica de los intereses públicos y privados, des dibujando con ello las esferas de actuación pública-privadas – y dentro del cual encontramos al derecho a la

²²⁹ Navarro Falas, R. A., *Derecho a la Salud*, San José, Editorial Juricentro, S.A., 2010, p. 135.

²³⁰ Carbonell, J., *et. al.*, *El derecho a la salud: Una propuesta para México*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2013, pp. 1 y 2.

salud – o a su protección – como uno de los derechos sociales por antonomasia. A lo que se agrega la complejidad proveniente del mayor o menor grado de internacionalización del ordenamiento²³¹.

La doctrinante Leticia Artilles Visbal establece que el derecho a salud es un derecho para todos los ciudadanos, por tal razón, debe ser garantizado y asegurado plenamente por el Estado sin ningún tipo de discriminación por motivo de sexo, raza, sexo y origen nacional²³².

El catedrático Raúl Allard Soto señala que el derecho a la salud a nivel internacional tiene profundidad normativa, siendo un derecho de carácter inclusivo; comprende tanto libertades como derechos; genera obligaciones por parte de los Estados de realización progresiva del disfrute del más alto nivel posible de salud, al tiempo que también genera obligaciones básicas de cumplimiento inmediato; e incluso converge en determinados ámbitos con el comercio de mucha trascendencia²³³.

En la opinión del jurista Jaime León Gañán Ruiz en el devenir histórico verificable del derecho a la salud está prolijamente regulado en los instrumentos jurídicos de carácter internacional, consagración de la cual se puede colegir que el derecho a la salud es un derecho humano, indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos. Además es un derecho social, es universal, inclusivo, interdependiente con otros derechos, que entraña libertades y derechos²³⁴.

Liliana Libreros Piñeros y Luzmila Fuentes expresan y explican que derecho a la salud, no debe entenderse como un derecho a ser saludable; sino como el derecho de todas las personas al disfrute de los bienes, servicios y condiciones necesarias para alcanzar el más alto nivel de salud. Esta concepción de la salud como un derecho, implica que el Estado debe proporcionar los determinantes básicos para la salud, para enfrentar y prevenir enfermedades epidémicas, endémicas; y el cuidado de la salud para afrontar la enfermedad y sus efectos sobre los individuos desde un abordaje integrador y transdisciplinario para lograr una vida digna y un desarrollo individual y social²³⁵.

²³¹ Damsky, I. A., *La protección cautelar del derecho a la salud en Argentina*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2013, pp. 169 a 171.

²³² Consultado en: <http://www.bvsde.paho.org/bvsacd/cd53/dersal/cap5.pdf>

²³³ Allard Soto, R., *Tesis Doctoral: El derecho humano a la atención primaria de salud en la lucha contra las enfermedades infecciosas*, Universidad Complutense, Madrid, 2012, pp. 142 y 143.

²³⁴ Gañán Ruiz, J. L., *Tesis Doctoral: Los muertos de la Ley 100: Prevalencia de la libertad económica sobre el derecho fundamental a la salud una razón de su ineficacia del plan obligatorio de salud del régimen contributivo de salud*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010, p. 37.

²³⁵ Libreros Piñeros, L. y Fuentes, L., “El derecho a la salud y la promoción de la salud en el nuevo marco legal Venezolano”, *Revista Saber de la Universidad de Oriente* (Venezuela),

Finalmente, la Corte Constitucional Colombiana ha manifestado que el derecho a la salud es la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como en el plano de la operatividad mental, y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser. Implica, por tanto, una acción de conservación y otra de restablecimiento²³⁶.

3. Fundamento Teórico

La Ley Estatutaria en Salud regulo el derecho fundamental de la salud de la siguiente forma:

En primer lugar, en cuanto a la naturaleza y contenido del derecho fundamental a la salud se indicó lo siguiente:

- a) Es un derecho autónomo e irrenunciable en lo individual y en lo colectivo.
- b) Comprende el acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud.
- c) El Estado adoptará políticas para asegurar la igualdad de trato y oportunidades en el acceso a las actividades de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación para todas las personas.
- d) De conformidad con el artículo 49 de la Constitución Política, su prestación como servicio público esencial obligatorio, se ejecuta bajo la indelegable dirección, supervisión, organización, regulación, coordinación y control del Estado²³⁷.

Adicionalmente, la Corte Constitucional en cuanto a la naturaleza y contenido del derecho fundamental a la salud indico que los elementos incluidos por el legislador al momento de caracterizar el derecho a la salud no tienen reparo, advirtiéndose que el acceso a la salud con miras a la promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación, recuperación y paliación implica también el acceso a las facilidades, establecimientos, bienes y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel de salud en consonancia la Observación 14 del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales. Así mismo, La Corte Constitucional avaló las características de irrenunciabilidad y autonomía del derecho, así como la titularidad de la garantía fundamental a la salud, no solo en

Cumaná, 2012, p. 198.

²³⁶ Sentencia C-776 del 29 de Septiembre de 2010 de la Corte Constitucional, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

²³⁷ Artículos 1 y 2 de la Ley Estatutaria en Salud.

cabeza de sujetos individuales, sino de sujetos colectivos²³⁸.

En segundo lugar, en cuanto al ámbito de aplicación, se indica que la Ley Estatutaria se aplica a todos los agentes, usuarios y demás que intervengan de manera directa o indirecta, en la garantía del derecho fundamental a la salud²³⁹. Adicionalmente, la Corte Constitucional en cuanto al ámbito de aplicación estimo que resulta exequible dado que se corresponde con el artículo 49 del Texto Superior. Para la Corte Constitucional, el precepto incorpora un listado abierto que permitirá hacer extensiva la aplicación de los mandatos de la ley a los diversos sujetos que participan e inciden en el sistema de salud²⁴⁰.

En tercer lugar, frente a la definición de Sistema de Salud se indicó que es el conjunto articulado y armónico de principios y normas; políticas públicas; instituciones; competencias y procedimientos; facultades, obligaciones, derechos y deberes; financiamiento; controles; información y evaluación, que el Estado disponga para la garantía y materialización del derecho fundamental de la salud²⁴¹. Adicionalmente, la Corte Constitucional en cuanto a la definición del Sistema de Salud se decantó por la exequibilidad advirtiendo que el mandato no supone una potestad para disminuir los factores existentes que configuran el sistema de salud y que el conjunto de los mismos es el irreductible punto de partida para la consecución del derecho. Para la Corte Constitucional, no tiene lugar una lectura según la cual, los recursos del sistema puedan ser definidos sin parámetros constitucionales, siendo inaceptable un adelgazamiento del volumen de recursos orientados a la garantía del derecho, pues ello implicaría un detrimento para su materialización²⁴².

En cuarto lugar, al revisar las obligaciones del Estado, tenemos que es el responsable de respetar, proteger y garantizar el goce efectivo del derecho fundamental a la salud; para ello deberá:

- a) Abstenerse de afectar directa o indirectamente en el disfrute del derecho fundamental a la salud, de adoptar decisiones que lleven al deterioro de la salud de la población y de realizar cualquier acción u omisión que pueda resultar en un daño en la salud de las personas.
- b) Formular y adoptar políticas de salud dirigidas a garantizar el goce

²³⁸ Sentencia C-313 de 2014 de la Corte Constitucional, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

²³⁹ Artículo 3 de la Ley Estatutaria en Salud.

²⁴⁰ Sentencia C-313 de 2014 de la Corte Constitucional, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

²⁴¹ Artículo 4 de la Ley Estatutaria en Salud.

²⁴² Sentencia C-313 de 2014 de la Corte Constitucional, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

efectivo del derecho en igualdad de trato y oportunidades para toda la población, asegurando para ello la coordinación armónica de las acciones de todos los agentes del Sistema.

c) Formular y adoptar políticas que propendan por la promoción de la salud, prevención y atención de la enfermedad y rehabilitación de sus secuelas, mediante acciones colectivas e individuales.

d) *Establecer mecanismos para evitar la violación del derecho fundamental a la salud y determinar su régimen sancionatorio*²⁴³.

e) Ejercer una adecuada inspección, vigilancia y control mediante un órgano y/o las entidades especializadas que se determinen para el efecto.

f) Velar por el cumplimiento de los principios del derecho fundamental a la salud en todo el territorio nacional, según las necesidades de salud de la población.

g) Realizar el seguimiento continuo de la evolución de las condiciones de salud de la población a lo largo del ciclo de vida de las personas.

h) Realizar evaluaciones sobre los resultados de goce efectivo del derecho fundamental a la salud, en función de sus principios y sobre la forma como el Sistema avanza de manera razonable y progresiva en la garantía al derecho fundamental de salud.

i) *Adoptar la regulación y las políticas indispensables para financiar de manera sostenible los servicios de salud y garantizar el flujo de los recursos para atender de manera oportuna y suficiente las necesidades en salud de la población*²⁴⁴.

j) Intervenir el mercado de medicamentos, dispositivos médicos e insumos en salud con el fin de optimizar su utilización, evitar las inequidades en el acceso, asegurar la calidad de los mismos o en general cuando pueda derivarse una grave afectación de la prestación del servicio²⁴⁵.

Adicionalmente, la Corte Constitucional en cuanto a las obligaciones del Estado verificó la constitucionalidad de los enunciados legales observando que el listado de obligaciones en cabeza del Estado comprende otras no incorporadas expresamente en la normatividad sometida al control. Para la Corte Constitucional el literal a) se acompasa con la obligación de respeto. Los literales d) y e) son expresión del deber de vigilancia y supervisión del servicio de salud en cabeza del Estado. Sin embargo, la Corte

²⁴³ Declarar *exequible* el artículo 5, en el entendido que (i) la atribución del deber de adoptar mecanismos para la validación del derecho prevista en el literal d) no dará lugar a expedir normas que menoscaben el mecanismo de protección de los derechos fundamentales.

²⁴⁴ Declarar *exequible* el artículo 5, en el entendido que (...) y (ii) la sostenibilidad fiscal a que alude el literal i) no puede comprender la negación a prestar eficiente y oportunamente todos los servicios de salud debidos a cualquier usuario.

²⁴⁵ Artículo 5 de la Ley Estatutaria en Salud.

Constitucional precisó que el enunciado contenido en el literal d) debía condicionarse, pues, la prescripción revisada no puede dar lugar a la expedición de normas que menoscaben el mecanismo de protección de los derechos fundamentales. El literal f) se halló constitucional, pues, se entiende como orientado a lograr la efectividad del derecho. El literal g) comporta actividades relevantes para el establecimiento de políticas en salud. El literal h) fue declarado exequible, ya que se advirtió que presentaba finalidades similares a la del literal g). El literal j) también se encontró ajustado a la Constitución en la medida en que se entiende como necesaria para la realización del derecho a la salud la intervención del Estado en el del mercado de insumos en salud y de medicamentos. El literal b) fue declarado exequible al encaminarse a garantizar el goce efectivo del derecho en igualdad de trato, precisándose la inclusión de la obligación de trato diferenciado para grupos discriminados o marginados. El literal c) fue declarado exequible, pues resulta ajustado a la Constitución el deber de formular y adoptar políticas en materia de promoción, prevención atención y rehabilitación en salud, debiendo entenderse incluidas la paliación y la recuperación. El literal i) fue declarado exequible dada la importancia de la sostenibilidad financiera para la realización del derecho, pero, se advirtió que de conformidad con el precedente contenido en la sentencia C-459/08 “la sostenibilidad financiera no puede comprender la negación a prestar eficiente y oportunamente todos los servicios de salud debidos a cualquier usuario”. Para la Corporación, es un deber social del Estado asegurar el acceso de las personas a la red hospitalaria y su financiación. Con dichos fundamentos, la declaración de exequibilidad de este precepto fue condicionada²⁴⁶.

En quinto lugar, al analizar los elementos y principios del derecho fundamental a la salud, encontramos los siguientes elementos esenciales e interrelacionados:

- a) Disponibilidad. El Estado deberá garantizar la existencia de servicios y tecnologías e instituciones de salud, así como de programas de salud y personal médico y profesional competente.
- b) Aceptabilidad. Los diferentes agentes del sistema deberán ser respetuosos de la ética médica así como de las diversas culturas de las personas, minorías étnicas, pueblos y comunidades, respetando sus particularidades socioculturales y cosmovisión de la salud, permitiendo su participación en las decisiones del sistema de salud que le afecten, de

²⁴⁶ Sentencia C-313 de 2014 de la Corte Constitucional, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

conformidad con el artículo 12 de la ley estatutaria y responder adecuadamente a las necesidades de salud relacionadas con el género y el ciclo de vida. Los establecimientos deberán prestar los servicios para mejorar el estado de salud de las personas dentro del respeto a la confidencialidad.

c) Accesibilidad. Los servicios y tecnologías de salud deben ser accesibles a todos, en condiciones de igualdad, dentro del respeto a las especificidades de los diversos grupos vulnerables y al pluralismo cultural. La accesibilidad comprende la no discriminación, la accesibilidad física, la asequibilidad económica y el acceso a la información.

d) Calidad e idoneidad profesional. Los establecimientos, servicios y tecnologías de salud deberán estar centrados en el usuario, ser apropiados desde el punto de vista médico y técnico y responder a estándares de calidad aceptados por las comunidades científicas. Ello requiere, entre otros, personal de la salud adecuadamente competente, enriquecida con educación continua e investigación científica y una evaluación oportuna de la calidad de los servicios y tecnologías ofrecidos.

Así mismo, el derecho fundamental a la salud comporta los siguientes principios:

a) Universalidad. Los residentes en el territorio colombiano gozarán efectivamente del derecho fundamental a la salud en todas las etapas de la vida.

b) Pro hómine. Las autoridades y demás actores del sistema de salud, adoptarán la interpretación de las normas vigentes que sea más favorable a la protección del derecho fundamental a la salud de las personas.

c) Equidad. El Estado debe adoptar políticas públicas dirigidas específicamente al mejoramiento de la salud de personas de escasos recursos, de los grupos vulnerables y de los sujetos de especial protección.

d) Continuidad. Las personas tienen derecho a recibir los servicios de salud de manera continua. Una vez la provisión de un servicio ha sido iniciada, este no podrá ser interrumpido *de manera intempestiva y arbitraria*²⁴⁷ por razones administrativas o económicas.

e) Oportunidad. La prestación de los servicios y tecnologías de salud *que se requieran con necesidad* deben proveerse sin dilaciones *que puedan agravar la condición de salud de las personas*²⁴⁸.

f) Prevalencia de derechos. El Estado debe implementar medidas

²⁴⁷ Declarar *exequible* el artículo 6°, salvo las expresiones “de manera intempestiva y arbitraria” contenidas en el literal d) del inciso segundo, “que se requieran con necesidad” y “que puedan agravar la condición de salud de las personas” contenidas en el literal e) del inciso segundo, que se declaran *inexequibles*.

²⁴⁸ *Ibidem*.

concretas y específicas para garantizar la atención integral a niñas, niños y adolescentes. En cumplimiento de sus derechos prevalentes establecidos por la Constitución Política. Dichas medidas se formularán por ciclos vitales: prenatal hasta seis (6) años, de los (7) a los catorce (14) años, y de los quince (15) a los dieciocho (18) años.

g) Progresividad del derecho. El Estado promoverá la correspondiente ampliación gradual y continua del acceso a los servicios y tecnologías de salud, la mejora en su prestación, la ampliación de capacidad instalada del sistema de salud y el mejoramiento del talento humano, así como la reducción gradual y continua de barreras culturales, económicas, geográficas, administrativas y tecnológicas que impidan el goce efectivo del derecho fundamental a la salud.

h) Libre elección. Las personas tienen la libertad de elegir sus entidades de salud dentro de la oferta disponible según las normas de habilitación.

i) Sostenibilidad. El Estado dispondrá, por los medios que la ley estime apropiados, los recursos necesarios y suficientes para asegurar progresivamente el goce efectivo del derecho fundamental a la salud, de conformidad con las normas constitucionales de sostenibilidad fiscal.

j) Solidaridad. El sistema está basado en el mutuo apoyo entre las personas, generaciones, los sectores económicos, las regiones y las comunidades.

k) Eficiencia. El sistema de salud debe procurar por la mejor utilización social y económica de los recursos, servicios y tecnologías disponibles para garantizar el derecho a la salud de toda la población.

l) Interculturalidad. Es el respeto por las diferencias culturales existentes en el país y en el ámbito global, así como el esfuerzo deliberado por construir mecanismos que integren tales diferencias en la salud, en las condiciones de vida y en los servicios de atención integral de las enfermedades, a partir del reconocimiento de los saberes, prácticas y medios tradicionales, alternativos y complementarios para la recuperación de la salud en el ámbito global.

m) Protección a los pueblos indígenas. Para los pueblos indígenas el Estado reconoce y garantiza el derecho fundamental a la salud integral, entendida según sus propias cosmovisiones y conceptos, que se desarrolla en el Sistema Indígena de Salud Propio e Intercultural (SISPI).

n) Protección pueblos y comunidades indígenas, ROM y negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras. Para los pueblos y comunidades indígenas, ROM y negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras, se garantizará el derecho a la salud como fundamental y se aplicará de manera concertada con ellos, respetando sus costumbres.

Igualmente, los principios enunciados anteriormente se deberán

interpretar de manera armónica sin privilegiar alguno de ellos sobre los demás. Lo anterior no obsta para que sean adoptadas acciones afirmativas en beneficio de sujetos de especial protección constitucional como la promoción del interés superior de las niñas, niños y mujeres en estado de embarazo y personas de escasos recursos, grupos vulnerables y sujetos de especial protección²⁴⁹.

Adicionalmente, la Corte Constitucional en cuanto a los elementos y principios del derecho fundamental a la salud encontró que la caracterización de esenciales e interrelacionados, predicada de los elementos del derecho a la salud, no atentaba contra la Carta y se avenía con lo prescrito en la Observación 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. El Tribunal Constitucional estimó que los elementos esenciales del derecho fundamental a la salud, estipulados por el legislador estatutario, se corresponden con la Constitución, debiendo observarse que su lectura debe llevarse a cabo en consonancia con la precitada Observación 14. En cuanto a los principios que rigen el derecho a la salud, enlistados en el inciso 2 del artículo 6, la Corte Constitucional manifestó que la universalidad, prescrita en el literal a), tiene asidero constitucional, dado su reconocimiento específico en el artículo 49 de la Carta, estimándose que el goce efectivo del derecho debe involucrar todos los elementos necesarios, como lo son, la oportunidad, la integralidad, la continuidad, entre otros. El principio *pro homine* establecido en el literal b) fue declarado exequible dada su relevancia como cláusula hermenéutica para la interpretación de los derechos fundamentales. El principio de equidad estipulado en el literal c) fue valorado como constitucional, destacándose el deber del Estado de adoptar políticas públicas dirigidas específicamente a mejorar la prestación del servicio en todas las fases que involucra la salud, tales como, promoción, prevención, diagnóstico, curación, rehabilitación y paliación. Respecto a la continuidad, contemplada en el literal d), fue declarado exequible, pero la Corte Constitucional excluyó las expresiones de manera intempestiva y arbitraria, pues, con ellas se permitían elementos que conducían a amenazar o cercenar el goce del derecho. El principio de oportunidad contenido en el literal e) en el inciso 2 se declaró exequible, pero, proscribió por vía de inexecutable las expresiones “que se requieran con necesidad” y “que puedan agravar la condición de salud de las personas”, pues implicaban una restricción al goce del derecho y vulneraban los artículos 2 y 49 de la Carta. Por su parte, el principio de prevalencia de los derechos puesto en el literal f), dada su consonancia

²⁴⁹ Artículo 6 de la Ley Estatutaria en Salud.

con el artículo 44 no tuvo ninguna tacha y se declaró su exequibilidad. El principio de progresividad, contenido en el literal g), declarado exequible, fue estudiado por la Corte Constitucional de conformidad con sus precedentes y se recordó que se vincula con el principio de no regresividad e implica la exigibilidad inmediata de ciertas obligaciones en cabeza del Estado. A su turno, el literal h) contenido del principio de la libre elección fue declarado exequible, recordándose que la sujeción a las normas de habilitación no tiene lugar cuando ello suponga la negación o una afectación grave del derecho. En cuanto al literal i) que alude al principio de sostenibilidad, se admitió su constitucionalidad, pero, se reiteró que es un criterio orientador y no tiene la calidad de principio. El literal j) del artículo 6 fue declarado exequible en razón a su asidero constitucional en el artículo 1, lo cual también hallaba sustento en varios precedentes de la Corte Constitucional. La eficiencia como principio del literal k) fue declarada exequible dada su expresa consagración constitucional para el derecho a salud. Los literales l) y m) y n) fueron declarados exequibles, pues, comportan disposiciones concordantes con el respeto a las minorías, reconocen la diferencia y no riñen con ningún mandato de la Carta, toda vez que el respeto por la riqueza material e inmaterial que determina la identidad de las comunidades y minorías étnicas es una máxima que irradia el ordenamiento constitucional, al punto que torna indispensable su participación no solo en la aplicación de sistemas de salud particularmente diseñados para estas, sino también en las diferentes fases de construcción del mismo. Finalmente, el parágrafo del inciso segundo del artículo 6 fue declarado exequible, observándose que, acorde con las reglas de la ponderación, algún o algunos principios deberán ceder frente a otros, según el caso concreto, habida cuenta que sin tal precisión se desconocería que los principios son mandatos de optimización y se ignoraría el papel capital de la ponderación en la labor del Tribunal Constitucional²⁵⁰.

En sexto lugar, al analizar la evaluación anual de los indicadores del goce efectivo, se ha señalado que el Ministerio de Salud y Protección Social divulgará evaluaciones anuales sobre los resultados de goce efectivo del derecho fundamental a la salud, en función de los elementos esenciales de accesibilidad, disponibilidad, aceptabilidad y calidad. Con base en los resultados de dicha evaluación se deberán diseñar e implementar políticas públicas tendientes a mejorar las condiciones de salud de la población. El informe sobre la evolución de los indicadores de goce efectivo del

²⁵⁰Sentencia C-313 de 2014 de la Corte Constitucional, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

derecho fundamental a la salud deberá ser presentado a todos los agentes del sistema²⁵¹.

Adicionalmente, la Corte Constitucional al analizar la evaluación anual de los indicadores del goce efectivo, señaló que el proyecto de ley que consagra un enunciado que radica en cabeza del Ministerio de Salud y Protección Social, la obligación de divulgar evaluaciones anuales sobre resultados del goce efectivo del derecho y la de presentar el informe sobre la evolución de los indicadores a todos los agentes del sistema, fue declarado ajustado a la Constitución. En el sentir de la Corte Constitucional ninguno de los mandatos señalados en la disposición quebranta la Carta²⁵².

En séptimo lugar, en cuanto a la integralidad se indica que los servicios y tecnologías de salud deberán ser suministrados de manera completa para prevenir, paliar o curar la enfermedad, con independencia del origen de la enfermedad o condición de salud, del sistema de provisión, cubrimiento o financiación definido por el legislador. No podrá fragmentarse la responsabilidad en la prestación de un servicio de salud específico en desmedro de la salud del usuario. En los casos en los que exista duda sobre el alcance de un servicio o tecnología de salud cubierto por el Estado, se entenderá que este comprende todos los elementos esenciales para lograr su objetivo médico respecto de la necesidad específica de salud diagnosticada²⁵³.

“Sin embargo, para efectos de lo mencionado anteriormente, se entiende por tecnología o servicio de salud aquellos directamente relacionados con el tratamiento y el cumplimiento del objetivo preventivo o terapéutico. Aquellos servicios de carácter individual que no estén directamente relacionados con el tratamiento y cumplimiento del objetivo preventivo o terapéutico, podrán ser financiados, en caso de que no existiese capacidad de pago, con recursos diferentes a los destinados al cubrimiento de los servicios y tecnologías en salud, en el marco de las políticas sociales del Estado”²⁵⁴.

Adicionalmente, la Corte Constitucional al revisar la integralidad examinó tres situaciones. En primer lugar, el Tribunal Constitucional encontró exequible la inclusión del principio de integralidad en la ley estatutaria, pues, resulta importante para la realización efectiva del derecho mandada por los artículos 2 y 49 de la Carta, anotándose que su lectura debe

²⁵¹ Artículo 7 de la Ley Estatutaria en Salud.

²⁵² Sentencia C-313 de 2014 de la Corte Constitucional, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

²⁵³ Artículo 8 de la Ley Estatutaria en Salud.

²⁵⁴ Declarar *exequible* el artículo 8 salvo el párrafo que se declara *inexequible*.

llevarse a cabo en consonancia con la varias veces mencionada Observación 14. El segundo asunto que ocupó al Tribunal Constitucional en relación con este precepto fue el contenido del inciso 2, en el cual, se consagró un principio para resolver las dudas sobre el alcance de un servicio o tecnología cubierto por el Estado. La Corte Constitucional lo valoró como exequible, pero advirtió que no cabe su lectura si da pie a restricciones o limitaciones indeterminadas del derecho fundamental a la salud, pues, quebrantaría la obligación estatal de garantizar el derecho contenido en el artículo 49 de la Carta, sobre la cual no puede haber “ninguna duda”. Estimó el Tribunal Constitucional que las limitaciones o restricciones son taxativas. En este caso, las exclusiones de la prestación del servicio son taxativas, pues ello elimina una regulación indeterminada que da pie para hacer nugatorio el derecho. El tercer asunto que convocó a la Corte Constitucional en el artículo 8 fue el contenido del párrafo, pues, en este se establece un elemento restrictivo que de preservarse en el ordenamiento jurídico, amenaza la garantía efectiva del derecho. Se trata de los conceptos de “vinculación directa” y “vinculación indirecta” con el tratamiento, lo cual condiciona la inclusión o exclusión de la prestación del servicio. Estimó la Corte Constitucional que, estas limitaciones y, además indefiniciones en el acceso al derecho, hacían imperativo excluir tal párrafo del ordenamiento, declarándose en consecuencia su inexecutable²⁵⁵.

En octavo lugar, en materia de determinantes sociales de salud, es deber del Estado adoptar políticas públicas dirigidas a lograr la reducción de las desigualdades de los determinantes sociales de la salud que incidan en el goce efectivo del derecho a la salud, promover el mejoramiento de la salud, prevenir la enfermedad y elevar el nivel de la calidad de vida. Estas políticas estarán orientadas principalmente al logro de la equidad en salud. El legislador creará los mecanismos que permitan identificar situaciones o políticas de otros sectores que tienen un impacto directo en los resultados en salud y determinará los procesos para que las autoridades del sector salud participen en la toma de decisiones conducentes al mejoramiento de dichos resultados. Se entiende por determinantes sociales de salud aquellos factores que determinan la aparición de la enfermedad, tales como los sociales, económicos, culturales, nutricionales, ambientales, ocupacionales, habitacionales, de educación y de acceso a los servicios públicos, los cuales serán financiados con recursos diferentes a los

²⁵⁵ Sentencia C-313 de 2014 de la Corte Constitucional, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

destinados al cubrimiento de los servicios y tecnologías de salud²⁵⁶.

Adicionalmente, la Corte Constitucional en materia de determinantes sociales declaró la exequibilidad, entre otras razones, porque establecer como deber del Estado el de la adopción de políticas públicas tendientes a reducir las desigualdades, se encuentra en consonancia con lo dispuesto en el artículo 13 de una parte y, con lo dispuesto en el artículo 366, de otra. La búsqueda de la igualdad como cometido con rango constitucional en nada riñe con la Carta. Igualmente, se observó un mandato según el cual los factores determinantes sociales de salud, serán financiados con recursos diferentes a los destinados para el cubrimiento de los servicios y tecnologías en salud. Para el Tribunal Constitucional no se desconoce la Constitución cuando el legislador, en uso de su potestad, establece que los recursos destinados a un sector, no deben cubrir los gastos que comporte otro, más cuando en el precepto se reconoce que esos otros sectores serán financiados con otros recursos²⁵⁷.

En noveno lugar, en materia de derechos y deberes de las personas, relacionados con la prestación del servicio de salud, tenemos:

Las personas tienen los siguientes derechos relacionados con la prestación del servicio de salud:

- a) A acceder a los servicios y tecnologías de salud, que le garanticen una atención integral, oportuna y de alta calidad.
- b) Recibir la atención de urgencias que sea requerida con la oportunidad que su condición amerite sin que sea exigible documento o cancelación de pago previo alguno.
- c) A mantener una comunicación plena, permanente, expresa y clara con el profesional de la salud tratante.
- d) A obtener información clara, apropiada y suficiente por parte del profesional de la salud tratante que le permita tomar decisiones libres, conscientes e informadas respecto de los procedimientos que le vayan a practicar y riesgos de los mismos. Ninguna persona podrá ser obligada, contra su voluntad, a recibir un tratamiento de salud.
- e) A recibir prestaciones de salud en las condiciones y términos consagrados en la ley.
- f) A recibir un trato digno, respetando sus creencias y costumbres, así como las opiniones personales que tengan sobre los procedimientos.
- g) A que la historia clínica sea tratada de manera confidencial y reservada y que únicamente pueda ser conocida por terceros, previa autorización del

²⁵⁶ Artículo 9 de la Ley Estatutaria en Salud.

²⁵⁷ Sentencia C-313 de 2014 de la Corte Constitucional, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

paciente o en los casos previstos en la ley, y a poder consultar la totalidad de su historia clínica en forma gratuita y a obtener copia de la misma.

h) A que se le preste durante todo el proceso de la enfermedad, asistencia de calidad por trabajadores de la salud debidamente capacitados y autorizados para ejercer.

i) A la provisión y acceso oportuno a las tecnologías y a los medicamentos requeridos.

j) A recibir los servicios de salud en condiciones de higiene, seguridad y respeto a su intimidad.

k) A la intimidad. Se garantiza la confidencialidad de toda la información que sea suministrada en el ámbito del acceso a los servicios de salud y de las condiciones de salud y enfermedad de la persona, sin perjuicio de la posibilidad de acceso a la misma por los familiares en los eventos autorizados por la ley o las autoridades en las condiciones que esta determine.

l) A recibir información sobre los canales formales para presentar reclamaciones, quejas, sugerencias y en general, para comunicarse con la administración de las instituciones, así como a recibir una respuesta por escrito.

m) A solicitar y recibir explicaciones o rendición de cuentas acerca de los costos por los tratamientos de salud recibidos.

n) A que se le respete la voluntad de aceptación o negación de la donación de sus órganos de conformidad con la ley.

o) A no ser sometidos en ningún caso a tratos crueles o inhumanos que afecten su dignidad, ni a ser obligados a soportar sufrimiento evitable, ni obligados a padecer enfermedades que pueden recibir tratamiento.

p) A que no se le trasladen las cargas administrativas y burocráticas que le corresponde asumir a los encargados o intervinientes en la prestación del servicio.

q) Agotar las posibilidades *razonables* de tratamiento *efectivo* para la superación de su enfermedad²⁵⁸.

Son deberes de las personas relacionados con el servicio de salud, los siguientes:

a) Propender por su auto-cuidado, el de su familia y el de su comunidad.

b) Atender oportunamente las recomendaciones formuladas en los programas de promoción y prevención.

c) Actuar de manera solidaria ante las situaciones que pongan en peligro la

²⁵⁸ Séptimo. Declarar *exequible* el artículo 10, salvo las expresiones “razonables” y “efectivo” del literal q) y “con necesidad” del parágrafo 1 del inciso segundo, las cuales se declaran *inexequibles*.

vida o la salud de las personas.

- d) Respetar al personal responsable de la prestación y administración de los servicios salud.
- e) Usar adecuada y racionalmente las prestaciones ofrecidas, así como los recursos del sistema.
- f) Cumplir las normas del sistema de salud.
- g) Actuar de buena fe frente al sistema de salud.
- h) Suministrar de manera oportuna y suficiente la información que se requiera para efectos del servicio.
- i) Contribuir solidariamente al financiamiento de los gastos que demande la atención en salud y la seguridad social en salud, de acuerdo con su capacidad de pago.

Los efectos del incumplimiento de estos deberes solo podrán ser determinados por el legislador. En ningún caso su incumplimiento podrá ser invocado para impedir o restringir el acceso oportuno a servicios de salud requeridos *con necesidad*²⁵⁹.

El Estado deberá definir las políticas necesarias para promover el cumplimiento de los deberes de las personas, sin perjuicio de lo establecido anteriormente²⁶⁰.

Adicionalmente, la Corte Constitucional al analizar los derechos y deberes de las personas en relación con la prestación de los servicios de salud, encontró que el listado de derechos estipulado por el legislador es enunciativo. En cuanto a los derechos en particular consideró lo siguiente:

1. Los derechos contenidos en las literales a), b) e i) contenidos en el inciso 1 del artículo 10, fueron valorados como constitucionales en razón a que son expresión del elemento esencial de la accesibilidad al derecho.
2. Los derechos contenidos en los literales c), d), g), l), m) y n) del inciso 1 del artículo 10 fueron declarados exequibles al estimarse que son expresión del acceso a la información, entendido este último como un elemento esencial del derecho a la salud. La Corte Constitucional recordó y reiteró su jurisprudencia en materia de consentimiento informado, acceso a la historia clínica del paciente y donación de órganos, pues a estos asuntos aluden los literales d), g) y n), respectivamente.
3. En cuanto a los literales h) y j), se les estimó como constitucionales por ser expresión del elemento esencial de la calidad del servicio. El literal f), visto como una manifestación de la aceptabilidad del servicio, también fue declarado exequible.
4. Los literales k), o) y p), fueron declarados exequibles. El primero de

²⁵⁹ *Ibidem*.

²⁶⁰ Artículo 10 de la Ley Estatutaria en Salud.

ellos se halló conforme a la apreciación que la Corte Constitucional había tenido del concepto de datos sensibles y al principio de confidencialidad. El literal o) se encontró ajustado al artículo 12 de la Carta y, el literal p) se entendió como un precepto que contribuye a eliminar obstáculos para la realización del derecho.

5. Por su parte, el literal q) que contemplaba como derecho “Agotar las posibilidades razonables de tratamiento efectivo para la superación de su enfermedad”, fue revisado por la Corte Constitucional con especial atención, pues, incorporaba 2 expresiones que se tornaban en restricciones indeterminadas del derecho fundamental a la salud. La Corte consideró que la expresión “razonables”, fungía como restricción indeterminada, pues, no se señaló por el legislador ningún elemento que la hiciese determinable, tal como quién debería definir esa razonabilidad. La expresión “efectivamente” también fue tachada, pues, no resultaba admisible definir la efectividad de un procedimiento sin haberlo practicado. Para el Tribunal Constitucional, la efectividad del servicio, tecnología, suministro, etc., depende en mucho del paciente y su entorno, por ello está exigencia de efectividad también amenazaba el derecho como una limitación indefinida del mismo. Consecuentemente, se procedió a declarar la inexecutable de los dos vocablos.

Finalmente, los recursos públicos que financian la salud son inembargables, tienen destinación específica y no podrán ser dirigidos a fines diferentes a los previstos constitucional y legalmente. Entonces, la Corte Constitucional indicó que la regla anterior, es constitucional, pues, reitera lo dispuesto en el artículo 48 Superior y la comprensión que a la destinación específica ha fijado la jurisprudencia constitucional, con lo cual se controla el uso que a los recursos de la salud den los diferentes actores del sistema²⁶¹.

4. Bibliografía

Abel, C., *Ensayos de historia de la salud en Colombia 1920-1990*, Instituto de Estudios Políticos y Relaciones Internacionales de la Universidad Nacional, Bogotá, 1996.

Abramovich, V. y Courtis, C., *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Editorial Trotta, Madrid.

²⁶¹ Sentencia C-313 de 2014 de la Corte Constitucional, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

- Arango Rivadeneira, R., *El Concepto de Derechos Sociales Fundamentales*, Universidad Nacional de Colombia, LEGIS, Bogotá, 2005.
- Arbeláez Rudas, M., *Derecho a la salud en Colombia: El acceso a los servicios del Sistema General de Seguridad Social en Salud*, Centro de Investigación y Educación popular, CINEP, Institut de Pret Públic, Barcelona, Ediciones Antropos Ltda., Bogotá, 2006.
- Arenas Monsalve, G., *El Derecho Colombiano de la Seguridad Social*, Segunda Edición, Cuarta reimpresión, Bogotá, LEGIS, 2008.
- Barona Betancourt, R., *Primacía de la Realidad en el Sector de la Salud*, Librería Ediciones del Profesional, Bogotá, 2012.
- Bautista, J. D., *Derecho y Economía de la Salud en Colombia*, Bogotá, Librería Ediciones del Profesional Ltda., 2009.
- Bernal Pulido, C., *El Derecho de los Derechos. Escritos sobre la aplicación de los Derechos Fundamentales*, Cuarta Edición, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007.
- De Roux, C. V. y Ramírez J., J. C. (Editores), *Derechos económicos, sociales y culturales, política pública y justiciabilidad*, CEPAL, Bogotá, 2004.
- García-Pelayo, M., “Derecho constitucional comparado”, *Revista de Occidente*, Madrid, 1951.
- Gutiérrez C., L. H., *El derecho a la salud*, Señal Editora, Bogotá, 2000.
- Jiménez De La Jara, J. (Editor), *Chile: Sistema de salud en transición a la democracia*, Ministerio de Salud, Editorial Atena, Santiago de Chile, 1991.
- Paredes Hernández, N., *Derecho a la salud: su situación en Colombia*, Centro de Investigación y Educación Superior, GTZ, Bogotá, 2003.
- Parra Vera, O., *El derecho a la salud en la Constitución, la jurisprudencia y los instrumentos internacionales*, Defensoría del Pueblo, Bogotá, 2003.
- Pinzón Camargo, M. A., *Acceso a medicamentos y patentes, un conflicto de derechos y una propuesta alternativa para su conciliación: una visión desde la nueva economía institucional*, Bogotá, Tesis de Maestría, Universidad Externado de Colombia, 2009.
- Prieto Sanchís, L., *Estudios sobre derechos*, Madrid, Debate, 1990.
- Quintero Mosquera, D. P., *La eficacia del derecho a la salud de los grupos vulnerables en Colombia a partir de la expedición de Ley 100 de 1993*, Bogotá, Tesis de grado doctoral, Doctorado en Derecho, Universidad Externado de Colombia, 2009.
- Rengifo Ordóñez, J. M., *La Seguridad Social en Colombia*, Bogotá, Editorial Temis, 1974.

- Rojas Arreola, G., *et. al.*, *Seguridad Social en México: Presente y futuro en Simposio, Temas selectos de Salud y Derecho*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2002.
- Samper Rodríguez, G., *La Seguridad Social en Colombia*, Bogotá, Colombo Editores, 1996.
- Vélez Arango, A. L., *et. al.*, *La protección del derecho a la salud y la acción de tutela*, Caso de estudio, Universidad de Manizales, 2009.

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos y la protección de los derechos humanos laborales, por Miguel Canessa Montejo

Una reseña

Para acercarse a la obra: el autor, el método y los contenidos

Conocí a Miguel Canessa (Lima, 1966) en el enero de 2009, durante la gestación de lo que fue la primera edición de la Maestría en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Desde entonces he ido comprobando las que, entonces, eran excelentes referencias que le antecedían: un profesor instalado en La Haya, Holanda, que volvía a su *alma mater* ya como docente consolidado. Varias decenas de sus estudiantes han manifestado su satisfacción con la vocación investigadora y docente del profesor Canessa.

Esa vocación por la investigación se comprueba con la producción académica de Miguel Canessa, que es reconocida en varios países de Iberoamérica. En particular, me resulta bastante interesante pues en ella se hace patente su formación jurídica (que ha alcanzado el más alto nivel al graduarse como Doctor en Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid), que se complementa con una sólida formación como sociólogo. Sin duda, esto caracteriza el prisma particular con el que aborda al tema del trabajo como objeto de estudio. Desde mi punto de vista, aquello le otorga una visión más completa del fenómeno del trabajo, ya que el enfoque jurídico no es definitivo para comprender a las relaciones de trabajo.

La producción bibliográfica del profesor Canessa es fundamentalmente jurídica y da cuenta de una línea comprometida con la visión internacionalista del Derecho del Trabajo. *La protección internacional de los derechos humanos laborales* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2008); *Los Derechos*

Humanos Laborales en el seno de la Organización Internacional del Trabajo (Lima: Plades, 2007); *Las violaciones a la libertad sindical en el Perú (1980-2002): pronunciamientos de los órganos de control de la OIT* (Lima: Cedal, 2003) son algunas de las publicaciones que marcan una línea de trabajo a una visión comprometida con la tutela de la libertad en el mundo laboral a través de preceptos que consagran a derechos humanos laborales junto con cláusulas sociales de acuerdos comerciales.

Además de impartir clases en materias vinculadas a su especialización dentro de la maestría de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Pontificia Universidad Católica del Perú, el profesor Canessa es profesor visitante en varias importantes escuelas de Derecho del Trabajo de Iberoamérica. Asimismo, es miembro de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, entre otras afiliaciones relevantes en las que participa destacadamente.

A su producción bibliográfica, ya vasta, se viene a añadir esta nueva vuelta al tema de los derechos humanos laborales, objeto de estudio para Miguel Canessa desde hace varios años. Así, en “El Sistema Interamericano de Derechos Humanos y la protección de los derechos humanos laborales”, se amplía su análisis sobre esta materia, proponiendo una mirada americana a través del estudio de los instrumentos internacionales regionales y de los órganos por ellos creados, junto con sus respectivos procedimientos, para pasar al corazón de la obra: una revisión de algunos de los pronunciamientos tutelares emitidos sobre derechos humanos laborales dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Con ese cometido, el investigador hace uso de cincuenta y un (51) Informes anuales y especiales de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y cuarenta y dos (42) opiniones consultivas o sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Estas fuentes pertenecen, fundamentalmente, a la última década, salvo – claro está – aquellas cuyo valor ha quedado sentado pese al paso de los años. Todo esto, junto con una adecuada plataforma bibliográfica, conforma un adecuado marco de referencia para las pretensiones del libro.

La obra que reseñamos está dividida en tres capítulos: se parte por la explicación de los derechos humanos laborales en los instrumentos interamericanos para luego arribar a una explicación de los procedimientos de control interamericanos. Finalmente, se pasa revista de pronunciamientos que en materia laboral han sido emitidos por la Comisión Interamericana y la Corte Interamericana, seleccionados de acuerdo con las temáticas laborales siguientes: desaparición forzada de sindicalistas, prohibición de la discriminación laboral, libertad de asociación y libertad sindical, protección contra el despido, debido

proceso laboral, seguridad social, libertad de trabajo y prohibición del trabajo forzoso, prohibición del trabajo infantil. Claro está, estos temas se abordan de acuerdo con el órgano emisor de los pronunciamientos: en primer lugar los de la Comisión Interamericana y luego los de la Corte Interamericana.

Al final del libro se incluye una reflexión final, que a modo de síntesis, expone la posición del autor sobre la pragmática del Sistema Interamericano de Derechos Humanos con respecto a los derechos humanos laborales: estos casos (nos dice el autor) representarían una transición hacia un nuevo estado del Derecho Internacional del Trabajo.

Los derechos humanos laborales en los instrumentos más importantes del Sistema Interamericano

Desde el inicio de la lectura queda claro que el autor busca poner en relieve el hecho de que el Sistema Interamericano de Derechos Humanos – que ha alcanzado un riquísimo desarrollo, muchas veces pionero dentro del Derecho Internacional – posee una relación de complementariedad con el sistema de protección de la OIT, lo que otorga más herramientas para la protección de los derechos que reciben esa alta consideración dentro del sistema internacional de derechos.

Para cumplir con su propósito, el autor pasa revista de los instrumentos internacionales más importantes que componen dicho sistema. Entre ellas: la *Carta Americana de Garantías Sociales*, que sirve como instrumento que guía la hermenéutica de los procedimientos de control del Sistema Interamericano; la *Carta de la Organización de los Estados Americanos*, que revela la alta consideración de los derechos laborales dentro del espacio regional; y la *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*, cuyo valor preceptivo ha sido sentado mediante pronunciamientos de la Corte Internacional de Derechos Humanos y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Es especial, dos instrumentos captan la atención el autor, debido a su importancia dentro del Sistema estudiado:

- La *Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969)*, formalmente un tratado internacional, contempla reglas de aplicación de los derechos humanos laborales de acuerdo con dos tipos de obligaciones para los Estados nacionales: o bien se adapta la regulación laboral (derogando, modificando o generando nueva normativa) para alcanzar el marco de obligaciones expresamente recogidas como derechos en la CADH,²⁶² o

²⁶² Aquí cabe destacar la alta coincidencia entre los derechos expresamente regulados en la CADH y los principios y derechos fundamentales de la OIT, aprobada casi tres

bien se aplica una regla de progresividad para los derechos sociales contemplados en la Convención, bajo el entendimiento de que tal progresividad posee un contenido delimitado en pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que aseguran su exigibilidad.

- El *Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador"* (1988), resultado del afán de cubrir las carencias de la Convención de 1969 en materia de derechos económicos, sociales y culturales. No se trata, como a veces suele confundirse, de un instrumento que exclusivamente versa sobre este tipo de derechos; en rigor se trata de un instrumento cuya interdependencia con los derechos civiles y políticos complementa al Sistema Interamericano.

Hay un componente interesante en la aplicación del Protocolo por los Estados nacionales que supera al de la precedente Convención de 1969, que podríamos resumir como la prohibición de la discriminación de dentro de la normativa. Así, se prohíbe a la nueva normativa y a la existente que puedan vulnerar o ya vulneren el mandato de no discriminación.

Una apreciación crítica que vale la pena anotar aquí tiene que ver con el ámbito que, dentro de la obra, se reconoce a los mecanismos de garantía de los derechos. Y es que, como ocurre muchas veces, se piensa en la vía jurisdiccional como única forma de hacer efectivos los derechos humanos laborales dentro del Derecho Interno. Lejos de esa visión, encontramos que el ámbito de la *justiciabilidad* no abarca exclusivamente a todos los mecanismos de garantía que pueden existir dentro de un Estado Constitucional y Democrático de Derecho para lograr que los derechos subjetivos sean efectivamente ejercidos o puedan serlo a decisión de sus titulares. Así, existen otros mecanismos de garantía de los derechos laborales, cuya existencia no debe soslayarse por el hecho de que la jurisdicción ocupe un muy importante lugar dentro de este panorama *procesal*. El acceso a la justicia laboral es, para nosotros, un término más feliz pues deliberadamente admite a otras vías distintas de la judicatura (administrativas, cuasi-jurisdiccionales y otras) que bien pueden garantizar, para estos efectos, la eficacia de los derechos humanos laborales.

Los mecanismos de garantía de derechos humanos laborales en el Sistema Interamericano y sus procedimientos

La vigencia de los derechos humanos laborales dentro del espacio Interamericano se defienden a través de mecanismos de garantía previstos

décadas después.

en los propios instrumentos revisados: el *sistema de reportes*, el *sistema de peticiones* y los *contenciosos llevados ante la Corte Interamericana*. En esta parte el estudio del profesor Canessa sugiere un repaso de las líneas generales de dinámica y utilidad de cada uno de estos ámbitos procesales.

En el primer caso, el sistema de reportes funciona a partir de los mecanismos de seguimiento periódico del cumplimiento de los instrumentos. En su caso, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos recibe la información que los diferentes sistemas de reporte le proporcionan, utilizando ese insumo en la elaboración de Informes anuales y especiales que permiten evidenciar la situación de los derechos humanos.

Luego, el sistema de peticiones, que consiste en la denuncia por la violación de alguno de los siguientes contenidos temáticos (solamente consideramos los que tienen en común al hilo conductor de los temas laborales): i) algún derecho laboral contenido en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; ii) algún derecho de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; iii) de la libertad sindical; iv) la violencia contra la mujer (por ejemplo, el hostigamiento sexual en el trabajo).

Dentro del sistema de peticiones, un espacio propio lo ocupan aquellas relacionadas con la libertad sindical (un eje transversal en los primeros tres puntos mencionados). En este punto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos cumple una función cuasi-jurisdiccional al recibir peticiones dentro de una secuencia procedimental reglada preclusivamente y que conduce desde la presentación de una denuncia hasta la obtención de una resolución sobre el caso, siempre dentro de la aplicación de reglas particulares para cada tipo de mecanismo. La resolución, que es producto de la votación de sus miembros sobre un asunto debatido, recae en un Informe del fondo, que contiene recomendaciones cuya atención es obligatoria para los Estados, aunque no se generaría responsabilidad internacional de no cumplir con levantar o implementar las observaciones planteadas.

Finalmente, los asuntos contenciosos también forman parte del Sistema Interamericano. Una vez agotado el sistema de peticiones, la Corte Interamericana ve activada su competencia cuando el Estado haya incumplido con las recomendaciones emitidas por la Comisión Interamericana (salvo voto mayoritario en contra de sus miembros). Al cabo de un procedimiento con etapa escrita y etapa oral, se emite una sentencia motivada cuya ejecución es supervisada por la propia Corte.

Pronunciamientos, opiniones consultivas y jurisprudencia recopilada

Finalmente, el libro pasa a la parte que el autor declara como “sustancial” para su estudio (p. 107): los pronunciamientos emitidos para la protección de los derechos humanos laborales por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Comité Interamericano de Derechos Humanos.

Esta es una parte que representa a los más representativos casos regionales en los que los órganos mencionados emiten informes (Comisión Interamericana), resuelven casos o emiten una opinión consultiva (Corte Interamericana) atendiendo a sus respectivas competencias. Pasaremos revista de algunos de los ejes temáticos que encontramos más relevantes.

Es pertinente el orden en el cual se han expuesto los precedentes, que plantea de entrada los casos más graves, que lamentablemente han estado presentes en América Latina: la *desaparición forzada de sindicalistas* ocupa el primer lugar y se presentan casos en los cuales la Comisión ha encontrado responsabilidad en los Estados, sea por la falta de prevención frente a amenazas ciertas a dirigentes sindicales, o el incumplimiento de la obligación de investigar o incluso por la comisión directa de los hechos imputados.

Por el lado de la Corte, la obra expone la línea jurisprudencial que se observa sobre la desaparición de dirigentes sindicales, afirmando la interconexión en el concurso de derechos humanos afectados: a la vida, a la libertad personal, a las garantías judiciales y la libertad sindical.

En cuanto a los casos de *trabajo forzoso* en los que la Corte se ha pronunciado, cabe resaltar que se trata de formas de contravención de la libertad de trabajo en las que el sujeto activo de dicha vulneración es el propio Estado. Sin duda, resultaría enriquecedor que esta vía para sea activada también para la denuncia contra aquellos Estados que no garanticen una lucha efectiva contra el trabajo forzoso, ya que hoy en día la mayor parte de este tipo de casos se producen dentro de relaciones laborales de tipo privado, en la que empresas irresponsables afectan en forma flagrante a la libertad de trabajo.

Una observación similar a lo anterior ocurre en cuanto a la *prohibición del trabajo infantil*. En efecto, el caso que la Corte ha analizado (y que nos expone el autor) se caracteriza por tener como agente activo de la vulneración a un Estado, sobre el que recayó una recomendación que se basó en el Convenio núm. 182 de la OIT sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil.

Quizá en estos dos puntos (trabajo infantil y trabajo forzoso) el lector informado sobre cómo se desenvuelven estas problemáticas en el mundo del trabajo de hoy encuentre alguna desilusión, aunque sin duda ello no se

deberá a una omisión por parte del autor del libro, sino a que, lamentablemente, la Comisión aún no ha recibido denuncias sobre la falta de acción (o, en todo caso, acción insuficiente) de un Estado de la región frente a esta problemática.

En cuanto a la prohibición de la *discriminación de la discriminación laboral*, cabe indicar que la Comisión ha abordado temas como la discriminación racial, enfocándose en la responsabilidad estatal de vigilar la vigencia del mandato de no discriminación en las relaciones privadas. El profesor Canessa también ha reseñado en su estudio un caso de discriminación por nacionalidad, en el que un Estado acogió la recomendación que hizo la Comisión para garantizar el derecho a la igualdad material.

Por su parte, la recopilación guarda un extenso análisis sobre un pronunciamiento de la Corte sobre discriminación por motivo de nacionalidad (Opinión consultiva OC-18/03, sobre la condición jurídica y derechos de los migrantes mexicanos indocumentados en los Estados Unidos de Norteamérica). En dicha opinión, resalta la posición de la Corte sobre el alcance de las normas de *jus cogens* en el derecho internacional general (vale decir, forma parte de su componente imperativo), incluyendo dentro de su ámbito al principio de no discriminación en forma integral.

Con respecto a la *libertad sindical*, el autor expone una posición crítica a la Conclusión de la Comisión sobre la supuesta independencia del derecho de huelga con respecto al contenido esencia del derecho de la libertad de asociación. Claramente esto es un error de la Comisión – en parte, quizá sea atribuible a los problemas de aplicación de una que, a criterio de quien escribe, va quedando desfasada, como es la Teoría del contenido esencial de los derechos fundamentales – que, se espera, pueda subsanarse en un futuro próximo para que exista coincidencia con la línea marcada por el Comité de Libertad Sindical de la OIT.

Luis Mendoza Legoas*

* Abogado laboralista, asesor de la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (SUNAFIL) y miembro de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Tiempo de trabajo y permisos del trabajador por motivos personales y sindicales, por Carolina Blasco Jover

Una reseña

Como es bien sabido por todos, el contrato de trabajo se configura como un negocio jurídico de tracto sucesivo en cuyo desarrollo no es nada inusual que puedan tener lugar situaciones o vicisitudes que impidan el ejercicio de las prestaciones básicas vinculadas al mismo, a saber, la prestación de servicios por parte del trabajador y el abono del salario por parte del empresario. En estos casos y frente a la regla general prevista por el Derecho común, según la cual, la parte que sufre el incumplimiento quedaría exonerada de cumplir con su correspondiente obligación, pudiendo, incluso, optar por la resolución del vínculo contractual, el ordenamiento laboral apuesta por la estabilidad en el empleo del trabajador y, por ende, por la continuidad de la relación jurídico-laboral.

Una de esas vicisitudes es, precisamente, la interrupción de la prestación laboral. En efecto, con dicha institución típicamente laboral se está haciendo alusión a determinadas ausencias del trabajador que, obvio es decirlo, van a producir una cesación en la prestación de servicios por un período de tiempo más o menos breve y durante las cuales, por lo general, se mantendrá el derecho que ostenta el trabajador a percibir el salario. Es decir, a diferencia de lo que sucede con otra clase de ausencias del trabajador – señaladamente, con la suspensión contractual o las excedencias –, en este tipo de licencias, durante el período de inactividad laboral el empresario no quedará liberado de su deber de remunerar el trabajo, constituyendo así una excepción manifiesta del principio de sinalgmaticidad de las obligaciones contractuales.

Al análisis de algunas de estas interrupciones no periódicas de la prestación laboral, en particular, de aquellas que tienen su razón de ser en el ejercicio de funciones sindicales o de representación y de aquellas

denominadas por la autora como “no parentales”, al ser ajenas al hecho del nacimiento, adopción o acogimiento del hijo, se dedica precisamente el libro objeto de la presente reseña, rubricado *Tiempo de trabajo y permisos del trabajador por motivos personales y sindicales* y cuya autoría corresponde a la profesora Carolina Blasco Jover.

Antes de adentrarnos con mayor detalle en la estructura y contenidos del libro que se presenta y habida cuenta de que no es posible en estas breves páginas dar cuenta de todos los excelentes análisis que esta gran obra ha llevado a cabo, si quisiera manifestar desde este momento y como valoración general que en mi opinión el lector tiene en sus manos una obra científica de gran relevancia cuya lectura enriquecerá al teórico que se aproxima a este tema de estudio, pero también, lo que le confiere un valor añadido, su consulta constituirá una herramienta muy útil para aquellos profesionales del Derecho laboral que en el día a día han de prestar asesoramiento jurídico en un ámbito en el que la regulación legal adolece, en no pocas ocasiones, de una excesiva ambigüedad.

Ese doble interés – teórico y práctico – que la Dra. Blasco Jover logra aunar con el presente libro se explica en múltiples factores. Sin pretensiones de exhaustividad, es de destacar, para empezar, la rigurosa metodología jurídica empleada en la investigación, mostrando un excelente manejo de las fuentes y, especialmente, una gran destreza a la hora de conjugar a la perfección el análisis del dato normativo, como elemento básico y esencial, con las decisiones judiciales que interpretan la norma. En segundo lugar, es importante significar la profundidad y exhaustividad de las cuestiones tratadas. La autora examina los diversos problemas prácticos que encierra la vigente regulación jurídica de los permisos objeto de estudio, efectuando las oportunas valoraciones críticas y aportando propuestas de reforma sin duda sugerentes. Por último, la riqueza del análisis se complementa con una claridad expositiva y capacidad de síntesis que facilitan enormemente la lectura y convierten en sencillo para el lector el orientarse dentro de los contenidos que integran el libro.

De acuerdo con la estructura que preside la presente monografía y tras una primera parte introductoria compuesta por una serie de consideraciones generales enfocadas a la correcta delimitación del objeto de estudio, la obra se divide en dos grandes bloques o partes, el primero, referido al estudio de las licencias que afectan a la esfera personal del trabajador; y, el segundo, relativo a los permisos conferidos por motivos sindicales y de representación.

Comenzando por la primera de las partes anunciadas, que se corresponde con el Capítulo II de la obra, la investigación se centra en un análisis

riguroso y pormenorizado del régimen jurídico de aquellos permisos presentes en el sistema laboral español destinados a dar cobertura a determinadas circunstancias personales cuya atención provocará la ausencia del trabajador de su puesto de trabajo. Ahora bien, a efectos metodológicos, la Dra. Blasco Jover optará, con muy buen criterio, a mi juicio, por diferenciar dentro de esta primera gran familia de permisos entre tres categorías distintas: primero, los que están previstos para atender deberes o necesidades de carácter privado – matrimonio; fallecimiento, accidente o enfermedad grave, hospitalización o intervención quirúrgica sin hospitalización que precise reposo domiciliario; traslado del domicilio habitual; y, desplazamiento del trabajador –. Segundo, los destinados a atender deberes de naturaleza pública. Y, tercero, los relativos a satisfacer inquietudes formativas – permiso para concurrir a exámenes y permiso individual de formación –.

A lo largo de este primer capítulo la autora complementa el análisis exhaustivo de los preceptos legales básicos encargados de disciplinar tales licencias – señaladamente, de los arts. 23, 37.3 y 40.4 del Estatuto de los Trabajadores – con el igualmente brillante estudio de la interpretación dada por los Tribunales a los principales aspectos polémicos que suscita la ordenación concreta de cada permiso. Y todo ello, con la incorporación, a modo ejemplificativo, de la regulación convencional, tan relevante en esta materia de cara a complementar lo previsto por la ley. Así pues y sin necesidad de entrar en el caso concreto, en este primer Capítulo el lector se encontrará con un tratamiento riguroso y crítico de los principales elementos que conforman el régimen jurídico de las licencias antedichas: ámbito subjetivo y objetivo de los permisos; condiciones en que debe producirse su ejercicio; y, en fin, finalidad y caracteres de cada uno de ellos; añadiendo, al hilo del discurso, reflexiones sin duda interesantes respecto a los principales elementos controvertidos y las soluciones arbitradas por la doctrina, tanto judicial como científica.

Tras el análisis antedicho, la citada primera parte concluye con una serie de valiosos juicios efectuados por la autora con los que se resuelven diversas cuestiones problemáticas, esta vez, comunes a todas aquellas interrupciones. En particular, son del máximo interés teórico y práctico las argumentaciones que lleva a cabo la Dra. Blasco Jover en punto a la cuantía retributiva que deba percibirse durante el tiempo de ausencia y respecto a las consecuencias que se derivan del incumplimiento de los requisitos formales – preaviso y justificación – propios de este tipo de permisos. El Capítulo se cierra con una valoración global sobre la contribución de esta tipología de permisos a la protección de la esfera más íntima del trabajador. Valoración final en la que la autora, aun

reconociendo los aspectos positivos del vigente marco normativo, evidencia con ejemplos concretos como la regulación actual se muestra en ocasiones insuficiente, razón por la cual, reclama la puesta en marcha de medidas legislativas mediante las que remodelar tales permisos para ajustarlos a la realidad sociológica y necesidades actuales y, de este modo, favorecer con mayor intensidad la posición del trabajador en cuanto persona, ciudadano o miembro de una unidad familiar.

La segunda parte de la obra, contenida en el Capítulo III del libro, se destina a los permisos que se confieren por causas sindicales y de representación. El capítulo se inicia con una cuestión previa pero fundamental como es el encuadramiento jurídico de este tipo de permisos o, lo que es lo mismo, la autora se cuestiona si en atención a su objeto resulta desafortunada la inclusión de estas licencias en el entramado del art. 37.3 del Estatuto de los Trabajadores. Interrogante que, dependiendo del caso concreto, no será fácil ofrecer una respuesta unívoca, como ocurre precisamente con el crédito horario, respecto al cual la doctrina se muestra dividida entre quienes lo consideran un permiso *sui generis* y quienes defienden que se trata de una figura jurídica con autonomía y sustantividad propia, excluida, por tanto, del art. 37.3 letra e) Estatuto de los Trabajadores.

Tras esta idea preliminar, el análisis propuesto se centra tres categorías de permisos: en primer lugar, y al que se dedica una mayor atención por su importancia y por los múltiples aspectos polémicos asociados al mismo, se situaría el ya aludido crédito horario sindical previsto en el art. 68 del Estatuto de los Trabajadores. Especialmente destacadas son las reflexiones referidas, en general, a la titularidad del permiso. En este sentido, como es una constante a lo largo de toda la obra, la autora va abordando de forma exhaustiva y con un sólido apoyo doctrinal y jurisprudencial las cuestiones atinentes a la extensión de las garantías del art. 68 ET a los delegados sindicales y, de ser así, las diferencias que existen respecto a su tutela procesal en caso de vulneración de las mismas; a la posibilidad de duplicidad del número de horas destinadas a tal finalidad cuando se da la circunstancia de que en el mismo sujeto coinciden varias funciones de representación; a la siempre controvertida opción de acumular o concentrar las horas liberadas en una única persona o varias; o, por citar un ejemplo más, a la incidencia que tiene en la posibilidad de ceder el crédito horario el hecho de que la relación laboral se encuentre interrumpida o suspendida.

Son asimismo muy ilustrativas las páginas dedicadas al estudio de cuándo, de qué modo y en qué lugar hacer uso del crédito horario sindical. No menos relevantes son las alusiones efectuadas por la Dra. Blasco Jover en

punto a la garantía de indemnidad retributiva, también denominada “principio de omniequivalencia retributiva”, consagrada por el Tribunal Constitucional. La autora, sobre la base de las resoluciones emitidas por el Alto Tribunal así como de la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo, afronta uno de los principales aspectos conflictivos, sino el mayor, que se suscita en este ámbito, esto es, qué concretos conceptos retributivos han de ser abonados para respetar el mencionado derecho a la indemnidad económica. Finaliza el análisis del crédito horario con los requisitos formales para su utilización y las consecuencias que se derivan de un uso abusivo de esta figura. Aspectos ambos sobre los que la doctrina de los Tribunales ha tenido un papel determinante, como bien indica la autora, propiciando que exista actualmente una interpretación laxa de las exigencias de preaviso y justificación y que las facultades disciplinarias del empresario en casos de uso inadecuado del crédito horario sean muy limitadas.

Junto al crédito horario, es igualmente reseñable el estudio que esta obra ofrece acerca del permiso para negociar convenios colectivos que se concede a los representantes sindicales que participen en las comisiones negociadoras *ex* art. 9.2 de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical. La extensión de la titularidad del permiso a la representación unitaria, su virtualidad en el ámbito de la función pública y la necesidad, para disfrutar de este beneficio, de que se mantenga la vinculación como trabajador en activo en la empresa, son sólo algunos de los aspectos cuyo tratamiento el lector podrá encontrar en esta parte de la monografía presentada.

Para terminar, la autora fija su atención en dos cuestiones distintas. En la primera de ellas, da buena cuenta de las peculiaridades existentes en relación a los delegados de prevención y, especialmente, a las denominadas en el epígrafe 4 del Capítulo III como “ausencias”, es decir, a ciertas actividades que la propia norma legal detrae específicamente del crédito horario del que disponen aquéllos para llevar a cabo sus funciones. Del máximo interés es la reflexión de la autora sobre la oportunidad de plantearse si no sería conveniente conceder al delegado de prevención un crédito de horas específico para llevar a cabo las tareas preventivas de una manera eficaz y eficiente. En la segunda, en cambio, la Dra. Blasco Jover se detendrá con el mismo rigor científico que ha demostrado a lo largo de todo el libro en una serie de derechos atribuidos a los trabajadores que ostenten cargos electivos en las organizaciones sindicales. Concretamente, se analizará el régimen jurídico – titularidad y condiciones de disfrute – del permiso no retribuido contenido en el art. 9.1 letra a) de la Ley orgánica de Libertad Sindical y del derecho a situarse en excedencia mientras dure

el ejercicio del cargo representativo, tal y como aparece configurado en el art. 9.1 letra b) de la citada Ley y en el art. 46.4 del Estatuto de los Trabajadores.

En fin, Carolina Blasco Jover confirma con este nuevo libro su amplio conocimiento de la materia en cuestión y su lectura, así lo entiendo, enriquecerá enormemente a los estudiosos del Derecho laboral, a la par que resultará de gran utilidad práctica para los distintos profesionales encargados de la aplicación efectiva del mismo.

Francisco Ramos Moragues*

* Prof. Contratado Doctor. Universidad de Extremadura (España), Dpto. Derecho Privado. Área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Los prestadores de servicios de salud, por Ricardo Barona Betancourt

Una reseña

El libro *Los Prestadores de Servicios de Salud* inicia analizando el derecho a la salud a partir de la visión de la Organización Mundial de la Salud, que obliga a los gobiernos a crear las condiciones que permitan a todas las personas vivir lo más saludablemente posible. Pero, esas condiciones incluyen la disponibilidad garantizada de servicios de salud, condiciones de trabajo saludables y seguras, vivienda adecuada, alimentos nutritivos y una atención sanitaria oportuna, aceptable, asequible y de calidad satisfactoria. Igualmente, el derecho a la salud no debe entenderse como el derecho a estar sano.

Adicionalmente, recoge la definición de la Corte Constitucional Colombiana que ha manifestado que el derecho a la salud es la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como en el plano de la operatividad mental, y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser. Implica, por tanto, una acción de conservación y otra de restablecimiento.

Igualmente, utiliza la legislación que señala que le corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad.

Con estas nociones y premisas preliminares, el autor desarrolla el cuerpo de la obra, así:

El Capítulo I, versa sobre el marco conceptual del derecho a la salud, siendo creado este Capítulo para precisar los conceptos empleados a lo largo de los demás títulos de la obra.

Posterior a este, ya en el Capítulo II, los lectores encuentran las normas internacionales que regulan el derecho a la salud, encontrando a su vez,

los mecanismos universales, regionales e internacionales (España, Argentina, Perú, México, Ecuador, Chile y Uruguay).

Por último, en el Capítulo III se analizan los Prestadores de Servicios de Salud, es decir, se revisan las normas que deben cumplir las instituciones prestadoras de servicios de salud, los grupo de práctica profesional y los profesionales independientes de salud, cuando presenten servicios de salud.

Así mismo, el autor analiza la ley 1751 de 2015 o Ley Estatutaria en Salud, que regule el derecho fundamental de la salud de la siguiente forma:

- a) Es un derecho autónomo e irrenunciable en lo individual y en lo colectivo.
- b) Comprende el acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud.
- c) El Estado adoptará políticas para asegurar la igualdad de trato y oportunidades en el acceso a las actividades de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación para todas las personas.
- d) De conformidad con el artículo 49 de la Constitución Política, su prestación como servicio público esencial obligatorio, se ejecuta bajo la indelegable dirección, supervisión, organización, regulación, coordinación y control del Estado.

Finalmente, el autor reviso el pronunciamiento de la Corte Constitucional sobre la exigibilidad de la Ley Estatutaria en Salud, que señaló:

- a) En cuanto a la naturaleza y contenido del derecho fundamental a la salud, los elementos incluidos por el legislador al momento de caracterizar el derecho a la salud no tienen reparo, advirtiéndose que el acceso a la salud con miras a la promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación, recuperación y paliación implica también el acceso a las facilidades, establecimientos, bienes y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel de salud en consonancia la Observación 14 del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales.
- b) Avaló las características de irrenunciabilidad y autonomía del derecho, así como la titularidad de la garantía fundamental a la salud, no solo en cabeza de sujetos individuales, sino de sujetos colectivos.
- c) No tiene lugar una lectura según la cual, los recursos del sistema puedan ser definidos sin parámetros constitucionales, siendo inaceptable un adelgazamiento del volumen de recursos orientados a la garantía del derecho, pues ello implicaría un detrimento para su materialización.
- d) El Estado debe cumplir con los siguientes aspectos:
 - Abstenerse de afectar directa o indirectamente en el disfrute del derecho fundamental a la salud, de adoptar decisiones que lleven al deterioro de la

salud de la población y de realizar cualquier acción u omisión que pueda resultar en un daño en la salud de las personas.

- Formular y adoptar políticas de salud dirigidas a garantizar el goce efectivo del derecho en igualdad de trato y oportunidades para toda la población, asegurando para ello la coordinación armónica de las acciones de todos los agentes del Sistema.
- Formular y adoptar políticas que propendan por la promoción de la salud, prevención y atención de la enfermedad y rehabilitación de sus secuelas, mediante acciones colectivas e individuales.
- Establecer mecanismos para evitar la violación del derecho fundamental a la salud y determinar su régimen sancionatorio.
- Ejercer una adecuada inspección, vigilancia y control mediante un órgano y/o las entidades especializadas que se determinen para el efecto.
- Velar por el cumplimiento de los principios del derecho fundamental a la salud en todo el territorio nacional, según las necesidades de salud de la población.
- Realizar el seguimiento continuo de la evolución de las condiciones de salud de la población a lo largo del ciclo de vida de las personas.
- Realizar evaluaciones sobre los resultados de goce efectivo del derecho fundamental a la salud, en función de sus principios y sobre la forma como el Sistema avanza de manera razonable y progresiva en la garantía al derecho fundamental de salud.

Luz Carolina Llanos Zuluaga*

* Docente e Investigadora en Derecho Laboral y Seguridad Social de la Universidad San Buenaventura – Sede Bogotá.

Red Internacional de ADAPT



ADAPT es una Asociación italiana sin ánimo de lucro fundada por Marco Biagi en el año 2000 para promover, desde una perspectiva internacional y comparada, estudios e investigaciones en el campo del derecho del trabajo y las relaciones laborales con el fin de fomentar una nueva forma de “hacer universidad”. Estableciendo relaciones estables e intercambios entre centros de enseñanza superior, asociaciones civiles, fundaciones, instituciones, sindicatos y empresas. En colaboración con el DEAL – Centro de Estudios Internacionales y Comparados del Departamento de Economía Marco Biagi (Universidad de Módena y Reggio Emilia, Italia), ADAPT ha promovido la institución de una Escuela de Alta formación en Relaciones Laborales y de Trabajo, hoy acreditada a nivel internacional como centro de excelencia para la investigación, el estudio y la formación en el área de las relaciones laborales y el trabajo. Informaciones adicionales en el sitio www.adapt.it.

Para más informaciones sobre la Revista Electrónica y para presentar un artículo, envíe un correo a redaccion@adaptinternacional.it



ADAPTInternacional.it

Construyendo juntos el futuro del trabajo