

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DEL ESTADO DE MORELOS

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DIVISIÓN DE ESTUDIOS SUPERIORES DE POSGRADO

EFICACIA TRANSVERSAL DE LOS DERECHOS **FUNDAMENTALES EN LAS RELACIONES DE TRABAJO**

TESIS

PARA OBTENER EL GRADO DE MAESTRO EN DERECHO

PRESENTA LIC. DANIEL FABELA MÉNDEZ

DIRECTOR DE TESIS

DR. JUAN MANUEL GÓMEZ RODRÍGUEZ PROFESOR INVESTIGADOR DE TIEMPO COMPLETO

CUERNAVACA, MORELOS MAYO DEL 2019

RECONOCIMIENTO



ESTA TESIS FUE REALIZADA POR BECARIO NACIONAL CONACYT EN EL PROGRAMA EDUCATIVO DE MAESTRÍA EN DERECHO PNPC (002478)

Dedicatoria

Mi Padre me increpó hace no mucho tiempo -¿Sabes qué creo? Que te gusta demostrar que puedes hacer las cosas y que eres de lo mejor, después de eso, las formas y los documentos te importan poco.- A Daniel Fabela Monroy de quien leí en mi niñez que se encuentra satisfacción en el deber cumplido, por lo que hoy concluyo con esta etapa académica, agradeciendo el estar siempre presente con ejemplo, trabajo y amor. Aquí está "el papelito".

A mi madre, Rous Méndez Cabrera. Tu infinito amor me acompaña siempre bendiciendo mis pasos. A Gustavo Fabela Méndez, a quien deseo un recorrido de vida feliz y lleno de satisfacciones.

En el camino de esta vida encontré a una mujer maravillosa con quien he formado a mi familia. A Suemy Loza Trujillo, tu comprensión y amor a lo largo del posgrado fue de suma ayuda. Atrás quedaron las noches de desvelo con los libros, hoy en cambio, éstas se las debemos a nuestra pequeña. Te amo y me haces muy feliz, no lo olvides.

Las averías en el tiempo encuentran consuelo en la oportunidad de incluirte en estas líneas. A mi amor chiquito, María José, pues al llegar a mi vida, encuentro una justificación más para entender que ésta es un recorrido que presentará pruebas, que se puede andar, tropezar, caer, levantarse o correr; pero lo más importante de todo será nunca detenerse. Por ti, así será.

Agradecimientos

Este proyecto y posgrado pudo ser gracias a la confianza y enseñanzas de mi director de tesis, por ello, es pertinente demostrar gratitud al Dr. Juan Manuel Gómez Rodríguez. Que la vida le llene de recompensas.

De igual manera, infinitas gracias a la Dra. Gabriela Mendizabal Bermúdez, cuyo ejemplo, apertura y disposición para impulsar a sus estudiantes, la coloca en lugar especial en el posgrado de esta universidad. De ella me llevo las dos experiencias más gratas que pude obtener en este posgrado.

Valiosa también fue la colaboración de la academia chilena. Por ello, al Dr. Héctor Humeres Noguer (Universidad de Chile) Dr. José Luis Ugarte Cataldo (Universidad Diego Portales) Dr. Francisco Tapia Guerrero (Pontificia Universidad Católica de Chile) y Magistrada laboral Patricia Marcela Fuenzalida Martínez (Pontificia Universidad Católica de Chile) de quienes agradezco infinitamente todas y cada una de sus atenciones brindadas durante mi estancia en la ciudad de Santiago de Chile. Sin duda, sus opiniones y doctrina permitieron sustentar un modelo de eficacia transversal de los derechos fundamentales en las relaciones de trabajo.

Índice

Introducción	8
Capítulo Primero	
1 Los Derechos Humanos y los Derechos fundamentales	12
1.1 La dignidad como núcleo de los derechos humanos	13
1.2 Los Derechos Humanos y sus características	17
1.3 Concepción de los derechos fundamentales	
y la constitución.	25
1.4 El efecto horizontal de los derechos fundamentales	
y su vertiente transversal en las relaciones de trabajo.	33
1.5 Las relaciones de trabajo y su relación intrínseca	
con la protección de los derechos fundamentales	41
1.6 El trabajador como sujeto activo en la protección	
de los derechos fundamentales	49
1.7 Entidades patronales como sujetos activos en la	
protección de los derechos fundamentales.	53
1.8 Los derechos fundamentales del trabajo de acuerdo	
a la Organización Internacional del Trabajo	55
Capítulo Segundo	
2. Marco histórico de los derechos humanos relaciones laborales	
y los derechos fundamentales en el trabajo	66
2.1 evolución de los derechos humanos y sus generaciones	66
2.1.1 Generaciones de los derechos humanos	66
2.2 Desarrollo histórico de los Derechos Humanos en México	72
2.2.1 Constitución de 1857; el origen constitucional de los derechos	
del hombre	72

2.2.2 El constitucionalismo revolucionario	74
2.2.3 Crisis e institucionalización de los derechos humanos	
en las décadas contemporáneas en México	77
2.2.4 Reforma constitucional del 10 de junio de 2011	80
2.3 Evolución de las relaciones de trabajo: de la prohibición,	
la protección y su deconstrucción actual.	81
2.3.1 La prohibición	83
2.3.2 La época de la reglamentación	85
2.3.2.1 Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos	
fundamentales en el trabajo y su Seguimiento	91
2.3.2.2 Declaración de la Organización Internacional del Trabajo	
sobre la Justicia Social para una Globalización Equitativa.	95
2.3.3 Época contemporánea en el derecho del trabajo:	
La deconstrucción	97
2.3.3.1 Flexibilidad	99
2.3.3.2 Descentralización productiva	101
2.3.3.3 Deslocalización del empleo y las TIC´s	102
2.3.4 Emergencia de los derechos fundamentales y las relaciones	
Laborales	105
Capítulo Tercero	
3. Estudio Comparativo de la Tutela de Derechos fundamentales	
en las relaciones de trabajo, México – Chile	111
3.1 Marco Jurídico Nacional	113
3.1.1 Plano Constitucional	114
3.1.1.1Constitución Política de los Estados Unidos	
Mexicanos de 1917	116
3.1.1.2 Constitución Política de la República de Chile de 1980	118
3.1.2 Plano infraconstitucional	121
3.1.2.1 Ley Federal del Trabajo y Ley Federal para los Trabajadores	122

ai Servicio dei Estado	
3.1.2.2 Jurisprudencia mexicana	127
3.1.2.3 Código del Trabajo Chileno y Estatuto Administrativo,	
ley 18,834	134
3.1.2.4 Jurisprudencia Chilena	142
3.2 Mecanismos de protección de derechos fundamentales	147
3.2.1 Constitucionales	147
3.2.1.1 El Juicio de Amparo en México	147
3.2.1.2 El Recurso de protección en la República de Chile	152
3.2.2 Infraconstitucionales	156
3.2.2.1 Procedimientos de Inspección del Trabajo de la Secretaría	
del Trabajo y Previsión Social	156
3.2.2.2 Procedimientos laborales ante las Juntas de	
Conciliación y Arbitraje y los Tribunales laborales	157
3.2.2.3 Procedimientos de Inspección laboral de la	
Dirección del Trabajo	160
3.2.2.4 Procedimiento de Tutela Laboral ante Jueces de Letras	162
3.3 Análisis y conclusiones	165
Capítulo Cuarto	
4 fenomenología organizacional y jurídica de incidencia	
en derechos fundamentales y nuestro marco jurídico	171
4.1Derechos fundamentales específicos	171
4.2 Derechos fundamentales inespecíficos	173
4.3 La dirección empresarial y sus prácticas nocivas	175
a los derechos fundamentales	
4.3.1La descentralización de la relación de trabajo	176
4.3.1.1 Crisis de la negociación colectiva	181
4.3.1.2 Tutela judicial efectiva	183
4.3.1.3 Capacitación, seguridad e higiene	186

4.3.2 El Derecho de formación; nuevo paradigma de estabilidad	
en el empleo	188
4.3.3 Discriminación y acoso laboral	196
4.3.4 Privación de la Seguridad Social	201
4.4 La eficacia de la norma jurídica laboral	204
4.4.1 Principio de protección	206
4.4.2 Principio de Irrenunciabilidad	207
4.4.3 Principio de primacía de la realidad	209
4.4.4 Principio de Razonabilidad	210
4.5 Propuesta de reforma normativa para la eficacia	
de los derechos fundamentales en las relaciones de trabajo	212
4.5.1 La eficacia normativa laboral frente a actos previos a la	
relación de trabajo	213
4.5.2 La eficacia normativa laboral frente a actos con relación	
de trabajo vigente	214
4.5.3 Modificación de artículos constitucionales	215
4.5.4. Modificación de la Ley Federal del Trabajo	217
4.5.4.1 Articulado Sustantivo	217
4.5.4.2 Articulado Orgánico	219
4.5.4.3 Articulado Adjetivo	225
Conclusiones Generales	228
Bibliografía	232

Introducción

Hablar de Eficacia Transversal de los Derechos Fundamentales es atender uno de los requerimientos más importantes de los sistemas de impartición de justicia a nivel global. Es referirnos a los avances legislativos tendientes a construir los mecanismos adecuados de tutela jurisdiccional en favor de la justicia constitucional a nivel de los particulares, entre ellos, los centros de trabajo.

Al hablar de derechos fundamentales es importante concebir los aspectos que la doctrina refiere para la materialización de éstos; la validez y la eficacia. La primera de ellas es el reconocimiento e inserción de éstos en el derecho objetivo de un estado. Esta validez para poder aterrizar y existir materialmente hablando, requiere de la creación de la garantía para su protección, pues un derecho sin garantía es una promesa incumplida.

Así las cosas la garantía como mecanismo para la protección de un derecho, consiste en el mecanismo procesal que adecua la factibilidad de impartir justicia tratándose de los derechos reconocidos por los estados. Es ésta la base y objetivo al hablar de eficacia de los derechos fundamentales.

La transversalidad de los derechos fundamentales se enfoca al efecto que tienen estos en algunos tipos de relaciones de poder reconocidas por el derecho. Las relaciones de trabajo como vínculos particulares en donde uno de los contratantes, por la propia naturaleza del contrato, cede en su autonomía al someterse a la subordinación del otro; constituyen un ejemplo de esa transversalidad, es decir la paridad de las partes se inclina ante ese poder jurídico de mando, constituyendo así una distinción con las relaciones verticales propias de los órganos soberanos del estado.

Con ello la eficacia transversal de los derechos fundamentales en las relaciones de trabajo, evoca precisamente los aspectos procesales mediante los cuales se imparte justicia en los conflictos originados en el ejercicio de la relación de trabajo y su característica transversal de dominación. Es analizar de qué manera las garantías y mecanismos procesales de justicia tratan la solución de controversias

generadas por esa disparidad de condiciones, tutelando con ello la dignidad humana.

Por esta razón la presente investigación se enfoca en desarrollar cuatro capítulos tendientes a describir aspectos importantes para el arribo a la noción del estado actual de nuestros mecanismos jurisdiccionales frente a estos retos que impone la permanente tutela a la que está obligada toda autoridad tratándose de derechos humanos y sus especie fundamental.

El desarrollo del capítulo primero destaca el análisis de la dignidad como principio de todo derecho, la búsqueda de respeto al mínimo de integridad en la persona para que ésta se desenvuelva de manera libre. De dicho análisis se desprende que el principio de dignidad de todo derecho constituye el antecedente para la concepción de los derechos inalienables a la persona, como específicamente constituyen los derechos humanos.

Este capítulo analiza el paradigma de los derechos fundamentales y cómo su contenido debe de constituirse como principios para todo ordenamiento subsecuente. La fundamentalización del derecho constituye el reconocimiento positivista de los derechos del hombre destinados a regir los contenidos de las normas creadas por un estado y como la interpretación de éstos abarca la totalidad de las regulaciones. Se detalla a su vez cómo se constituye el efecto horizontal de estos derechos dentro de las relaciones jurídicas de coordinación de los particulares, cuya paridad se ve rebasada por aspectos fácticos, económicos o de competencia. En materia del trabajo, dicha circunstancias se traduce en una posición transversal ante las características propias del contrato de trabajo, donde la subordinación actúa como detonante para inclinar el nivel de la relación contractual para someter una voluntad sobre la otra bajo el auspicio de la propia ley.

Se concluye el capítulo aduciendo de qué manera los derechos fundamentales pueden ser vulnerados de mayor o menor medida por ambas partes de la relación laboral, no obstante de que la mayoría del riesgo es propiciado por el ejercicio del poder de mando recaído en la parte empleadora. De igual manera se aborda los

aspectos que el código de trabajo internacional prevé como aspectos y derechos fundamentales en el trabajo.

El capítulo segundo abarca un método histórico, enfocado a evidenciar el desarrollo de los conceptos de Derechos humanos, Derechos fundamentales laborales; así como el devenir histórico del derecho del trabajo hasta la emergencia de los derechos fundamentales frente a las nuevas tendencias que rigen los contratos de trabajo.

Se expone en este capítulo de qué manera fueron evolucionando las distintas generaciones de los derechos humanos en donde se advierte el fortalecimiento de los derechos económicos y sociales a los que pertenece nuestra materia. El origen mexicano del proceso de fundamentalización de cada uno de los derechos laborales se describe en este apartado con el propósito de advertir la intensión de constituirles en normas de contenido.

La descripción histórica se concluye con el análisis de las mutaciones que la reglamentación laboral ha sufrido con el paso del tiempo, el cambio de políticas públicas y económicas de los sistemas imperantes en las distintas épocas, hasta arribar a la época contemporánea en donde las instituciones tradicionales de protección, estabilidad y pertenencia a una fuente de empleo; se encuentran ante un notorio proceso de deconstrucción, cuya característica de individualizar al sujeto laboral, provoca la emergencia de la ciudadanía laboral y con ello la validez y necesaria eficacia de los derechos fundamentales al interior del centro de trabajo.

El tercer capítulo de esta tesis aborda el análisis de derecho comparado realizado entre los paradigmas jurídicos tanto de los Estados Unidos Mexicanos y la República de Chile; relacionados con el tratamiento de la eficacia transversal de los derechos fundamentales en el trabajo. Se enfoca en advertir los avances de uno y el rezago de otro en esta materia. Se analizan de las leyes fundamentales y su tratamiento de eficacia directa entre los particulares, así como los supuestos de validez de los derechos fundamentales entre éstos ante sus vinculaciones. A su vez se explica el tratamiento que en estos aspectos dotan, tanto las legislaciones laborales ordinarias así como la jurisprudencia, cuya fuente aunque difiere en

ambos países; constituye en ambos supuestos el parteaguas para el reconocimiento de la necesaria eficacia transversal de los derechos fundamentales.

Se concluye este apartado comparativo, mediante el análisis de la actuación de los órganos de fiscalización y jurisdiccionales de ambos países, notando el avance legislativo que las leyes chilenas 19,759 y 20,087 en cuanto hace a la dotación de una garantía *ad hoc* para la resolución de conflictos ya sea con relación laboral vigente o aquella concluida por motivos de vulneración de derechos fundamentales. El capítulo finaliza con un cruce de información que detalla de qué manera la influencia del derecho chileno puede servir de base para la adecuación de nuestros procedimientos y con ello dotar de eficacia a nuestras autoridades en cuanto a justicia en materia de derechos fundamentales.

Por último, la presente investigación finaliza con el cuatro capítulo que contiene un análisis de distintos fenómenos que en la actualidad se presentan en la materia y que concretizan menoscabo a derechos fundamentales de los trabajadores, ya sea en su aspecto específico laboral, como puede ser el derecho de formación; o bien en su naturaleza inespecífica como puede destacarse la saludo en su aspecto psicosocial como el generado por actos de acoso laboral.

Se continúa exponiendo como de estos fenómenos deviene la necesidad de analizar el actual escenario de la eficacia de la norma y sus principios para establecer qué supuestos deben de ser atendidos mediante modificación de legislación para hacer factible la eficacia transversal de los derechos fundamentales en las relaciones de trabajo, propiamente mediante la implementación de mejoras legislativas que importen la creación de mecanismos procesales adecuados para tutelar y resolver los derechos fundamentales que con la práctica laboral se pone en riesgo cotidianamente.

La presente investigación trasciende pues hemos de considerar que la validez de los derechos fundamentales depende de rendir resultados en la medida de que el estado asegure los mecanismos adecuados para la obtención de una tutela íntegra y con ello cumplir con la expectativa de eficacia que todo derecho fundamental debe sustentar.

Capítulo Primero

1 Los Derechos Humanos y los Derechos fundamentales

A manera de exordio al presente trabajo de investigación, debemos ubicarnos con claridad respecto de a qué nos referimos con el efecto transversal de los derechos fundamentales a partir de los principios que se persiguen con éste. Así debemos abordar conceptos básicos de derecho con el propósito de situarnos en el campo de estudio que se pretende abordar. Para ello, es importante considerar dichos principios tutelados por los derechos fundamentales a partir de la concepción del concepto de dignidad como fundamento de todo derecho.

Después de arribar a una concepción de él, corresponderá analizar lo referente a la definición de Derecho humano como elemento doctrinal de las prerrogativas que le acompañan a toda persona como limitante del poder público. Breves antecedentes, características y sobretodo como el pensamiento jurídico considera han evolucionado a partir de concepciones naturalistas hasta arribar a una positivización con el propósito de obtener una garantía que satisfaga su eficacia.

Al arribar a los derechos fundamentales, concebir a esos no solo como norma positiva, sino como principios rectores que marcan el camino del sistema jurídico en donde se desarrollen actualizándose como derechos públicos subjetivos que no solo limitan el poder de las entidades públicas, sino también frente a la noción de poder que nace en la época contemporánea gracias al auge de poderes privados producto de la economía globalizada que amenaza la mayoría de las veces la esfera jurídica del más débil.

En atención la imperante necesidad de adecuar la realidad con el derecho, la adopción de los derechos fundamentales en el ámbito del derecho del trabajo nos lleva a estudiar la declaración y principios establecidos por el organismo internacional especialista en la materia, así como su declaración de justicia social frente a la era de la globalización para con ello estar en condiciones de describir tanto los derechos específicos e inespecíficos del trabajo.

1.1 La dignidad como núcleo de los derechos humanos

El preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos plantea de modo ilustrativo la necesidad del reconocimiento del mínimo de prerrogativas que deben ser respetadas hacia los individuos a partir de parámetros de dignidad propiciados por la libertad, la justicia y la paz. Dicho planteamiento sienta las bases para considerar la existencia del más mínimo elemento para la constitución de núcleos sociales en donde se busque el enaltecimiento de la condición humana, con lo cual se busca dejar atrás atrocidades cometidas en perjuicio del ser humano. En ese sentido, resulta importante comprender que es el concepto de dignidad la justificación inmediata para el reconocimiento de las prerrogativas mencionadas. Dignidad, de acuerdo a lo establecido por el Diccionario de la Lengua Española, es la condición de digno significando todo aquello proporcionado al mérito o condición de algo¹, es decir, aquello adecuadamente aceptable para algo o alguien en atención a sus cualidades tomando este criterio como la más elevada aspiración humana.

Esa aspiración que refiero debe constituir la base a partir de la cual se origina toda creación jurídica. El Derecho a la dignidad concibe que:

La dignidad ha de permanecer inalterada cualquiera que sea la situación en la que la persona se encuentre (...), constituyendo en consecuencia un *mínimum* invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar, de modo que, sean unas u otras las limitaciones que se impongan para el disfrute de derechos individuales, no conlleven al menosprecio para la estima que, en cuanto ser humano merece la persona.²

A partir de la idea sobre la dignidad como fundamento del derecho, debe establecerse la descripción del medio para disfrutar dicha aspiración. La conversión de ese derecho inherente a la persona describe la existencia de los llamados

¹Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española en http://lema.rae.es/drae/?val=digno consultado el 30 de julio de 2014

² Diccionario jurídico El Derecho. 2ª ed. Madrid. El derecho y Quantor. 2009. p 438

derechos subjetivos siendo éstos toda facultad, pretensión o poder que tiene el individuo para reclamar algo de otros³. La existencia de dichos derechos subjetivos, pone de manifiesto concretamente la existencia titularidad de la meta para el trato digno; es decir constituyen dichos derechos los que encaminan al hombre a ser receptor del trato digno.

Nuestra Constitución política inserta características de condiciones de dignidad humana, cuando refiere la prohibición de cualquier forma de discriminación (último párrafo del artículo primero), la importancia de dicho principio en la autodeterminación de los pueblos indígenas (artículo segundo), los aspectos tendientes a fortalecer dentro de su función educativa (artículo tercero) así como una de las finalidades de la rectoría del estado como lo afirma en su cardinal 25 constitucional. En ese sentido; el papel que desempeña la dignidad como lineamiento para el estado en su quehacer político; encamina inferir que toda norma debe tener siempre presente el interés de preservar la condición de la dignidad humana, pues de este modo los ciudadanos se encuentra protegidos frente a las amenazas que tanto su propio estado pueden generar con respecto a la satisfacción de sus intereses más importantes.⁴

Recientemente la suprema corte de justicia de la nación ha desarrollado criterio jurisprudencial de rubro Dignidad humana. Constituye una norma jurídica que consagra un derecho fundamental a favor de las personas y no una simple declaración ética, dirigida a establecer un concepto de dignidad a manera de principio o derecho fundamental categóricamente dentro de nuestro sistema jurídico. Narra la primera sala de nuestro máximo órgano jurisdiccional que la dignidad debe de comprenderse más allá de una simple idea moral, sino como una verdadera base y condición para el disfrute de otros derechos superiores del individuo alejándola de una simple descripción ética de las cosas. Definiendo por dignidad a el interés inherente a toda persona, por el mero hecho de serlo, a ser

_

³ *Ibidem* p.577

⁴ R. Beitz Charles. *La idea de los derechos humanos*, Trad. Hugo Omar Seleme/a, Fatauros, Madrid, Marcial Pons, 2012, p. 16

tratada como tal y no como un objeto, a no ser humillada, degradada, envilecida o cosificada⁵.

Ahora bien, sobre el particular y enfocándonos en nuestro campo de estudio relativo al derecho que rige las relaciones de trabajo; la dignidad en lo que respecta a los vínculos laborales, se encuentra concebido de manera textual en el artículo 123 constitucional, al referir el derecho que tiene toda persona al desarrollar un trabajo digno y socialmente útil. Es así como la máxima de las aspiraciones humanas arriba de manera fundamental a regir el entorno de toda prestación de servicio personal subordinado.

Conducentemente, como parte de las reformas realizadas a nuestra Ley Federal del Trabajo en el año 2012, se adopta en su texto la condición de trabajo digno y decente como principio para el debido equilibrio de los factores de producción y el la justicia social⁶. Es entonces, el concepto de dignidad dentro de la legislación

⁵ Tesis: 1a. CCCLIV/2014 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Tomo I, Octubre de 2014, p. 602, Registro lus 2007731.

Se entiende por trabajo digno o decente aquél en el que se respeta plenamente la dignidad humana del trabajador; no existe discriminación por origen étnico o nacional, género, edad, discapacidad, condición social, condiciones de salud, religión, condición migratoria, opiniones, preferencias sexuales o estado civil; se tiene acceso a la seguridad social y se percibe un salario remunerador; se recibe capacitación continua para el incremento de la productividad con beneficios compartidos, y se cuenta con condiciones óptimas de seguridad e higiene para prevenir riesgos de trabajo.

El trabajo digno o decente también incluye el respeto irrestricto a los derechos colectivos de los trabajadores, tales como la libertad de asociación, autonomía, el derecho de huelga y de contratación colectiva.

⁶ El artículo 2 de la Ley Federal del Trabajo destaca que Las normas del trabajo tienden a conseguir el equilibrio entre los factores de la producción y la justicia social, así como propiciar el trabajo digno o decente en todas las relaciones laborales.

laboral la base para que se procure avenir cualquier condición que coloque en desventaja al individuo que desarrolla el trabajo personal subordinado. Trabajo Decente significa restablecer la condición digna del trabajador y enmarcar los derechos laborales como derecho humano⁷.

Es importante señalar que los términos de trabajo decente y trabajo digno que señala nuestra legislación laboral, no pueden interpretarse a manera de sinónimo. Recordamos que la dignidad es una aspiración humana, es la búsqueda por alcanzar un ideal de bienestar individual. Para llegar a la satisfacción que proporciona el trabajo digno, se debe de pasar por esa transición de contar con un conjunto de características en la labor que permitan arribar a la meta de la dignidad. Tenemos entonces que es por conducto del trabajo decente, con lo que se puede aspirar a ello. Por trabajo decente debe de entenderse como aquella actividad personal y subordinada que se ejerce con libertad de elección, con peno disfrute y acceso a la seguridad social que proteja tanto las contingencias profesionales como los de carácter general. Aquel que sostiene la posibilidad de asociarse libremente y de conducir dichos intereses colectivos sin presiones; aquel trabajo que permite llevar a cabo una conciliación entre la vida laboral y la familiar.8

La dignidad en el trabajo, entonces constituye la consecuencia del desarrollo y ejercicio de todas y cada una de las características del trabajo decente; es decir, éste constituye la vía para la actualización de la dignidad como principio rector del derecho del trabajo; por ende, al igual que los derechos humanos, la dignidad constituye punto central para el ejercicio y desarrollo de las relaciones laborales. Es

Se tutela la igualdad sustantiva o de hecho de trabajadores y trabajadoras frente al patrón.

⁷ Confederación Federal del Trabajo de la República de la Argentina. *Trabajo decente para una vida digna. Buenos Aires*. Organización Internacional del Trabajo, 2011, p.14 En http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-buenos_aires/documents/publication/wcms_bai_pub_130.pdf consultado el 16 de septiembre de 2014.

⁸ cfr. ídem

por eso que se afirma que la mejoría del entorno laboral mediante el empleo de valores éticos da origen a la necesidad de satisfacer derechos como el trato digno, la protección de la seguridad social, el derecho de formación⁹ entre otros que conducen al arribo de una gestión digna del trabajo y que finalizan con brindar bienestar al hombre.

Bajo el contexto anterior, se concreta que el concepto de dignidad, destaca como fundamento de todo derecho humano; es aquel que acompaña a dicho derecho subjetivo a lo largo de su evolución en favor de la garantía de respeto de la persona; constituirse en el objetivo mismo de cualquier norma que busque convertirse en derecho inherente a la persona para su buen trato y enaltecimiento como ser.

1.2 Los Derechos Humanos y sus características

La reforma de junio de 2011 realizada a nuestra constitución política generó un cambio de paradigma en la concepción del mínimo de prerrogativas con las que cuentan cada una de las personas que habitan en nuestro territorio nacional, alejándose de la tradición de considerar a éstas como garantías individuales y adoptando posturas relativas a los derechos subjetivos públicos denominados Derechos Humanos. Lo anterior, ha despertado interés de muchos para comprender la forma en que Derechos Humanos y Derechos Fundamentales interactúan en nuestro sistema jurídico ya sea de manera interna o externa según sea el caso y el impacto que esto implica dentro de los distintos fenómenos que se presentan a diario por motivos de los procesos de integración global que imperan en cada uno de los Estados, entre ellos el nuestro.

El fenómeno de la Globalización, por encima de sus características preponderantemente económicas debemos de aprovecharlo para el efecto de procurar adecuarnos a esquemas de protección de estos derechos con el propósito

17

-

⁹ *Cfr.* Mendizabal Bermúdez Gabriela. "Análisis de la responsabilidad empresarial en México frente a los trabajadores", *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, México, Número 16 enero-junio 2013, pp. 132-133.

mejorar y actualizar los mecanismos para la protección de esta clase de derechos subjetivos que existen en nuestro país, para lo cual debemos distanciarnos progresivamente de toda atadura que impida una actualización real del beneficio y velo que de estos derechos deben recaer en todo ciudadano. Es en ese sentido, que con propósitos metodológicos para poder llegar al objeto de nuestro estudio, debemos de comprender la naturaleza de los Derechos Humanos y su correspondiente transición a Derechos fundamentales para poder arribar en su necesidad de ser debidamente protegidos en su plano horizontal en lo que respecta a nexos de índole particular como pueden ser las relaciones de trabajo.

Para definir derecho humano es importante destacar la corriente filosófica del derecho desde la cual se va a desprender el concepto, pues de ésta dependerán ciertas características incluidas en la definición. Es entonces cuando tomamos en cuenta al derecho natural, donde tenemos que tales derechos consisten en aquellas prerrogativas inalienables e imprescriptibles que poseen los seres humanos por el solo hecho de nacer¹⁰. Resultan ser todos aquellos atributos y prerrogativas que el hombre desde su nacimiento adquiere para ser ejercidos. Tal concepción iusnaturalista, constituye el origen de la permanente evolución de los derechos humanos. El enfoque que se le da a ese derecho propio de la persona es preservar la vida con dignidad.

La preservación de ese modo de vida digno es concebido mediante el empleo de todas aquellas facultades, derechos y pretensiones de carácter civil, político, económico, social y cultural, incluidos los recursos y mecanismos de garantía de todas ellas, que se reconocen al ser humano, considerado individual y colectivo¹¹.

¹⁰ Fierro Ferraez, Ana Elena y Abreu Sacramento, José Pablo. Derechos Humanos, Derechos Fundamentales y Garantías Individuales. México. Oxford University Press. 2012. P. 3

¹¹ Concepto de Derechos humanos. Enciclopedia Jurídica Latinoamericana. México Universidad Nacional Autónoma de México-Porrua, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006. t.IV p. 635

La justificación de comprender a los derechos humanos a partir de éste plano llega a constituir el punto de partida para su continua evolución, hasta arribar al pleno reconocimiento por parte del estado de dichos derechos; sin que esto sea el origen de los mismos, sino solo una sanción oficialista. Al respecto destaca Milagros Otero Parga que los derechos humanos son las facultades que corresponden al ser humano por su propia dignidad y se encuentran en su propia naturaleza. El Estado debe reconocerlos para protegerlos de la mejor manera, pero dicho reconocimiento no los crea, puesto que son anteriores y superiores al propio estado por corresponder a la naturaleza humana¹².

Como todo el derecho, estas prerrogativas del ser humano han sido objeto de una dinámica constante en donde poco a poco adquieren características más sólidas respecto a su validez frente al estado. El concebir de manera abstracta a los derechos humanos como simples derechos inalienables de la persona crea un panorama abstracto respecto a la posibilidad de comprender las medidas por medio de las cuales pueden ser protegidos tales derechos.

Entre las características que definen la naturaleza de estos derechos subjetivos, debemos de enunciar los que convergen en la mayoría de los contextos que se dedican a su estudio; y que a su vez resultan atraídos por nuestra norma fundamental dentro de su artículo primero, ello como resultado de nuestra reforma en derechos humanos de 2011.

En primer término se encuentra la universalidad. Este principio se orienta a concebir que la titularidad de derechos los derechos humanos le corresponde a todo individuo sin distinción de ninguna índole. La justificación de concebir tal idea, nos remite a lo que se ha destacado sobre la dignidad humana como fundamento de todo derecho considerado como humano. Los derechos humanos son exigencias éticas sumamente importantes pues los derechos deben de estar sustentados en esencias naturales y morales de las normas que conducen a la idea basada en la dignidad humana sostenida en los valores de libertad, igualdad, seguridad y

¹² Otero Parga, Milagros. *Dignidad y solidaridad dos derechos fundamentales*. México Porrua.2006 p. XIV

solidaridad.¹³ Podemos considerar éste como el aspecto subjetivo de la universalidad; aquél que se enfoca sobre los individuos capaces de exigir el respeto frente a los actos de las entidades de poder.

Sobre este particular campo de estudio de la universalidad, parece no generarse controversia alguna, puesto que doctrinalmente no genera conflicto el reconocimiento condición de no discriminación entre quienes pueden tener esas expectativas jurídicas. A dicha circunstancia García Schwarz la llama universalidad abstracta; al referir que se habla de ésta última porque los derechos humanos se predican para todos los seres humanos, pero la concreción de su sentido es todavía precaria. Refiere que dicha circunstancia resulta así, en atención que se concibe de tal forma como simples derechos naturales cuya única posibilidad de defensa frente al estado que los irrogue, lo era en ejercicio de un derecho de resistencia, generando con ello la necesidad de concebirles como parte de los ordenamientos del estado para dotarles de exigibilidad jurídica.

En ese tenor lo que parecía resultar evidente respecto de la universalidad de los derechos humanos, se matiza con otro campo como lo es aquella respecto de la cual los estados a través de sus legislaciones les reconozcan plenamente. Esta segunda característica de la universalidad marca la tendencia de que todos los instrumentos internacionales se reconozcan por todos los estados y se garantice la protección universal.¹⁵ En ese sentido, conviene destacar los dos sentidos de la

_

¹³ Cfr. Cilia López José Francisco. Los Jueces Nacionales Frente a Derechos Humanos, México, Porrúa, 2013, P. 7

¹⁴ García Schwarz, Rodrigo. *Los Derechos Sociales como Derechos Humanos Fundamentales*, México, Porrúa, 2011, p. 19

¹⁵ Kurczyn Villalobos, Patricia (coord.) *Apuntes sobre Derechos Humanos en el Ámbito Laboral*, Derechos humanos en el trabajo y la seguridad social; los Derechos Sociales, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2014, p.79, En *http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/8/3684/14.pdf*. Consultado el 11 de septiembre de 2014

universalidad; el primero resulta el hombre por igual y sin distinción para disfrutar los derechos; el segundo, los estados como obligados a reconocerlos y protegerlos.

La universalidad en este último aspecto, genera una condición de primacía de los derechos humanos tendiente a establecer un sistema de reconocimiento en los estados de manera homogénea. Las declaraciones universales (sobre derechos humanos) surgieron con el objeto de amparar a aquellos ciudadanos de los estados que no reconocían los derechos Humanos como derechos dignos de protección¹⁶.

El objetivo de dicho campo de la universalidad es la consolidación de los derechos humanos como factores que regulan inclusive la convivencia entre los estados, pues en ello depende la posibilidad de estrechar vínculos con otras naciones que proteja derechos humanos sobre los que el otro omita su protección. Al respecto Del Rosario Rodríguez expone:

Sin perder su soberanía –aunque disminuida en algún grado- los Estados que basan su orden gubernamental en el Derecho Constitucional de los Derechos Humanos, están supeditándose a las directrices internacionales, armonizando simultáneamente si derecho interno al externo. Es decir los estados en sus constituciones han insertado los elementos políticos y jurídicos necesarios para que en el orden internacional, exista un margen de cooperación e integración, y en el orden nacional, dichos elementos sean asimilados y sean factores de desarrollo gradual y uniforme¹⁷.

En ambos campos de la universalidad de los derechos humanos redundan en la inseparabilidad de éstos respecto del hombre. Es decir, no debe de existir ningún obstáculo para la concepción de la titularidad de dichos derechos subjetivos, ni por cuestiones legales, ni por aquellas que se desprendan por la decisión de otras

¹⁶ García Schwarz, Rodrigo. *op.cit, nota 14,* p. 20.

¹⁷ Del Rosario Rodríguez Marcos. *La Universalidad y Primacía de los derechos humanos*, México, Ubijus, 2012, p. 16-17

personas. En este último supuesto debemos incluir cualquier entidad de naturaleza particular como pudieran constituir los empleadores.

Su principal obstáculo tal como lo hemos apreciado en nuestro país, inconcebiblemente, aún con posterioridad a nuestra reforma constitucional de 2011 es la propia soberanía estatal. La búsqueda de la de la universalidad como necesidad de reconocimiento por parte de los estados para garantizar la concreta eficacia de los derechos, salvo contadas excepciones como el caso de la Unión Europea, aún cuenta con los obstáculos de la supremacía constitucional frente a tratados internacionales u otros instrumentos internacionales que contemplan los derechos humanos. Particularmente respecto a esto último, nuestra Constitución en su artículo primero destaca la validez de los derechos humanos, la interpretación conforme, así como la actualización del principio pro hombre en relación a la interpretación de normas de ésta naturaleza, siempre y cuando se carezca de una limitante o prohibición expresa dentro de nuestra constitución; tal es el caso de figuras como el Arraigo o la exclusión de elementos policiales, militares y de seguridad pública de la inamovilidad en el empleo y demás derechos laborales como se establece en la propia constitución.

Otro principio rector de los derechos humanos consiste en la interdependencia. Podemos afirmar que el Derecho es un sistema interrelacionado de principios, normas jurídicas tendientes a un fin específico. La necesidad de concebirlo de esa manera resulta a consecuencia de buscar que los ordenamientos sean respetados de manera integral, es decir en todas y cada una de las partes que les integran.

En ese sentido, los derechos humanos no son la excepción. El reconocimiento de un derecho humano cualquiera, así como su ejercicio, implica necesariamente que se respeten y protejan la multiplicidad de derechos que se encuentran vinculados; de esa manera, si se quiere reconocer un derecho se deben de garantizar toda la gama de derechos propios del ser humano¹⁸.

¹⁸ Rojas Caballero, Ariel Alberto. *Los Derechos Humanos en México*, México, Porrúa, 2012, P. 38.

Es entonces esa cualidad de cohesión que permite entender que todos los derechos humanos tienen que ir de la mano de los demás sin quedar posibilidad de exclusión de alguno de ellos. Dicha característica permite, al menos en cuanto a la doctrina, a establecer que no se puede ser selectivo en cuanto hace al reconocimiento de los derechos humanos bajo ningún pretexto. Es por eso que se afirma que la dignidad humana en cualquiera de sus expresiones no puede colocarse a la suerte ni al juego de los intereses económicos, políticos, sociales o de cualquier índole¹⁹.

El objetivo de este principio, más allá de la concepción de los derechos humanos como una suma en un todo, es respecto de cuales resultan los efectos que se producen en unos cuando otros se protegen; es decir, de qué manera reaccionan los unos con la promoción de los otros²⁰. Resulta entonces un ejercicio se concepción de una simbiosis entre tales prerrogativas. Es decir, ningún derecho humano puede o debe excluir a otro por ningún motivo o justificación.

De la mano de la interdependencia, se contempla como tercer principio de los derechos humanos la condición de indivisibilidad, concebida puramente como la concepción de un todo; sin distinciones, sin primacías de unos con otros u cualquier otra condicionante que deteriore la fuerza de cualquiera de los derechos. Dicha característica conduce a crear un equilibrio que armoniza la protección y los derechos de los derechos humanos. Como se sostuvo en la interdependencia, válidamente no puede protegerse un derecho a costa de otro; ni mucho menos decretar jerarquías en importancia entre éstos.

Los derechos del hombre pueden catalogarse o clasificarse como igual, pueden numerarse y nombrarse las distintas partes del cuerpo del ser humano, pero en realidad, aquellos y éstos solo son los componentes de un todo.²¹.

Por último, se contempla a la progresividad como la característica de los derechos humanos a evolucionar de manera paralela a los fenómenos que imperan

¹⁹ Kurczyn Villalobos, Patricia (coord.) op.cit., nota 15, p.80

²⁰ Cfr Rojas Caballero, Ariel Alberto. op.cit., nota 18, p. 39.

²¹ Kurczyn Villalobos, Patricia (coord.) op. cit., nota 15, p.75

en la sociedad. La necesidad de que los derechos tengan la fuerza para resolver problemas que en la actualidad se van desprendiendo como parte del comportamiento de la sociedad. A su vez, es mediante la progresividad mediante la cual los estados tienen ese margen de acción correspondiente a la gradualidad en la observancia de los derechos humanos.

Se trata de un mecanismo necesariamente flexible, que refleja la existencia de recursos limitados y las dificultades que representa para todo país asegurar la plena realización del derecho²². En este sentido; esa gradualidad complementaria de la progresividad, permite a los estados a ir adaptando su constructo jurídico hasta llegar a la procuración eficaz de los derechos humanos; puesto que asume esa responsabilidad desde que los reconoce como válidos.

Implica a su vez la progresividad esa negación al retroceso. Todo derecho adquirido no puede ser expulsado del orden normativo; cualquier cambio o evolución, siempre debe de consistir en una ampliación de derechos, una mejora en las prerrogativas de la persona.

Es precisamente la progresividad la causa de la concepción de los derechos humanos a manera de derechos subjetivos producto de la evolución jurídico-social. Las distintas etapas históricas han sido el origen de las distintas conquistas que el hombre ha obtenido frente al imperio del estado. La doctrina cataloga a estas etapas como generaciones de derechos humanos en la cual se denota el avance gradual de la validez de ciertos derechos como inherentes de la persona. Satisfechos los que en principio se consideran esenciales, se busca ampliar la protección a mayores ámbitos de la persona.

En conclusión, podemos destacar:

Los derechos humanos como principios y normas ideales, como exigencias éticas y como necesidades de justicia, indudablemente son, existen y valen independientemente y ajenamente a que estén reconocidos por un orden jurídico positivo, pues son parte de la esencia y existencia de los hombres, son connaturales al hombre y

²² Cilia López, José Francisco. op. cit., nota 13, P. 11

desde luego tienen una vigencia sociológica; todo lo anterior sin la menor sombra de duda²³.

A partir de considerar esencial que los derechos humanos sean protegidos por un régimen de Derecho²⁴ surge la necesidad de concebir para su la total eficacia de estas aspiraciones, que sean asimilados en los ordenamientos, no para su existencia pero si para su debida protección y garantía.

Sólo fue posible hablar de derechos humanos una vez que se consideró que el hombre, por el simple hecho de serlo, tiene una serie de prerrogativas naturales o derechos subjetivos que deben ser reconocidos, respetados y protegidos por el poder soberano.²⁵ Esos derechos subjetivos al constituir exigencias o pretensiones, al ser validados por el Estado, deben ser protegidos así como procurar establecer de manera objetiva; es ahí como surge la concepción de derecho fundamental.

A partir de lo anterior, surge una pugna doctrinal por establecer en qué momento debemos referirnos a los Derechos Humanos y cuando respecto de los Derechos Fundamentales, a fin de determinar sus diferencias alcances y sobretodo principales características con el interés de concebir de manera apropiada su validez y eficacia.

1.3 Concepción de los derechos fundamentales y la constitución.

²³ Herrera Ortiz, Margarita. Manual de Derechos Humanos. 5^a. Ed. México, Porrúa 2011 p.8

²⁴ Preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos en http://www.un.org/es/documents/udhr/index_print.shtml#atop consultado el día 30 de julio de 2014.

²⁵ Rodríguez, Moreno Alonso, *Origen y Positivización de los Derechos Humanos en México*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, p.12 en http://200.33.14.34:1033/archivos/pdfs/DH_83.pdf consultado el 2 de agosto de 2014.

Una de las principales pugnas entre los avezados en el estudio del derecho es precisamente es la discusión sobre la naturaleza de los derechos y su fundamentalización. Los derechos humanos han pasado claramente desde una universalidad abstracta propia del iusnaturalismo, hacia una particularidad concreta, que corresponde a su positivización en los estados, para finalizar en una universalidad concreta, adscrita a la positivización a nivel internacional²⁶. En ese tenor, la aspiración positivista que recae sobre los derechos humanos asegura que solo pueden tener existencia plena y eficacia cuando la norma escrita les otorga ese reconocimiento; en concreto que solo puede concebirse un derecho de índole subjetiva, cuando el derecho objetivo así lo establece.

Es entonces cuando la definición de derechos humanos adquiere un matiz diferente al incorporar la necesidad de reconocimiento por parte del estado a través de la norma. En nuestro país se genera un auge contemporáneo en publicitación y por consecuencia dominio popular sobre el término de Derechos Humanos particularmente debido a los cambios orgánicos en la estructura judicial así como la creación de la Comisión Nacional de Derechos Humanos como organismo garante de tales derechos generados a principios de la década de los noventa en donde se dio pleno reconocimiento a su vigencia.

En atención a la corriente jurídica que se adopte, el concepto de los Derechos Humanos presenta contraposiciones respecto de su característica positiva o no. A manera ejemplificativa la propia Comisión Nacional de los Derechos Humanos establece en su plataforma electrónica:

Son el conjunto de prerrogativas inherentes a la naturaleza de la persona, cuya realización efectiva resulta indispensable para el desarrollo integral del individuo que vive en una sociedad jurídicamente organizada. Establecidos en la Constitución y en las leyes, deben ser reconocidos y garantizados por el Estado.²⁷

²⁷ Comisión Nacional de los Derechos Humanos,

nanos, México en

²⁶ García Schwartz Rodrigo. op. cit., nota 14, p. 19

La intención de encausar que los Derechos Humanos se encuentren contenidos en algún marco normativo, obedece a que existen autores como Peces-Barba, citado por Contreras Nieto, quienes aducen esa condición necesaria para dotarles de reconocimiento al sostener que éstos son la facultad que la norma atribuye de protección a la persona en lo referente a su vida, a su libertad, a la igualdad, a su participación política o social o cualquier otro aspecto fundamental que afecte el desarrollo integral como persona, en una comunidad de hombres libres, exigiendo el respeto de los demás hombres, de los grupos sociales y del Estado en caso de infracción²⁸. De manera notoria con dicha definición se traza una naturaleza positiva de los derechos humanos bajo el argumento de que cualquier derecho humano, no reconocido y tutelado por un orden jurídico, son valores o paradigmas. Mientras que no se produzca dicho reconocimiento por el derecho positivo interno no se puede hablar de éstos en un sentido jurídico²⁹.

Como quedó establecido en líneas anteriores, la abstracción que rodea el discurso de los derechos humanos, constituye la principal preocupación respecto a cómo lograr garantizar de manera concreta tales derechos. De ello surge una necesidad de dotarles de un carácter normativo pero sobre todo vinculante con aquellas consecuencias que provienen de su validez.

En ese sentido, por derechos fundamentales existen diversas concepciones que en su mayoría convergen la característica de positivización. Así tenemos que para Ferrajoli consisten en todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del status de persona, ciudadanos o personas con capacidad de obrar³⁰. Para más adelante destacar; que

20

²⁸ Contreras Nieto Miguel Ángel. Comisión de Derechos Humanos, México, 2001 p. 4 en *http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1532/3.pdf* consultado el 6 de agosto de 2014.

²⁹ Agustín Esquella y Nicolás López Calera, *Derechos Humanos: ¿invento o descubrimiento?* Fontamara Madrid-México 2013 p. 96

³⁰ Ferrajolli, Luigi. *Derechos y garantías*. Trotta 7^a edición Madrid. 2010 p. 37

por derecho subjetivo debe entenderse cualquier expectación positiva o negativa adscrita a un sujeto por una norma jurídica positiva³¹.

La condición ius positivista de los derechos fundamentales obedece a una visión restringida del derecho evocándose a reconocerle el carácter de fundamental a todos aquellos constitutivos del fundamento del orden jurídico positivo³². Bajo ese contexto, cuando se trata de derechos fundamentales en apariencia debemos referirnos a aquellos derechos que adquieren su carácter legal a partir de la especificación dentro de la norma constitucional particularmente.

En ese mismo sentido, otro importante constitucionalista como Alexy señala que es a través de la positivización que los derechos humanos y civiles alcanzan una nueva dimensión, particularmente una vigencia inmediata al ser reconocidos de manera textual por la ley³³, lo que les actualiza materialmente en beneficio de la persona.

El autor a su vez destaca que la validez adquirida por ciertas normas fundamentales dan por hecho que diversas estructuras necesarias de los derechos han cobrado materialmente relevancia, ya sea bajo dimensiones analíticas (sistematización del derecho), empírica (su pronóstico frente a la práctica jurídica) y por último la dimensión normativa (aquella destinada a dar respuesta debidamente fundamentada y racional a ciertos problemas)³⁴.

Asimismo, Patricia Kurczyn establece por derecho fundamental a todo aquel derecho público subjetivo que se acompaña de instrumentos para su eficacia, entre los cuales las garantías constitucionales suelen tener especial connotación.³⁵ Esta definición destaca un elemento importante de los derechos fundamentales, que va precisamente a su ámbito de eficacia, es decir a la concreta actualización y debido

32 Agustín Esquella y Nicolás López Calera, op.cit., nota 29, p. 87

³¹ Idem

³³ Alexy, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2ª edición, Madrid, 2012 p. 5

³⁴ Cfr. Ibidem, pp. 13-15

³⁵ Kurczyn Villalobos, Patricia (coord.), op.cit., nota 15, p.82

ejercicio del mismo. Esta se desprende del propio mecanismo dotado por la ley para su concreción.

La posibilidad real de accionar un derecho fundamental, se debe principalmente a la existencia de dicha garantía, considerada en su aspecto normativo como la normatividad objetiva establecida para el ejercicio de un derecho. La más importante tesis relacionada con los derechos fundamentales en la voz de Ferrajoli lo es precisamente la relación que existen entre el derecho y la garantía las cuales guardan una relación recíproca. Entiende a la garantía en dos aspectos, uno primario considerablemente apegado a la validez del derecho mismo, y otra secundaria, relativa esta última a las obligaciones de reparar o sancionar jurisdiccionalmente las lesiones de los derechos³⁶.

Dicha concretización de la eficacia de los derechos fundamentales tiende a verse reflejada como la consecuencia de la incorporación del derecho y su garantía dentro del texto normativo, puesto que todo derecho ausente de dicho ámbito de validez se vería privado de justiciabilidad y por ende se pondríá en duda cualquier utilidad e incluso existencia concreta.

Entonces, la eficacia de la norma de derecho fundamental deberá de referirse a los medios de protección que tenga prevista una norma en supuestos de que sea violada, con el propósito de restituir el goce y ejercicio del derecho público subjetivo agraviado.

Por su parte el jurista chileno Eduardo Caamaño describe a los derechos fundamentales como:

Los componentes estructurales básicos del conjunto de ordenamiento jurídico objetivo como de cada una de las ramas que lo integran, en razón de que son la expresión de un sistema de valores que, por decisión del constituyente ha de informar el

³⁶ Ferrajolli, Luigi. *op.cit.*, nota 30, p. 43

conjunto de la organización jurídica y política, son en fin, el fundamento del orden público y de la paz social. ³⁷

Bajo este orden de ideas, conviene analizar un elemento importante de la anterior denominación. Este es el relativo a la expresión del sistema de valores y la decisión del constituyente a incluir a ciertos derechos como fundamentales. Caamaño sigue con notoriedad la línea que sienta el estudio planteado frente a la pregunta de cuáles derechos son los que tienen que ser garantizados como fundamentales en voz de nueva cuenta con Ferrajoli. Se explica porque una sociedad política considera peculiar la naturaleza bien porque moralmente los entiende como propios de todo ser humano o bien porque les atribuye importancia moral y política y los pone como base de su derecho, esto es los constitucionaliza³⁸.

Podemos referir cuatro criterios³⁹ para definir a los derechos fundamentales, como son la búsqueda de la dignidad humana, la búsqueda de la igualdad, el papel de lo que denomina la ley del más débil y por último el nexo entre el derecho y la paz como satisfacción para la convivencia humana. Así las cosas, la dignidad humana como ya hemos expuesto, debe ser el motor y fin último de todo derecho, es por esta que se busca proteger todo aquello que no admite equivalencia alguna, es decir, algo insustituible en la esencia humana. Su configuración jurídica se erige en pieza básica del ordenamiento constitucional para cimentar el orden político y la

³⁷ Caamaño Rojo, Eduardo. "La eficacia de los Derechos Fundamentales en las relaciones laborales y su reconocimiento por la dirección del trabajo", *Revista de Derecho (valparaiso)* Vol. 1, número XXVII, 2006, p. 31 en http://www.redalyc.org/pdf/1736/173620058001.pdf consultada el 24 de septiembre de 2014.

³⁸ Agustín Esquella y Nicolás López Calera, *op.cit.*, nota 29, p. 87

³⁹ Véase Ferrajoli, Luigi. "Por una teoría de los derechos fundamentales" en González Plascencia, Luis. Morales Sánchez Julieta (coords), *Derechos Humanos Actualidad y desafíos*. México. Fontamara 2012 pp. 11-38

paz social⁴⁰. En apego a ésta última, la necesidad de buscar tutelar las diferencias y la reducción de las desigualdades constituye a su vez un criterio necesario de valorar como legislador para introducir una norma con el carácter de fundamental.

Por su parte el papel de tales derechos como la ley del más débil debe de entenderse como aquellos derechos que se conciben para efectos de supervivencia contra la ley de quien es más fuerte. Los derechos fundamentales son un límite no solo a los poderes públicos, sino también a la autonomía de sus titulares. Lo anterior prevé que los derechos fundamentales son establecidos con el propósito de salvaguardad la integridad de los derechos de los menos favorecidos, frente a los poderes salvajes como les denomina Ferrajolli, es decir imponer un límite a la ley más fuerte. Por último, el criterio relacionado al nexo entre el derecho y la paz, busca orientar los enunciados de cada derecho fundamental en principios que salvaguarden la sana convivencia entre los más fuertes (dotados de poderes) y aquellos más débiles (en notoria desventaja por factores económicos, sociales entre otros).

La visión positivista antes expuesta sobre los derechos humanos descrita por los antores como característica homogénea para el establecimiento de los derechos fundamentales como norma jurídica, se ve robustecida en cuanto hace a la funcionalidad de lo que denomina Alexy mandatos de optimización. Las normas de derecho fundamental, concebidas por mandato de la ley, igualmente pueden deducirse de cargas argumentativas.⁴² Lo anterior debido a que por encima del texto legal se debe de descubrir a los principios los cuales de manera cualitativa se diferencian de las reglas. En ese sentido, la concreción de la literalidad de los textos jurídicos producto de la positivización, se ve superada por la connotación de los principios concebidos como normas que ordenan que algo sea realizado en la

⁴⁰ J. Bastida Francisco. "Son los derechos sociales derechos fundamentales" en Derechos sociales y su ponderación. 2ª ed. Fontamara. Madrid-México 2013.p 131.

⁴¹ Ferrajolli, Luigi. *op.cit.*, nota 30 p. 48

⁴² cfr Alexy, Robert. op.cit., nota 33, p. 64

mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas reales y existentes⁴³. Esto es, establecen por encima de las limitantes de la estructura literal de la norma, una conceptualización del derecho fundamental como una aspiración precedida de un contexto. Con ello se decreta lo ya denominado como mandato de optimización, es decir, la concreción de una funcionabilidad de mayor eficacia para alcanzar los principios en que se sustenta el derecho. Éstos permiten conocer el contenido valorativo de una regla⁴⁴. La imagen o referencia que establecen para la creación de una norma, resulta la línea sobre la cual debe de avanzar la fundamentación de la norma cada vez más cerca del modelo de cómo debe de ser el derecho, como continúa afirmando Alexy.

En otras palabras, el origen positivista de las transición de los derechos humanos al establecimiento de normas de carácter objetivo tendientes a decretar el establecimientos de reglas de tipo fundamental, se ve superada respecto a la concepción dogmática del positivismo, esto es, la regla o norma existe tal y como está redactada. En cambio, bajo la visión de la aspiración de los mandatos de optimización, los derechos fundamentales se ven conformados no solo respecto de las normas plasmadas en los cuerpos normativos, sino que a su vez de cada uno de los contextos que mediaron para el establecimiento del derecho, lo cual genera un amplitud en el ámbito de validez de los derechos haciendo uso de una manera muy importante de la capacidad argumentativa y hermenéutica del jurista.

Similar línea se establece en la concepción garantista establecida por Ferrajoli quien establece la necesidad de apartarse del pensamiento de legalidad y adoptar una apertura a la apreciación del derecho por el derecho. Define su llamado modelo garantista a:

El sistema de legalidad, al que esa doble artificialidad le confiere un papel de garantía en relación con el derecho ilegítimo. Gracias a él el derecho contemporáneo no programa solamente sus formas de producción a través de normas de procedimiento sobre la

⁴³ *Ibidem*, p. 67

⁴⁴ *Ibidem*, p. 84

formación de las leyes y demás disposiciones, programa además sus contenidos sustanciales vinculados normativamente a los principios y a los valores inscritos en sus constituciones.⁴⁵

De igual forma, se remite a los principios o contenidos sustanciales sin oposición a la norma creada por el órgano legislativo, en apego a la línea rectora de la norma fundamental o constitución. En otras palabras, la positivización de los derechos deja de ser requisito sine qua non para la concepción de los derechos fundamentales, sino un mero vehículo de forma, pero no puede constituir de ningún modo obstáculo para la actualización de éstos. Impacta en lo que denomina el mismo autor como dimensiones como la vigencia, la validez la forma y la sustancia de los derechos.

Concluye su definición afirmando que los derechos fundamentales equivalen a vínculos de sustancia y no de forma, que condicionan la validez sustancial de las normas producidas y expresan, al mismo tiempo, los fines a que está orientado ese moderno artificio que es el Estado constitucional de derecho.⁴⁶

En conclusión respecto a los derechos fundamentales, podemos afirmar que consisten en los derechos públicos subjetivos de naturaleza indisponible que a manera de norma y principios, constituyen el cimiento de la estructura de todo tipo de derecho, originalmente de naturaleza positiva pero relacionada con validez sustancial de sus contenidos en apego a la constitución y su finalidad de garantizar la dignidad humana, el debido equilibrio entre los desiguales, así como la consecuencia de paz para la convivencia humana.

1.4 El efecto horizontal de los derechos fundamentales y su vertiente transversal en las relaciones de trabajo.

La doctrina original relacionada a los derechos humanos y derechos fundamentales, sitúa a éstos como derechos tendientes a establecer límites de poder público. Esto es, salvaguardar las libertades de la persona, frente a los actos de Estado como ente soberano. El origen de esto surge a partir de la concepción

⁴⁵ Ferrajolli, Luigi. *op.cit.*, nota 30, p. 20

⁴⁶ *Ibidem*, p. 22

de que solo el órgano supremo del Estado era capaz de vulnerar dichas prerrogativas.

Esta idea de verticalidad, que por cuanto hace a su eficacia caracterizaba originalmente a los derechos fundamentales, obedece propiamente a la tradicional oposición de los derechos conferidos por las constituciones frente al gobernante, con la intensión de evitar a toda costa el empoderamiento irrestricto de la clase política. Sin embargo, la dinámica social y económica montada en el tren del liberalismo y actualmente del fenómeno de globalización, ha modificado la brecha entre gobierno y sociedad, así como entre los gobernados como entidades presuntivamente ubicadas en un plano de igualdad. La necesidad de fijar límites en donde originalmente no los había, es descubierta a causa del acrecentamiento de las desigualdades en la sociedad. El ejercicio de los derechos de libertad dentro de un ámbito inequitativo, no formal, pero si, de facto; crea la posibilidad de que se imponga una ley del más fuerte.

Por motivos de lo anterior, fueron los juristas alemanes quienes detectaron dicha particularidad y consideraron adecuar el efecto irradiador de los derechos humanos ampliando la validez de los mismos hacia una manera inmediata de salvaguardarlos dentro de las relaciones que se actualizaban en un plano de igualdad y en el ámbito particular. Es así como surge la eficacia horizontal de los derechos fundamentales con el propósito de homologar la igualdad formal con aquella igualdad material, las cuales en la mayoría de los casos contrataban.

Se puede concebir a un sistema jurídico como un sistema de normas, pero también como un sistema de posiciones y relaciones jurídicas⁴⁷. Así, las posiciones que concede la ley no siempre obedecen a la realidad material que impera en las relaciones desarrolladas por los individuos particulares que guarden una vinculación de derechos fundamental; es decir que el nexo que les vincula exista mediante la interacción de alguno de los derechos considerados como fundamentales. Por ende, es de considerar que la eficacia horizontal de los

34

⁴⁷ Alexy, Robert. op.cit. nota 33, p. 464

derechos fundamentales no es homogénea, sino que depende de la concreta relación en la que el derecho opera.⁴⁸

Los derechos fundamentales en cualquiera de sus clasificaciones (llámese civiles, políticos, de libertad o sociales), son derechos universales que corresponden a todos en cuanto personas, ciudadanos o personas con capacidad de obrar parafraseando a Ferrajoli. Y estos se enfocan al ejercicio de los derechos de libertad y autonomía:

Los derechos de libertad son simples inmunidades de lesión o construcción, también facultades de comportamiento no jurídico igualmente inmunes de impedimentos tendencialmente conviven sin recíprocas interferencias. Los derechos de autonomía son derechos civiles o políticos consisten en poderes cuyo ejercicio produce efectos sobre las genéricas libertades negativas y positivas, están por el contrario destinados a chocar siempre que no estén jurídicamente limitados y disciplinados.⁴⁹

El ejercicio de los derechos de libertad de la mano de la estructura de la sociedad crea escenarios que invaden paradójicamente la esfera de autonomía de las personas frente a quienes los ejercen. En razón de ello, lo que se evidencia como una libertad de unos, puede significar la opresión o detrimento de los derechos de otro.

Una forma en la cual el derecho en las sociedades occidentales ha jugado un rol ideológico ha sido creando estructuras jurídicas que detrás de su pretendida imparcialidad a la identidad social de los sujetos de

⁴⁸ Gutiérrez Gutiérrez, Ignacio. "Criterios de eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares", *Teoría y realidad constitucional,* número 3, 1er. Semestre, 1994, pp. 193-211 En http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/trcons/cont/3/est/est10.pdf consultado el día 12 de noviembre de 20014

⁴⁹ Ferrajoli, Luigi. "Contra los poderes salvajes del mercado" *Estrategias y propuestas para la reforma del Estado*, 2ª ed., México, IIJ-UNAM, 2002, pp. 99-110

derecho, esconden estructuras de privilegio y desventaja.⁵⁰ Por consiguiente resulta necesario percibir un esquema de protección de los derechos fundamentales considerándolos como los principios destinados a buscar la mayor realización en cualquier orden; en la medida de que exista la relación o el status que vincule a cualquier derecho fundamental.

Por esta razón, la actualización y protección de los derechos fundamentales debe de plantearse en cualquier plano, ya sea el tradicional vertical, y en lo que respecta a su eficacia horizontal o transversal cuando en el nexo se vea implicado un derecho de esta naturaleza. Alexy afirma que:

Las normas de derecho fundamental contienen no sólo derechos subjetivos de defensa del individuo frente al Estado, sino que representan, al mismo tiempo, un orden de valor objetivo que, en tanto decisión básica de derecho constitucional, es válida para todos los ámbitos del derecho y proporciona directrices e impulsos para la legislación, la administración y la jurisdicción.⁵¹

Esos ámbitos a los que refiere la definición, corresponden precisamente a la validez de protección tanto vertical (frente al estado) así como horizontal (entre ciudadanos en un plano particular.) en ese sentido se destaca la aceptación de la influencia de los derechos fundamentales en las relaciones entabladas entre pares; a ese efecto se le denomina en la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy a manera de principio de irradiación.

2, 2013, pp. 373-404 en

http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-

97532013000200014&Ing=es&tIng=es. 10.4067/S0718-97532013000200014

consultado el 2 de noviembre de 2014

36

_

⁵⁰ Muñoz León Fernando. "Ciudadanía Laboral: crítica y defensa de un concepto jurídico-político" *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, año XX, núm.

⁵¹ Alexy, Robert. *op.cit.*, nota 33, p. 465

La formulación clásica de los derechos fundamentales como límites al poder público ha resultado insuficiente para dar respuesta a las violaciones de derechos provenientes de los actos de particulares⁵². Esto resulta a consecuencia de que en nuestra sociedad moderna, el ejercicio del poder ya no solo se encuentra en posibilidad de presentarse en personas jurídicas de índole pública; o lo que es lo mismo, exclusivamente en órganos del estado dotadas de facultad de imperio y coercitividad. Este sentido de los derechos fundamentales obedece a la idea de concebirles no solo a manera de derechos subjetivos, sino en el sentido de garantizar una función objetiva del derecho. No se atienen exclusivamente a los sujetos en que inciden, sino en las situaciones particularmente a regular. Así, debemos entenderles como limitación a cualquier clase de poder, ya no solo estatal, sino cualquier privado inclusive.

La actualización de los efectos horizontales de los derechos fundamentales entre particulares, parte de la construcción de criterios sujetos a los ámbitos de validez y eficacia de los mismos. La validez de un derecho, emana de la adecuación de contenido respecto hipótesis normativa. Es decir, la incorporación de una figura jurídica al derecho objetivo. Es el elemento subjetivo del derecho y consiste en el significado, coherencia y compatibilidad de una norma con un ordenamiento jurídico.

La eficacia de los derechos fundamentales, se avoca particularmente a describir que la operatividad de los derechos fundamentales en el campo de las relaciones privadas a la mediación de un órgano del Estado, que sí está vinculado directamente a éstos derechos. Hablamos de eficacia inmediata cuando apuesta a la virtualidad directa y sin mediaciones concretizadoras de ninguna índole, esto es verdaderos derechos subjetivos frente a derecho de particulares⁵³.

Por otra parte la actualización de una eficacia mediata de los derechos fundamentales como base para el efecto horizontal, corresponde a la necesidad de

⁵² Mijangos y González, Javier. *Los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*. Porrúa, México, 2007 p. XXIII

⁵³ *Ibidem*, p. 10

ponderar los derechos de libertad y de autonomía de los particulares para que con ellos no se irroguen derechos de terceros cuando se encuentren sujetos a una misma relación sustancial de derechos fundamentales. Por referir un ejemplo, la configuración de los derechos patrimoniales y de los derechos civiles de autonomía comporta de hecho una redefinición de la noción de "Estado de Derecho" dicha circunstancia podemos considerarla como una de las justificaciones para el reconocimiento de la eficacia transversal de los derechos fundamentales.

Con el propósito de ubicarnos en el contexto de nuestra legislación nacional, nuestra constitución al evocar la universalidad del goce de los derechos en ella contemplada como detalla su artículo primero, confiere la posibilidad de comprender una validez universal ya sea activa o pasiva de cada una de dichas prerrogativas. Si bien, en ella de manera expresa no se destaca dicha eficacia, criterios establecidos por nuestro máximo tribunal así lo refieren. Tesis jurisprudenciales balo los rubros Derechos fundamentales. Su vigencia en las relaciones entre particulares⁵⁵, Derechos fundamentales de igualdad y de no discriminación. Gozan de eficacia en las relaciones entre particulares⁵⁶ o derechos fundamentales contenidos en tratados internacionales, gozan de eficacia en las relaciones entre particulares⁵⁷ constituyen la perspectiva jurisdiccional de la eficacia de los derechos fundamentales de manera horizontal; en donde a manera de contexto refieren que la naturaleza desigual que impera en las sociedades modernas genera la necesidad de sobrepasar la concepción vertical de la eficacia de los derechos fundamentales con el propósito de atenuar cualquier posición de privilegio que se origine a consecuencia de las relaciones entre particulares. Lo

⁵⁴ Ferrajoli, Luigi. *op.cit.*, nota 49

⁵⁵ Tesis 1a./J. 15/2012, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro XIII, Octubre de 2012, t. 2; Pág. 798, Registro lus 159936

⁵⁶ Tesis 1a. XX/2013, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro XVI, Enero de 2013, t. 1, Pág. 627, Registro lus 2002504

⁵⁷ Tesis 1a. XLI/2013, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época Libro XVII, Febrero de 2013, t. 1; Pág. 799. Registro lus 2002746

anterior no obstante a que del texto constitucional no se desprenda específicamente dicha posibilidad, por lo tanto se debía de recurrir a la función objetiva de los derechos, ello seguido de un ejercicio de ponderación que realice el intérprete de la norma, en este caso el juzgador.

Otra justificación para la observancia del efecto horizontal de los derechos de índole fundamental obedece a la necesidad de minimizar a los poderes particulares, cuando éstos han adquirido un crecimiento tal que se encuentran posibilitados de crear imposiciones frente a terceros, explotación, dominio económico o abuso intrapersonal como consecuencia del establecimiento de lo que denomina Ferrajoli como "poderes salvajes". La necesidad de regular dichas circunstancias obedece a la intensión de acortar la brecha de desigualdades ubicadas en el plano de las relaciones de los particulares. Se puede observar que en los modelos liberales, neocapitalistas o cualquier otro que sobre ponga los derechos de libertad del individuo como máxima aspiración; termina siendo insuficiente el tratamiento de igualdad formal que prevén los textos normativos en detrimento de la igualdad material a que se aspira entre los ciudadanos, para lo cual resulta necesario la actualización de la horizontalidad en cuanto a la eficacia de los derechos humanos, por lo cual:

Frente al creciente predominio de la influencia de éstos poderes privados es preciso consolidad un reconocimiento de los derechos fundamentales en el plano de las relaciones jurídicas entre privados que haga posible establecer límites claros a su ejercicio y que estén en concordancia con el normal disfrute de las libertades esenciales de las personas.⁵⁸

Consecuentemente resulta necesaria la actualización de los efectos horizontales de los derechos fundamentales como herramienta útil para disminuir la discrepancia entre la igualdad formal y la realidad producida por el incremento de los poderes privados. Traduciéndose esto, para el caso de las relaciones entabladas entre los empresarios y sus trabajadores, como el surgimiento de la característica transversal

39

_

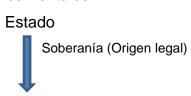
⁵⁸ Caamaño Rojo, Eduardo. *op.cit.*, nota 37

de los derechos fundamentales tratándose de la materia del trabajo, ante la necesidad de regular los poderes que en su interior desarrolla la actividad empresarial hacia sus trabajadores.

El concepto de transversalidad de los derechos fundamentales en las relaciones laborales, cuenta con una particularidad que logra diferenciarla de la horizontalidad pura y llana. Mientras que esta última opera frente a relaciones entre particulares que se origina de una relación de coordinación (contrato *iter privatos*) en donde uno de los contratantes abusa de una facultad en detrimento de los derechos de la otra; las relaciones de trabajo dan pie a una eficacia transversal de los derechos fundamentales en medida de que este vínculo jurídico se aleja de la coordinación entre los contratantes, para establecer una condición desigual desde el momento mismo de la contratación, esto es el sometimiento a subordinación de uno (trabajador) en favor del otro (empleador) con ello, el nacimiento del contrato en sí conlleva ese desequilibrio por su propia naturaleza; por ende la horizontalidad cede a una especie de transversalidad.

En ese sentido, el poder que ostenta el empleador es legitimado por la propia naturaleza del contrato de trabajo que le ubica en un superioridad de mando (no vertical, sino en diagonal o transversal) respecto del actor. Imaginemos la posición que ostenta el estado frente al gobernado en una posición plena de verticalidad; su soberanía por encima de la voluntad individual. El plano horizontal sería una relación de igual a igual, en donde se interactúa inicialmente en coordinación pero el ejercicio de una de la autonomía de uno de los contratantes rebasa de facto las libertades del otro. En cambio, en las relaciones de trabajo, la posición de los contratantes pese a concebirse en un aspecto privado, se ubica en un plano en diagonal o transversal, como pares (plano horizontal) pero uno sometido jurídicamente al otro (transversalidad) con lo cual se adquiere una legitimidad en proporción a las libertades del individuo.

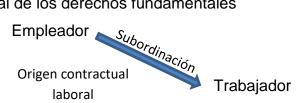
-Eficacia vertical de los derechos fundamentales



Gobernado



-Eficacia Transversal de los derechos fundamentales



Como las potestades directivas y sancionatorias que la legislación concede al empleador, suelen ser intensas asimilando a las que disfruta el Estado, resulta pertinente hablar de una eficacia transversal de los derechos fundamentales en las relación de trabajo como consecuencia de las potestades jurídicas y económicas que le provee el contrato de trabajo y el elemento de subordinación que en él se origina.⁵⁹

Como se ha mencionado, la existencia de los desequilibrios que genera el ejercicio del poder frente a las personas, genera un estado de vulnerabilidad, así, al igual que en las relaciones verticales como suceden con aquellas entabladas entre estado y gobernados; las relaciones de trabajo parten de la existencia de desproporción que existe entre los sujetos que intervienen en el vínculo motivado del ejercicio mismo del poder jurídico de mando que faculta a la entidad patronal ejercer dominio sobre el prestador del servicio personal subordinado, como es el trabajador. Dicho efecto de naturaleza horizontal de poder, como se describió en líneas anteriores, ocurre dentro de la naturaleza particular de las relaciones de

⁵⁹ *cfr.* Gamonal Contreras, Sergio. Fundamentos de Derecho Laboral, 4ª. ed, Santiago de Chile, Tomson Reuters, 2014, p. 81

trabajo, por ende susceptible de actualizarse cualquier efecto transversal de los derechos fundamentales.

1.5 Las relaciones de trabajo y su relación intrínseca con la protección de los derechos fundamentales

La legislación mexicana en los términos del cardinal 20 de la Ley Federal del Trabajo, define a la relación de trabajo como la prestación de un trabajo personal subordinado a una persona, mediante el pago de un salario. Dicha definición enuncia como principal característica de la prestación del servicio la condicionante de subordinación. En ese sentido debemos comprende que ésta consiste en que una persona somete su voluntad a la de otra al concederle facultades de dirigir sus actos.

Por su parte nuestra jurisprudencia ha decretado que por subordinación debemos entender aquel poder jurídico de mando correlativo a un deber de obediencia⁶⁰, elemento imprescindible para la actualización de cualquier relación laboral, pues es éste el que diferencia la prestación ordinaria de un servicios que pudiera ser independiente y siguiendo lineamientos propios del prestador, de aquel vínculo que se encuentra sometido bajo la voluntad patronal o empresarial.

En ese sentido, la subordinación presente en las relaciones laborales constituye elemento que viene a romper con el equilibrio e igualdad de las partes contratantes en un convenio laboral. Inicia con un acuerdo de dos voluntades particulares, muta a una relación vertical la cual deviene hacia el trabajador la obligación de desempeñar un servicio bajo la dirección del patrón o sus representantes, tal y como destaca la fracción III del artículo 134 de muestra Ley Federal del Trabajo.

A su vez, la propia subordinación constituye un elemento de vigencia de las relaciones de trabajo, ello en virtud de que el desacato del poder jurídico de mando puede generar en hipótesis para la ruptura justificada del vínculo laboral, al ser

42

⁶⁰ Tesis s/n. Semanario Judicial de la Federación, Séptima Época V. 127-132, Quinta Parte, P. 117, Registro IUS 243086

prevista como causal para la rescisión de la relación de trabajo sin responsabilidad para la entidad patronal.

A consecuencia de lo anterior, la relación de trabajo viene a establecer entre los contratantes un vínculo que da origen al ejercicio de poderes privados que inciden de manera directa en la esfera jurídica de un particular que en este caso denominamos trabajador. Con ello, la estratificación de los sujetos que intervienen en los vínculos laborales genera el escenario para la materialización del ejercicio de poder entre sujetos aparentemente iguales pero colocados en una situación jurídica que coloca en una desventaja a la más débil, hablando en un sentido propiamente de status.

Al respecto, Fernando Muñoz León alude que las relaciones sociales jurídicamente permitidas por nuestro derecho del trabajo permanecen situadas en un contexto de subordinación y dependencia; es decir de dominación y en consecuencia, de negación de la inclusión igualitaria o ciudadanía. Lo anterior se traduce en un reconocimiento der la incidencia de un poder frente a las libertades de un individuo cuya legitimidad al devenir tanto de un contrato como de la ley que lo respalda, asemeja a los poderes públicos frente al ciudadano.

Al actualizarse la presencia del ejercicio de un poder o interés soberano cuando hablamos de la legitimación de dirección y mando patronal, analógicamente debemos advertir la necesidad de considerar límites a éste acordes a la naturaleza de la relación particular que une a los sujetos que la integran. Lo anterior nos remite para el caso de derechos fundamentales, como la concreción misma de la eficacia horizontal de estos en el plano particular de las relaciones laborales.

Como se ha referido con anterioridad, dicha eficacia horizontal de los derechos fundamentales, tenuemente ha sido tratada por la jurisprudencia mexicana en algunos supuestos como la libertad de expresión, contratos de adhesión entre otros supuestos relativos a relaciones particulares. Sin embargo, pese a que el origen y desarrollo más profundo de la teoría de la Drittwirkung haya tenido, y tenga en la actualidad, como espacio privilegiado el del contrato de trabajo, pues es en éste

⁶¹ Muñoz León, Fernando. *op.cit.*, nota 50

donde con mayor relevancia puede aparecer esa amenaza del pleno ejercicio de los derechos fundamentales⁶², en nuestro país es hasta el año 2014 en donde se destaca la idea de la eficacia de éstos al interior de la empresa, mediante el pronunciamiento de nuestra Suprema Corte de Justicia de la Nación, Derechos fundamentales en el ámbito empresarial. Reconocimiento de los derechos que como personas poseen los trabajadores; destaca lo siguiente:

El ámbito de acción de los derechos fundamentales encuentra no sólo en la esfera de lo público su natural desarrollo, sino que se va trasladando al ámbito de lo privado, donde se ubica naturalmente a la empresa como el espacio en el que se desenvuelven las relaciones jurídicas entre los trabajadores y el empleador, con un elemento propio y esencial que no se da en otro tipo de relaciones jurídicas entre particulares y que coloca a la persona del trabajador bajo los poderes empresariales. Sólo a través del reconocimiento de que la empresa no es un espacio entregado única y soberanamente a la voluntad del patrón, es como los derechos fundamentales -tanto los propiamente laborales, como aquellos que ostenta el trabajador por el mero hecho de ser ciudadanotienen cabida en este especial ámbito de la vida social. Sobre el particular, es preciso señalar que la actual Ley Federal del Trabajo, luego de la reforma implementada en el año 2012, ha dado un paso significativo en orden a reconocer expresamente la plena eficacia de los derechos fundamentales del trabajador en el plano de las relaciones laborales. Las normas claves en este aspecto son los artículos 20., 30., 56 y 133 de la ley, los cuales consagran el derecho a la no discriminación en el empleo y se encuentran en consonancia con el compromiso internacional adquirido por el Estado mexicano al suscribir el Convenio Internacional del Trabajo

-

⁶² Gutiérrez Pérez, Miguel. *Ciudadanía en la empresa y derechos fundamentales inespecíficos*. Murcia. Laborum. 2011. p. 43

No. 111, relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación. En este sentido, a consideración de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación, resulta indiscutible que, al menos desde la perspectiva del derecho laboral sustantivo, se va abandonando la vieja concepción contractualista que permitía justificar una visión de dos ciudadanías, conforme a la cual, la ciudadanía del trabajador (o de aquel que aspira a serlo), expresada en el ejercicio efectivo o, al menos, en la posibilidad de ejercicio de aquellos derechos fundamentales que le son propios más allá de su condición de contraparte en un contrato de trabajo, quedaba fuera del ámbito de la empresa y, por el contrario, se promociona y refuerza normativamente un nuevo enfoque de las relaciones en el mundo del trabajo que, sin obviar sus particularidades tradicionales, las complementa y revaloriza a partir del reconocimiento del trabajador como un sujeto dotado de derechos inherentes a su condición de persona. 63

De lo anterior, se puede desprender un reconocimiento jurisdiccional de la relación de trabajo como un escenario de vigencia de los derechos fundamentales entre particulares como consecuencia del traslado paulatino de su ámbito de acción dentro de la esfera de las relaciones de índole privada. A su vez, manifiesta como relevante la necesidad de un enfoque moderno de que en las relaciones laborales se debe partir del reconocimiento del trabajador como un sujeto dotado más allá de simples derechos laborales al interior de la empresa, sino que a su vez titular de derechos inherentes a su condición de persona; aquellos que anteriormente describimos como derechos fundamentales inespecíficos.

Consideramos importante destacar que la emisión de dicho criterio, a mi juicio trascendental en la nueva concepción constitucional de las relaciones laborales,

⁶³ Tesis 1a. CDXXVIII/2014 (10a.) Gaceta del Semanario Judicial de la Federación Décima Época, Tomo I, Libro 13, Diciembre de 2014, P. 220, Registro IUS 2008088

paradójicamente no es emitido por la instancia competente de analizar la materia laboral en nuestra Suprema Corte, es decir la segunda sala; sino que arriba dicho estudio por motivos del conocimiento del juicio de amparo en revisión 992/2014 bajo la ponencia del Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea adscrito a nuestra primera sala del máximo tribunal judicial en México; en atención a su competencia de naturaleza civil a la que corresponden las reclamaciones de daño moral ante tribunales de dicha naturaleza por motivos de ofertas de trabajo discriminatorias por motivos de edad.

De igual forma, cabe referir que la construcción del argumento de la resolución en comento, resulta obra del secretario de acuerdos Javier Mijangos y González, a quien en la presente obra hemos citado en relación a sus estudios relacionados con derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, y el cual destaca en su sentencia previo al estudio del fondo, un análisis de la vigencia de los derechos fundamentales entre los particulares y el principio de autonomía de la voluntad, así como la incidencia de éstos en las relaciones laborales.

Refiere el autor en su resolución⁶⁴ que frente a los derechos fundamentales, la libertad contractual debe de estar sometida por una interpretación judicial de ponderación y racionalidad consecuencia del análisis de factores como la existencia real de una relación asimétrica entre los contratantes, la repercusión social de una conducta, así como la posible afectación al núcleo de dignidad de las personas. Con ello, determinar la medida o intensidad de la eficacia de los derechos fundamentales, esto es una eficacia mediata o indirecta, producto de actividad jurisdiccional. Lo que implica una postura matizada de dicha la vigencia de los derechos fundamentales entre particulares.

Del anterior supuesto, se arriba a la idea que dichos factores se encuentran presentes en nuestras relaciones laborales, la asimetría entre las partes contratantes proveniente de la supra- subordinación ejercitada permite advertir que

⁶⁴Engrose disponible en

http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?Asuntol D=163303 consultado el 15 de enero de 2015.

la empresa no es un espacio entregado únicamente a la voluntad patronal, pues en él además de los derechos laborales tienen cabida los propios derechos que todo trabajador cuenta por el hecho de ser ciudadano y con ello se abandona la teoría contractualista laboral que a decir del autor permitía observar dos ciudadanías distintas. Con ello se plantea el reconocimiento del trabajador como un sujeto dotado de derechos inherentes a su condición de persona.

Interesante a su vez resulta la diversa tesis de jurisprudencia producida en la sentencia en comento de rubro *principio de la autonomía de la voluntad e incidencia de los derechos fundamentales en las relaciones laborales*, ⁶⁵ La cual destaca que la protección de los derechos fundamentales al interior de la empresa resulta como limitante poder patronal denominado también como dirección empresarial, la cual se traduce en el ejercicio de unas funciones decisorias, ordenadoras y de control en las que la posición dependiente o subordinada del trabajador se va a patentizar, siendo claro el riesgo potencial de conculcación por parte del patrón o empresario, en el ejercicio de los derechos fundamentales de los trabajadores.

De igual forma enuncia cada uno de los momentos en que puede actualizarse dicha eficacia, ya sea en la selección del personal, pasando por la distribución del tiempo de trabajo y las modalidades de contratación, y llegando hasta la fijación de medios de control y a la instauración de normas de conducta y disciplina laborales. Lo anterior sin duda crea el escenario sustancial para vincular a nuestras autoridades laborales, en cualquiera de sus esferas, a observar el respeto de los derechos fundamentales en el ejercicio de las relaciones laborales en cualquiera de los procesos organizacionales de la entidad patronal.

En relación a lo anterior, consideramos la existencia de un plano primeramente directo o subjetivo de acción de los derechos fundamentales en las relaciones de trabajo, originado por la simple interacción de los sujetos laborales y los límites que a consecuencia de ésta deben de ser determinados con el propósito de no trastocar

2008112

⁶⁵ Tesis: 1a. CDXXVII/2014 (10a.) Gaceta del Semanario Judicial de la Federación

Décima Época Tomo I Libro 13. Diciembre de 2014. Página: 242 Registro IUS

derechos como la dignidad. Sin embargo, un tema aparte resulta aquello relacionado con la forma organizacional de la empresa.

La libre determinación de la entidad patronal, conocido en modelos constitucionales como el español como libertad de empresa, constituye un paradigma sobre el cual difícilmente se discute por cuanto hace a su incidencia en materia de derechos fundamentales. El artículo 38 de la constitución española destaca que se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación.

En ese tenor, la norma fundamental española establece como un derecho inalienable de las empresas, esa libre determinación en cuanto hace a estructura, funcionamiento; garantizándole de igual forma una debida protección para garantizar la subsistencia de ella. Es decir, reconocerle su derecho de dirección, y estableciendo a su vez reglas que haga justa la interacción de éstas.

Refiriéndonos al contexto mexicano, debemos destacar que la libertad empresarial si bien no se encuentra reconocida concretamente en un cardinal de nuestra constitución, un análisis sistemático nos permite arribar a la existencia de dicha prerrogativa al concordar el contenido de artículos como 5 (libertad de industria o comercio), 9 (libre asociación), 14, 16 (ambos en el aspecto seguridad jurídica frente a propiedades y derechos), 25 (fortalecimiento económico y competitivo del sector privado), 28 (libertad económica y competencia); entre otros. De ello tenemos que nuestra norma fundamental garantiza el libre desenvolvimiento de del sector empresarial con el propósito de facilitarles éxito en sus fines económicos.

Lo interesante para nuestro estudio; es reconocer cuándo la libertad empresarial de manera indirecta u objetiva incide en el detrimento de los derechos fundamentales de las personas con ella relacionada. Dicha circunstancia implica que existirán decisiones relacionadas con la forma o estructura de organización y funcionamiento de las empresas que ubiquen en un escenario de vulnerabilidad a sujetos como los propios trabajadores que en ella laboran. En éste ámbito es donde

el derecho del trabajo a su vez debe de erigirse como un sistema progresivo de contención del poder empresarial.⁶⁶

La libertad empresarial al encontrase enfocada a la consecución de sus objetivos económicos, debe de encontrarse legítimamente validada con el respeto a los derechos fundamentales de sus trabajadores, de modo que el ejercicio de dicha libertad no afecte la esfera jurídica de éstos. Tal interacción pocas veces apreciada como susceptible de control en atención a que los efectos no se perciben de manera visible. Como toda colisión de derechos fundamentales entre particulares, la solución a ello deviene del análisis de racionalidad y proporcionalidad que se haga de confrontar los derechos.

Por citar un ejemplo en el que más adelante se ahondará, nos permitimos referir la libertad empresarial para adoptar el régimen de contratación más conveniente a sus fines económicos, como pudiera ser la subcontratación, deberá de ser analizada en atención a la racionalidad para adoptarle así como la proporcionalidad de la medida frente a derechos de los trabajadores como pudiera ser la tutela judicial efectiva; o bien la debida participación de los trabajadores en la repartición de utilidades como mecanismo de distribución equitativa de la riqueza. Más allá de los requisitos legales que nuestra legislación federal del trabajo contempla para la constitución de dicha modalidad de contratación; con el propósito de establecer relaciones de trabajo armónicas, dichas medidas pudieran estar sujetas al análisis de razón y legitimación.

Bajo el contexto anterior, las relaciones laborales constituyen la base para la protección de los derechos fundamentales en atención los dos aspectos que en ella inciden; que como fueron enunciados, lo constituye el plano subjetivo derivado de la interacción directa del empresario en ejercicio de sus poderes frente a los trabajadores; y por otro lado el ámbito objetivo correspondiente al ejercicio de

⁶⁶ Montoya Melga, Alfredo. "Libertad de empresa y poder de dirección del empresario en las relaciones laborales". En Sánchez Trigueros, Carmen et al (Directores) *Libertad de empresa y poder de dirección del empresario.* Navarra. Aranzadi. 2011. pp. 27-48

libertad empresarial tendiente a adoptar formas de organización que pudieran incidir en los derechos fundamentales de los trabajadores. Ambos planos necesariamente sujetos al análisis de racionalidad y proporcionalidad como fórmula que resuelva el conflicto derivado de la colisión de derechos fundamentales entre empleador y operario.

1.6 El trabajador como sujeto activo en la protección de los derechos fundamentales El derecho laboral al constituir un derecho de clases; tiene como finalidad equilibrar la asimetría que existen entre los sujetos que ejercen la dirección; Empleadores y sus trabajadores al salvaguardar a éstos últimos derechos derivados de la prestación del servicio. Doctrinas apegadas a la constitucionalización del derecho laboral, como hemos referido han pugnado por la conservación de los derechos propios de la ciudadanía al interior de la empresa; en donde adicionalmente a los derechos propiamente laborales; cobren vigencia y eficacia los derechos fundamentales de los trabajadores en el marco de una relación laboral.

Con ello notamos que tradicionalmente se ubica al sector obrero como sujetos a tutelar en cuanto a derechos fundamentales se refiere. Como hemos dicho; la intención de la vigencia de los derechos fundamentales entre particulares, cobra fuerza cuando una de las partes se encuentra en desventaja por cualquier factor; la mayoría de las veces de naturaliza económica.

Sin embargo, la característica transversal de la eficacia de los derechos fundamentales, implica una amplitud en la dirección de éstos frente a toda persona. En ese sentido; la disparidad de pudiera generarse entre las partes no solo obedece a factores económicos o de dirección; hablando particularmente de la posición del empleador frente a los trabajadores; sino a su vez puede generarse por el ejercicio propio de un derecho, cuyos efectos generen un menoscabo desproporcionado frente a derechos fundamentales de una persona.

En ese sentido, al encontrar como principio rector de los derechos fundamentales la debida conservación de la dignidad humana al comprender ésta su núcleo, debemos comprender que en la relación de trabajo, pueden entrar en conflicto

derechos fundamentales de ambas partes⁶⁷; sin que sea óbice para ello se trate de empleadores.

Aunado lo anterior; en cuanto a las personas jurídicas de naturaleza colectiva, dicho reconocimiento, es concebido por nuestro máximo tribunal judicial al determinar que las personas morales a consecuencia del contenido de nuestro artículo 1ero. Constitucional en cuanto al carácter general que destaca en su redacción al hablar "todas las personas". Expone la tesis de rubro *principio de interpretación más favorable a la persona.* es aplicable respecto de las normas relativas a los derechos humanos de los que sean titulares las personas morales.⁶⁸ En donde destaca que pese a no ser susceptibles de protección de la dignidad humana dado su naturaleza de ficción jurídica; si pueden cobrar vigencia en su favor derechos fundamentales relacionados con su naturaleza y fines.

Al existir dicho supuesto; la vigencia de los derechos fundamentales es reconocida a toda persona jurídica en nuestro sistema constitucional; por ende en el caso particular de las relaciones de trabajo resultan susceptibles a su vez de tutela ante el ejercicio desproporcionado de un derecho de otro sujeto integrante de la vinculación contractual.

Así las cosas, es dable considerar que el trabajador en el desarrollo de la relación de trabajo puede constituirse en sujeto activo que vulnere derechos fundamentales, ello pese al menoscabo y olvido de prácticamente toda la doctrina iuslaboralista de los derechos fundamentales del empresario, que atañen a su persona y que vale, aunque con distinta amplitud, para el supuesto de que sea persona física o jurídica.⁶⁹

⁶⁷ Sagardoy Bengoechea, Juan A. *Los derechos fundamentales y el contrato de trabajo*, Navarra, Aranzadi, 2005, p. 37

⁶⁸ Tesis: P./J. 1/2015 (10a.) Semanario Judicial de la Federación Publicación, Décima Época T. (sin Publicar) viernes 06 de marzo de 2015 09:00 h p. (sin publicar) Registro lus 2008584

⁶⁹ Sagardoy Bengoechea, Juan A. *op.cit.*, nota 67, p. 38

En ese tenor, debemos reconocer que la tutela horizontal de los derechos fundamentales, no debe quedar exclusivamente en el supuesto de salvaguardar derechos correspondientes del trabajador como sujeto sometido a un poder de dirección en estricto apego a doctrinas como la ley del más débil de Ferrajoli cuando habla de los derechos fundamentales en el ámbito privado; sino a su vez, aunque quizá en menor frecuencia, adquirir un efecto de irradiación en favor del sector empresarial que permita comprender la integridad de la realidad que se da en el seno de las relaciones laborales; ello con el propósito de adecuarse a las condiciones de facto en medida del tipo de derecho a tutelar en un caso en concreto.

A manera de ejemplo, podemos afirmar que la actividad de un trabajador puede considerarse nociva para el ejercicio de derechos fundamentales cuando nos encontramos en supuestos como el acoso laboral en su plano horizontal o vertical ascendente; en cuanto hace al ejercicio de una conducta nociva y perniciosa de dignidad humana frente a un trabajador en igualdad de circunstancias o una superior jerárquico. Lo anterior siempre tratándose de un trabajador como sujeto pasivo de la conducta.

Otra conducta que puede ser considerada dentro de aquellas susceptibles a vulnerar por el trabajador; representa el honor e imagen del empresario ante el ejercicio irracional y desproporcionado del derecho de libertad de expresión; en donde el trabajador irrogue de manera ilegítima y sin justificación el prestigió al que tiene derecho el empresario con motivos sus derechos e integridad. De igual manera el uso indebido de información puesta a su disposición para el ejercicio de su labor puede vulnerar el derecho constitucional a la protección de datos personales, ya sea propios del empresario o bien de terceros cuando éste último constituye el poseedor de tal información.

Importante destacar en este apartado la reciente resolución dictada por juzgado de distrito en atención al conflicto de huelga suscitado en la Universidad Autónoma del Estado de Morelos a mediados de 2014; relacionada al ejercicio del derecho de huelga y suspensión de labores a causa de ésta cuando el paro de afecte a terceros ajenos a la relación laboral (estudiantes) o bien a trabajadores pertenecientes a

sindicato diverso prestadores del servicio para la misma entidad patronal. Criterio que en su momento sostuvo que el derecho debía limitarse exclusivamente respecto de aquellas áreas en las cuales los trabajadores integrantes del sindicato emplazante (administrativos) realizaran sus funciones y no respecto de aquellas correspondientes a la función docente; puesto que dicha circunstancias irrogaban el derecho a la educación o bien a la labor de trabajadores ajenos al movimiento.

En esa guisa, debemos concluir que el empresario, al margen de los derechos de propiedad y libertad de empresa que le corresponden y que son inherentes a la organización empresarial, también es poseedor al igual que los trabajadores como es lógico, de los derechos fundamentales inespecíficos que como ciudadano le corresponden y que del mismo modo que los trabajadores, el empresario incorpora estos al contrato de trabajo⁷⁰ constituyendo con ello una reciprocidad en su ejercicio. La limitación de los derechos del trabajador por motivos del contrato de trabajo no extingue su ejercicio; pero a su vez el ejercicio de éstos no permite tener por justificada un incumplimiento de los deberes contraídos con el empleador para efectos de la prestación del servicio personal subordinado. La coexistencia racional de ambos permite la eficacia de los derechos fundamentales al interior de la relación laboral.

1.7 Entidades patronales como sujetos activos en la protección de los derechos fundamentales.

Como se ha sostenido, la relación de trabajo resulta idónea para la actualización de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, motivada por la interacción de los sujetos en notorio desequilibrio de condiciones al encontrarse una subordinada de la otra dotada de una facultad de imperio, que puede traducirse en un poder de ejercicio tanto objetivo, en cuanto hace al método de organización en el desarrollo de la actividad empresarial; o bien en el aspecto subjetivo destinado a la forma del ejercicio de las actividades realizadas por el trabajador.

⁷⁰ Gutiérrez Pérez, Miguel. op.cit., nota 62, p. 240

En ese sentido, la interacción de los derechos de ambos genera una constante colisión, cuya consecuencia es establecer un margen racional y proporcional de sometimiento de la esfera jurídica de los trabajadores en favor del poder de dirección empresarial. Así, el ejercicio de éste en voz de Poquét Catalá⁷¹, puede ser enfocado en cuatro perspectivas:

- La manifestación de la libertad de la empresa para establecerse dentro del modelo económico constitucional.
- b) La esfera de poder del empresario frente a sus trabajadores.
- c) El contrato de trabajo como vehículo de elementos decisivos en sus facultades patronales.
- d) La facultad organizacional de la empresa.

En esa constante, resulta viable concebir que las entidades patronales resultan los sujetos activos con mayor grado de propensión a vulnerar derechos fundamentales cuando el ejercicio de su facultad de dirección o poder jurídico de mando se encuentra ejercido fuera de las condiciones permitidas acorde a la eficacia horizontal de ellos como lo es la ponderación o racionalidad.

Por consecuencia a ello, la coexistencia de ambos derechos deberá de guardar un equilibrio razonable con el propósito de proteger en la mejor medida la posibilidad de que el vínculo laboral pueda desarrollarse en respeto al núcleo de dignidad que conservan los derechos fundamentales y así, denotar un ejercicio legítimo de la acción directiva del empresario.

Al concebir la interacción del poder empresarial y los derechos fundamentales del trabajador, debemos de considerar la existencia de elementos y principios que caractericen dicha actividad, lo anterior con el propósito de dotarle de legitimidad; ello para el efecto de que se mantenga como un derecho propio del poder empresarial y no devenga en conductas arbitrarias y vejatorias de los derechos fundamentales del trabajador.⁷²

⁷² Fabela Méndez, Daniel. "La delimitación de los poderes empresariales en el marco de los derechos fundamentales inespecíficos del trabajador" en Mendizabal

⁷¹ Poquet Catalá, Raquel. El Actual Poder de Dirección y Control del Empresario, Navarra, Aranzadi, 2013, p. 16

En ese sentido, tenemos que toda actividad generada por el poder empresarial en ejercicio de su facultad de dirección debe de estar caracterizada de los siguientes principios⁷³:

- Idoneidad: aquella decisión que se toma cuando no exista otra más a) moderada.
- Imprescindibilidad: implica un criterio de razonabilidad, b) corresponde cuando existe una justificación objetiva en el sentido del acto empresarial.
- Así como la proporcionalidad, la cual es determinada con el grado o margen de actuación adecuado sin que se abuse del ejercicio del derecho de dirección empresarial.

Los principios mencionados constituyen los lineamientos que todo acto de dirección debe de contemplar para con ello no generar una vulneración de los derechos fundamentales en el trabajador, de lo contrario la conducta se encontraría afectada de ilegitimidad y con ello estar en condiciones de que sea considerada un acto que vulnere el núcleo de dignidad o cualquier otro derecho fundamental del trabajador.

En ese sentido, la pérdida de la legitimidad del ejercicio del poder de dirección, así como la vulneración que estas medidas causan a los derechos fundamentales en el ejercicio de la relación de trabajo; provocan el traspaso de del derecho de dirección empresarial y devienen en afectaciones a la esfera de dignidad de los trabajadores.

Lo anterior denota un nuevo paradigma empresarial frente a los derechos fundamentales en su naturaleza específica cuya vigencia se lleva al contrato de trabajo para así desarrollar un poder menos arbitrario y a su vez reducir los márgenes de discrecionalidad74 que pudieran incurrir en conductas lesivas y desproporcionadas. La importancia de considerar dicha esfera de protección surge

Bermudez, Gabriela y Ortega Maldonado, Juan Manuel (coords) Acoso Laboral Perspectivas Socio Jurídicas, México, Porrúa, 2016, Colección Acoso Laboral, pp. 97-111

⁷³ Idem

⁷⁴ Poquet Catalá, Raquel. *op cit*, nota 71, p. 16

de la necesidad de establecer la búsqueda de prevenir, sancionar y reparar vulneraciones a la dignidad los trabajadores en su esfera personal, frente a los abusos bajo pretexto del ejercicio de la libertad y dirección empresarial y con ello no permitir a empleador el que se constituya como un sujeto activo que vulnere derechos fundamentales.

1.8 Los derechos fundamentales del trabajo de acuerdo a la Organización Internacional del Trabajo

Hablar de derechos fundamentales del trabajo, es remitirnos a aquel derecho público subjetivo de naturaleza indisponible y actualizado por la condición de sujeto de una relación laboral, destinado a salvaguardar la dignidad humana frente al poder del empleador. Así, debemos estudiar concretamente en qué consisten tales prerrogativas, y más aún, de donde surge su validez.

La Organización Internacional del Trabajo con el propósito de cumplir con sus objetivos, establece mediante cada una de sus órganos un llamado Código Internacional del Trabajo, el cual consiste en la integración de los convenios y las recomendaciones adoptadas por la conferencia general (depositaria suprema de autoridad de la organización encargada de incorporar normas mínimas internacionales de política social⁷⁵) de la OIT, que en forma directa o indirecta influyen en la política laboral de sus países miembros⁷⁶.

El órgano dispersa cada una de sus normas relacionadas con el empleo en diversos convenios o estatutos jurídicos, éstos de carácter plenamente de derecho; así como recomendaciones de índole auxiliar y complementaria de los primeros.

⁷⁵ Caris Gómez, Roberto. "La Organización Internacional del Trabajo, su actividad normativa y sus convenios fundamentales" *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, Número 241 2004 pp. 33-77 en http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/241/art/art2.pdf consultado el 20 de noviembre de 2014.

⁷⁶ Idem

Son estas normas las encargadas de concretar la actualización de los derechos considerados fundamento de la relación laboral bajo una perspectiva global.

Particularmente la OIT ha clasificado dentro de su código internacional del trabajo, diferentes principios y derechos como fundamentales de las trabajo, al reconocer a éstos como imprescindibles de toda vinculación laboral tendiente a constituir todos aquellos que protejan la dignidad, libertad y la igualdad de los trabajadores⁷⁷.

Ante la importancia que ciertos derechos previstos por dicha normativa frente a la administración de las relaciones laborales, Los principios y derechos fundamentales en el trabajo se han convertido por consenso para la comunidad internacional en la base social de la economía mundializada, muestra de ello es la existencia de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su Seguimiento⁷⁸ adoptada en 1998 como respuesta al fenómeno de establecer de manera expresa los derechos aspiracionales perseguidos por el órgano.

En esa guisa, para la determinación de los principios y derechos fundamentales del trabajo, innegablemente deben de considerarse las propias bases que la doctrina en la materia sienta para ello, como mencionamos anteriormente, considerar la procuración de derechos inherentes a los cuatro criterios señalados por Luigi Ferrajolli para la calificación de derechos como fundamentales, pero particularmente por su naturaleza conviene a su vez destacar que:

Se desprende de derechos íntimamente ligados pues no es factible conseguir su objetivo final, el trabajo conforme a principios de igualdad en tanto seres humanos, sin que pueda

Vega Ruíz, María Luz y Martínez, Daniel. *Los principios y derechos fundamentales*. Ginebra. Organización internacional del Trabajo. 2002. p. 1 en http://www.ilo.org/declaration/info/publications/WCMS_DECL_WP_11_SP/lang-es/index.htm consultado el 18 de noviembre de 2014

⁷⁷ Mendizabal Bermúdez, Gabriela. *Acoso laboral y seguridad social.* México. Porrúa. 2013.p. 40.

garantizarse el cumplimiento efectivo de todos y cada uno de ellos, es decir su carácter de fundamentales de su naturaleza de derechos humanos y de su calidad de "base facilitadora" (en cuanto permite el desarrollo de otros derechos laborales que le están íntimamente vinculados).⁷⁹

En ese orden de ideas, basta adherir a los criterios previamente estudiados, que en nuestra materia del trabajo, los derechos fundamentales constituyen a su vez el vehículo para el ejercicio de otros derechos que pudiéramos llamar derivados; entonces se robustece la importancia de los primeros para garantizar una esfera jurídica plena de una segunda plataforma de derechos complementaria.

Por consecuencia a lo anterior, la Declaración de la OIT ha establecido cuatro áreas de acción relativas a los principios y derechos internacionales del trabajo como son las siguientes:

- a) la libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva;
- b) la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio;
- c) la abolición efectiva del trabajo infantil; y
- d) la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación⁸⁰

El primer inciso de los mencionados se destaca por su naturaleza de índole colectiva. Históricamente es la organización colectiva como órgano de representación y a su vez vehículo para la consumación de objetivos la punta de lanza para la actualización de los derechos laborales.

La libertad de asociación y la libertad sindical significan que los trabajadores y los empleadores pueden crear sus propias organizaciones, afiliarse a ellas y

70

⁷⁹ *Ibidem*, p. 12

Oficina internacional del trabajo. Los Convenios Fundamentales de la Organización internacional del trabajo. Ginebra, Organización Mundial del Trabajo. 2002, p. 7 en http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---declaration/documents/publication/wcms_095897.pdf consultado el día 3 de diciembre de 2014

dirigirlas sin injerencia del Estado ni de las propias organizaciones⁸¹, este derecho fundamental del trabajo guarda notoria relación con aquel derecho legítimo a la asociación con el que cuentan los ciudadanos que ostenten pertenecer a un estado de Derecho. La particularidad radica en el fin específico que tiene concerniente a la vigilia de prerrogativas laborales. Constituyen el vehículo del interés de la colectividad frente a la empresa, cuando de asociaciones obreras nos referimos, o bien para participar en las políticas públicas en materia del trabajo y productividad cuando hablamos de asociaciones patronales.

Este derecho humano básico está íntimamente ligado a la libertad de expresión y es la base de la representación democrática y la gobernabilidad.⁸² Por ello, esta clase de área de acción de los derechos fundamentales del trabajo es orientada a mediar la desproporción que conforme el paso del tiempo se va acrecentando entre el desarrollo económico y las condiciones de los trabajadores que lo generan; es el mecanismo para consensar tales discrepancias y lograr un sano equilibrio que busca sostener la paz social, y porque no también la conservación del sistema económico. La ausencia de condiciones justas y orden social, en definitiva frena el desarrollo económico.

La libertad sindical es un derivado del derecho de asociación, además de la facultad que tienen los trabajadores y empleadores para adherirse libre de presiones a la organización sindical de su agrado; se destaca que toda organización al interior debe de llevar una vida y organización carente de cualquier presión o intervención por parte de agentes externos.

Ante ello, podemos hablar de que la libertad sindical cuenta con dos vertientes. Siguiendo a Mario de la Cueva, existe un derecho personal a la sindicación y un derecho colectivo de los sindicatos a su existencia y a una actividad libres, destinadas a la realización de fines supremos del derecho del trabajo.⁸³ Así

⁸¹ *Ibidem*, p. 9

⁸² Idem

⁸³ De la Cueva, Mario. El nuevo derecho del trabajo, 15ª ed. México, Porrúa , t. II, p. 300

tenemos lo que considero dos ejes, el primero de carácter subjetivo correspondiente a la facultad concedida a la persona a elegir a la organización sindical que le convenza, a constituir junto con otras personas su propio sindicato, o bien simplemente no pertenecer a ninguna. A su vez, el segundo eje lo califico de orgánico al versar sobre el desarrollo mismo de la vida al interior de un sindicato; esto es, independiente, sin presiones externas, libre de cualquier tipo de injerencia o intromisión.

Dentro las libertades que implica el eje orgánico referido, se contempla la posibilidad de establecer los lineamientos de la organización, esto es derecho de redactar sus estatutos y reglamentos administrativos, el de elegir libremente sus representantes, el de organizar su administración y sus actividades y el de formular su programa de acción, como es tratado por la propia OIT al redactar los lineamientos correspondientes al este derecho fundamental.

Lo anterior permite llevar el rumbo propio de los intereses representados, lo cual asegura a futuro una debida acción en la búsqueda del equilibrio entre los factores de producción. Ello concretamente nos permite pasar a la tercer herramienta del área de acción que se analiza; esto es, la materialización de la exteriorización de la voluntad e interés colectivo frente al ámbito de acción de la parte empleadora; la negociación colectiva.

La negociación colectiva es un medio para alcanzar soluciones favorables y productivas en las relaciones entre trabajadores y empleadores que pueden ser conflictivas, proporciona medios para generar confianza entre las partes mediante la negociación, mediante la articulación y satisfacción de intereses diversos a las partes negociadoras⁸⁴.

En la actualidad como más adelante veremos al analizar los medios empresariales de organización vigentes, esta área de los derechos fundamentales

60

_

⁸⁴ Véase libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva disponible en http://www.ilo.org/declaration/principles/freedomofassociation/lang--es/index.htm consultado el 10 de diciembre de 2014

resulta víctima de un notorio detrimento al perder capacidad tanto de representación como de negociación frente a los propietarios de los medios de producción particularmente al existir la descentralización de éstos. Fenómenos como la tercerización o subcontratación, la dispersión de la operación de la empresa (externalización) entre otras figuras vigentes en materia corporativa; vedan la posibilidad de una eficacia plena de estas prerrogativas; la cual se agrava ante una deficiente regulación laboral, incapaz de alcanzar la debida protección del mismo.

Por otra parte, la segunda área a tratar corresponde a la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio. El Trabajo es un derecho, y como tal no puede estar sometido a imposición alguna más que a la voluntad protegida por el principio de dignidad, el cual de igual forma es irrenunciable. Destaca la OIT que la expresión trabajo forzoso u obligatorio designa todo trabajo o servicio exigido a un individuo bajo la amenaza de una pena cualquiera y para el cual dicho individuo no se ofrece voluntariamente. ⁸⁵ De lo cual se advierte que ninguna persona puede sufrir severas privaciones en su libertad para desarrollar la ocupación de su preferencia; salvo por las excepciones previstas por el ordenamiento como lo son el cumplimiento de servicio militar, obligaciones civiles, casos de fuerza mayor, trabajos comunales y condenas judiciales; pero nunca en beneficio de intereses particulares.

La última idea de las mencionadas evidencia esencialmente como norma de interés social y frontera del poder económico de índole privada; el convenio veda la posibilidad de que entidades particulares reciban el beneficio del servicio que en su caso se preste por motivos de los supuestos de excepción; evidentemente la intención corresponde a limitar el poder que en su caso pueden ejercer las corporaciones a novel de relaciones laborales encubiertas bajo tales supuestos.

⁸⁵ Artículo 2 párrafo 1 del convenio número 29 sobre el trabajo forzoso, Organización Internacional del Trabajo, 1930. Disponible en http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C029 consultado 3 de enero de 2015

La tercera clase a tratar en esta declaración constituye una acción enfocada particularmente a un grupo etario en concreto a manera de proteger los intereses que por su corta experiencia y madurez se encuentran impedidos a estar en condiciones de defender sus intereses. Nos referimos a las regulaciones destinadas a salvaguardar los derechos de niños expuestos al mercado laboral.

La intensión de la legislación se enfoca en proveer los medios que aseguren un normal desarrollo físico y emocional del niño eliminando con ello toda exposición a labores que afecten su salud así como interrumpan su participación en el sistema educativo.

Se describe como las peores formas de trabajo infantil:

- 1.- 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;
- 2.- la utilización, el reclutamiento o la oferta de niños para la prostitución, la producción de pornografía o actuaciones pornográficas;
- 3.- 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
- 4.- 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.⁸⁶

⁸⁶ Artículo 3 Convenio número 182 sobre las peores formas de trabajo infantil, Organización Internacional del Trabajo, 1999 disponible en http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT _ID,P12100_LANG_CODE:312327,es:NO consultado el 3 de enero de 2015

A su vez, esta clase está orientada al establecimiento de la edad mínima para el ejercicio del empleo, para lo cual destaca el convenio número 138 de la OIT sobre la edad mínima para laborar que toda persona puede desarrollar empleo sin limitación alguna en cuanto a la naturaleza de éste, a partir de los 18 años de edad cumplidos, facultando a su vez a la legislación nacional de los países signantes, para autorizar la posibilidad de prestar servicios desde los 16 años siempre y cuando haya existido una preparación y capacitación adecuada para el desarrollo del empleo. Tal circunstancia abre la puerta a establecer una legislación más laxa por cuanto a la edad de emplearse.

A su vez, señala circunstancias excepcionales a estas edades, donde asigna la posibilidad de establecer rangos menores de edad para el empleo, con la salvedad de que los empleados no sean destinados al desarrollo de actividades no sean susceptibles de perjudicar su salud o desarrollo; y a su vez no sean de tal naturaleza que puedan perjudicar su asistencia a la escuela, su participación en programas de orientación o formación profesional aprobados por la autoridad competente o el aprovechamiento de la enseñanza que reciben; en cuyo caso el empleo deberá de ser desarrollado por personas de entre 13 y 15 años de edad.

Dicha área de los principios y derechos fundamentales del trabajo, es catalogada por Mario de la Cueva como aquellas que proponen facilitar su educación, su desarrollo físico y su salud, y preservar su moralidad.⁸⁷

Como última área de tratamiento de estos principios, lo constituye la eliminación de discriminación en materia de empleo y ocupación la que implica derribar las barreras concebidas en contra de la igualdad de oportunidades para el empleo. Esta materia constituye ser una de las más rezagadas en nuestro plano nacional de legislación laboral, pese a los intentos de inclusión que se han pretendido llevar a cabo.

La OIT establece como objetico la fijación de condiciones para establecer y hacer funcionar empresas de todo tipo y tamaño, y con la adopción de políticas y prácticas en materia de contratación, distribución de tareas, condiciones de trabajo,

63

⁸⁷ De la Cueva, Mario. *op.cit.*, nota 83 p. 449.

remuneración, prestaciones, ascensos, despidos y terminación de la relación de empleo.⁸⁸ Esto es, suprimir cualquier acto tendiente a establecer diferenciación entre los trabajadores sin mediar racionalidad en la medida, ni factor que implique la necesidad de la medida.

Como acto discriminatorio debemos entender cualquier acto tendiente a restar oportunidades, atentando con ello la dignidad del trabajador. La OIT describe las clases de discriminación que pudieran generarse, siendo éstas las siguientes. La discriminación en el empleo o la ocupación puede ser directa o indirecta. La discriminación directa existe cuando la legislación, la reglamentación o la práctica cita explícitamente un motivo específico, como el sexo, la raza, etc. para negar la igualdad de oportunidades. Por ejemplo, si una mujer, y no un marido, debe obtener el consentimiento del cónyuge para solicitar un préstamo o un pasaporte necesarios para iniciar una actividad laboral, se trataría de una discriminación directa por motivo de sexo.

La discriminación indirecta ocurre cuando la reglamentación o la práctica son aparentemente neutrales, pero en la práctica llevan a la exclusión. Por ejemplo, exigir que los postulantes a un trabajo tengan una cierta altura podría excluir de una manera desproporcionada a las mujeres y a los miembros de ciertos grupos étnicos. A menos que una altura específica sea absolutamente necesaria para realizar la tarea considerada, esto sería un ejemplo de discriminación indirecta.

En ese sentido, el interés de la declaración es primordialmente insistir a los estados miembros a llevar a cabo un análisis minucioso de sus legislaciones con el propósito de corregir cualquier desequilibrio en la igualdad de trato a las personas por medio de su legislación, y con ello liberar de cualquier tipo de discriminación indirecta. A su vez procurar fomentar la tutela de la dignidad humana y laboral entre los sujetos que intervienen en la relación de trabajo ya sea para el acceso al empleo

http://www.ilo.org/declaration/principles/eliminationofdiscrimination/lang-es/index.htm consultado el 3 de enero de 2015

⁸⁸ Véase Eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación disponible

y la conservación del mismo, creando para ello políticas que procuren la inclusión de grupos que pudieran estar en estado de vulnerabilidad en el empleo.

Respecto a estas áreas de tutela, la OIT ha establecido ocho convenios catalogados de fundamentales por medio de los cuales se marcan lineamientos relacionadas a cada una de las áreas en mención. De la codificación laboral internacional se desprenden los siguientes convenios fundamentales:

- a) Convenio número 87 sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación; ratificado por los Estados Unidos Mexicanos el 1 de abril de 1950.
- b) Convenio número 98 sobre el derecho de sindicación y negociación colectiva.
 Sin ratificación por los Estados Unidos Mexicanos.
- c) Convenio número 29 sobre el trabajo forzoso, ratificado por nuestro país el
 12 de mayo de 1934.
- d) Convenio número 105 sobre la abolición del trabajo forzoso ratificado a su vez por nuestro país el día 1 de junio de 1959.
- e) Convenio número 138 sobre la edad mínima. Sobre el particular cabe destaca que el pasado 17 de junio de 2014 entra en vigor reforma a nuestra constitución en donde se eleva la edad mínima para trabajar de 14 a 15 años de edad, con lo cual el ejecutivo a emitido formal petición para formalizar el trámite de la ratificación de dicho convenio a cargo del Senado de la República.
- f) Convenio número 182 sobre las peores formas de trabajo infantil ratificado por México el pasado 20 de junio de 2000.
- g) Convenio número 100 sobre igualdad de remuneración ratificado por nuestro país el día 23 de agosto de 1952.
- h) Convenio número 111 sobre la discriminación en el empleo y ocupación a su vez ratificado por el país el 11 de septiembre de 1961.

La intención del establecimiento de principios y derechos fundamentales en el trabajo, definitivamente va orientado a establecer parámetros universalmente válidos para la protección de los mínimos aceptados en protección a la dignidad del trabajador con el propósito de alcanzar la aspiración del trabajo decente en el orbe de las relaciones de trabajo alrededor del mundo.

Capítulo Segundo

2. Marco histórico de los derechos humanos relaciones laborales y los derechos fundamentales en el trabajo

El presente capítulo describirá el camino que se ha trazado desde la concepción de los derechos fundamentales, la evolución de éstos, así como las prácticas asimilación en las leyes fundamentales de los más relevantes para la materia laboral. Con ello describir el avance que ellos han tenido durante la dinámica de las épocas en que el derecho de trabajo se ha desarrollado, construido y actualmente mutado o por lo menos en un proceso deconstructivo, esto es cambiando de paradigmas en los que habitualmente se había postrado.

El objeto de lo anterior es evidenciar la necesidad de que el derecho del trabajo y los derechos fundamentales avancen al mismo paso y en ese tenor generar las condiciones para entrelazar la necesaria justicia que en ambos debe de asistir a todo sujeto que se encuentre en calidad de dependiente en una fuente de trabajo; tal y como se describe en las líneas que a continuación se describen.

2.1 Evolución de los derechos humanos y sus generaciones.

Ahora bien, la distinción de la actualización de los derechos humanos, ha generado estudios cuyo propósito es el establecer un orden cronológico de validez de cada uno de estos derechos supremos. Criticada por muchos autores que la consideran como excluyente de importancia o de tender a jerarquizar a los mismos, las llamadas generaciones de derechos humanos, para objeto del presente estudio únicamente se enuncian con el fin de establecer como fue progresando el reconocimiento de los derechos humanos.

2.1.1 Generaciones de los derechos humanos

Así tenemos como una primera generación a los llamados Derechos Civiles y Políticos; como aquellos que representan el origen del sistema democrático para limitar el poder de los gobernantes y garantizar la participación política⁸⁹. La necesidad de establecer tales límites fue a consecuencia de la búsqueda del respeto por la vida, libertad, igualdad, libertad de prensa conciencia, voto, ser electo entre otros reguladores de la vida política del ciudadano y su Estado.

La existencia de estos derechos aparecen de manera objetiva partir de la Declaración de los Derechos del Hombre aprobada en la Asamblea Nacional Francesa en 1789, se reconocen los principales derechos humanos del hombre, construyendo así el surgimiento de los derechos humanos en el mundo, su universalización, nociones y apoyo jurídico⁹⁰.

⁹⁰ Colmenares Bastidas, Ana María. "Los Derechos Laborales Inespecíficos. Enfoque en el Derecho Venezolano", *Revista Latinoamericana del Derecho Social*, México, num, 13 julio diciembre 2011, p.62

⁸⁹ Islas Colín, Alfredo. Sánchez Cano, Julieta Evangelina. (coords.) *Derechos Humanos Frente a una Sociedad Globalizada*, México, Porrúa, 2013, p. 40.

Esta primera clasificación de derechos cuenta con características particulares. La primera consiste en que generalmente consisten en una mera abstención del Estado para actuar en ciertos rubros relacionados con los titulares de estas prerrogativas, constituyendo éstos las propias personas y ciudadanos en ejercicio de sus facultades. Por último, se desprende a su vez que son reclamables en todo momento y lugar al estado, que al no sujetarlos a factores económicos por ser simples abstenciones; se encuentra constreñido a reivindicar⁹¹.

La promoción de los derechos civiles o políticos llevaron en sí un carga individualista; es decir, procuraban la protección del hombre como ser particular frente a cualquier amenaza proveniente del estado; protección que vedaba cualquier injerencia estatal respecto de sus decisiones en lo individual; su principal objetivo es garantizar la libertad del ser humano.

La progresividad en los derechos humanos aborda la necesidad de seguir avanzando en el reconocimiento formal de los derechos que salvaguardan la dignidad humana; en ese sentido al encontrarse satisfechos aquellos relacionados con la integridad y libertad individual del hombre, el siguiente paso fue la concepción de prerrogativas enfocadas a proteger ya no solo a proteger los mínimos vitales, sino que buscar la correspondiente igualdad material entre los individuos. El contar con la protección de los derechos vitales como la libertad, participación política, seguridad, la propia vida; permite al hombre buscar ampliar la esfera jurídica y crear con ello la expectativa de más derechos. Dichos cambios suscitados particularmente a finales del siglo IXX, principios del siglo XX como repuesta a la inequidad producida por el liberalismo económico.

En atención a ello, nace la concepción de nuevos derechos de carácter prestacional, correspondientes a una llamada segunda generación, que como se ha advertido; no representa un carácter de jerarquía, sino un simple adjetivo relacionado con su reconocimiento en el plano internacional.

68

_

⁹¹Cfr. Brenes Rosales, Raymundo. Antología Introducción a los Derechos Humanos. 1ª. Reimpresión de 1ª. Edición. Costa Rica. Euned. 1993. P. 38

En la medida en que se desarrolló la sociedad, surgieron otras necesidades de los seres humanos para poder conservar su vida frente a la concentración de la riqueza, como el trabajo ante las dificultades modernas en la apropiación de bienes para poder subsistir. Surgió el derecho al trabajo como derecho humano.⁹²

En ese sentido, las distancias socioeconómicas que producía la relación sostenida entre los empleadores y los trabajadores motivó la necesidad de contar con reglas que limitaran el poder adquirido por los primeros con el propósito de reducir la desigualdad que mediaba entre ambos sujetos de la relación laboral.⁹³

Esta segunda generación de derechos llamados sociales, económicos y culturales, se definen como el grupo de derechos que los individuos ostentan en relación a la comunidad a la que pertenece, referidos a la serie de beneficios sociales, económicos y culturales implícitos en lo que se entiende como distribución adecuada de los bienes necesarios para la vida⁹⁴.

Contario a lo que se ha referido sobre los derechos civiles y políticos en relación a que constituían lineamientos de abstención para los estados en respeto de las prerrogativas del individuo, los Derechos Económicos, Sociales y Culturales representan una circunstancia contraria. Los derechos civiles y políticos son derechos "negativos" y los derechos económicos y sociales son derechos

⁹² Pablo Camargo, Pedro. *Manual de Derechos Humanos*. 4ª ed. Bogotá. Leyer. 2012 p. 43

⁹³ Cfr. Ramírez Luis Enrique (coord.). Derecho del Trabajo y Derechos Humanos. El derecho del trabajo y los Derechos Fundamentales del Hombre. Buenos Aires. 2008. P. 20

⁹⁴ Fernández de Oliviera, Michelle Vieira. *La Ciudadanía Incompleta los Derechos Económicos y Sociales en la periferia Urbana de Brasil.* Universidad de Salamanca. Salamanca. 2014 p.37 en *http://books.google.com.mx/books?id=-9SnAwAAQBAJ&printsec=frontcover&dq=inauthor:%22Michelle+VIEIRA+FERNAN DEZ+DE+OLIVEIRA%22&hl=es&sa=X&ei=mDo9VIVc59TwAfjygNgO&ved=0CBw Q6AEwAA#v=onepage&q&f=false consultado el 16 de septiembre de 2014*

"positivos", es decir los primeros requieren solo de una inhibición del Estado para concretarse, mientras que los últimos requieren que haya un soporte activo del estado, la necesidad de asistencia⁹⁵. Resultan ser derechos susceptibles de que sean exigidos hacia el aparato constitutivo del estado; por lo que estos derechos humanos ya no constituyen un simple límite al poder público; más aún potestades reclamables al Estado.

Particularmente sobre el rubro de estos derechos, interesa a esta investigación los correspondientes a los derechos sociales; los cuales se conforman de acuerdo a las propias necesidades que los propios individuos van requiriendo o según las necesidades que las transformaciones les crean⁹⁶. El surgimiento de la necesidad de contemplar esos derechos sociales, precisamente se da como consecuencia de las distintas transformaciones producto de las crecientes desigualdades que en lo económico se venían dando a partir de la revolución de los medios de producción.

Mario de la Cueva señala:

Los derechos sociales pueden definirse como los que proponen entregar la tierra a quien la trabaja y asegurar a los hombres que vierten su energía de trabajo a la economía, salud y la vida y un ingreso, en el presente y en el futuro, que haga posible un vivir conforme con la naturaleza, la libertad y la dignidad humana⁹⁷.

En ese sentido, tenemos concretamente en lo que toca a los derechos sociales en su índole laboral, el empoderamiento de la clase detentadora de la propiedad de los medios de producción, Barrera Nicholson establece:

Un poco por la acción de reivindicación y otro por la visión de sectores de la burguesía dominante que comprendieron que el estado de cosas conspiraba contra el desarrollo mismo del modelo, es que surgieron las primeras disposiciones limitativas del poder de los empleadores y con ellas la necesidad, al menos en el discurso

⁹⁵ Idem

⁹⁶ Kurczyn Villalobos, Patricia (coord.) op. cit., nota 15 p.82

⁹⁷ De la Cueva, Mario. *op.cit.*, nota 83, p. 80

social, de achicar progresivamente la brecha entre los que más tenían y los que menos tenían⁹⁸.

Del mismo modo, los derechos sociales vistos desde el ámbito de los derechos humanos laborales, constituyen aquellos destinados a la reivindicación de clases ubicadas en un plano desigual frente a sujetos, cuya organización o poderío estructural, tienden a estar mejor ubicados en el plano de oportunidades. En esa guisa, el derecho del trabajo es, en realidad un verdadero derecho social, el que nace y se desarrolla con una única misión y promoción, unidireccional, de los derechos y los intereses de los trabajadores⁹⁹.

Como refiere Hernández Cruz, los derechos económicos, sociales y culturales deben de concebirse como el vehículo de todo estado hacia el Estado Social de Derecho pese a la dificultad de ser incorporados valientemente a la legislación interna principalmente por las erogaciones que representan para los estados¹⁰⁰, no olvidando su carácter prestacional.

Esto significa que debe de haber una estructura organizacional con la creación de instituciones autónomas a las cuales el Estado deba de proporcionarles los medios y elementos, así como instrumentos materiales, jurídicos, administrativos y financieros para su desempeño¹⁰¹.

En suma, se puede afirmar sobre los Derechos de segunda generación que su especial característica de indivisibilidad e interdependencia de éstos con el resto de los derechos humanos incluidos los civiles y políticos, concede la necesidad de que no se puedan excluir o relegar a segundo términos. Se obliga al estado a proveer todos y cada uno de los medios para su cumplimiento y concesión, sin justificar su

⁹⁸ Ramírez, Luis Enrique. (coord.) op.cit., nota 93, p. 20

⁹⁹ *Ibidem* p. 21

¹⁰⁰ Cfr. Hernández Cruz Armando. Los Derechos Económicos Sociales y su Justiciabilidad en el Derecho Mexicano. UNAM-IIJ 2010 p. 11 en biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2810/pl2810.htm consultado el 14 de octubre de 2014.

¹⁰¹ Kurczyn Villalobos, Patricia (coord.) op. cit., nota 15, p.76

omisión de realización a factores relacionados con el erario público; por ende plenamente exigibles al estado.

La indivisibilidad de los derechos humanos, tanto civiles y políticos, como económicos, sociales y culturales, todos los cuales tienen la misma jerarquía. La antigua división entre derechos humanos de primera y segunda generación solo tiene significación histórica por la época de su reconocimiento y reivindicación.¹⁰²

Por último, la doctrina señala una tercera generación de Derechos Humanos, denominada derechos de solidaridad, enfocados al patrimonio general de la humanidad. Resultan derechos que no son propios de un individuo en lo particular o relacionado incluso con clases sociales como cada una de las anteriores generaciones destacaba. La presente generación se enfoca en la concepción de derechos inherentes a la humanidad como especie. Entre ellos, citamos el derecho a la paz, derecho al medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado; derecho a beneficiarse con el producto común de la humanidad; Derecho a la comunicación, Derecho al Desarrollo¹⁰³.

2.2 Desarrollo histórico de los Derechos Humanos en México

Diferentes estudios sobre la evolución histórica de los derechos humanos en nuestro país distinguen a éstos, aunque de forma primitiva, desde la época de la colonia como consecuencia de las distintas actividades de protección realizadas por órdenes religiosas, particularmente cristianas, en beneficio de los pueblos autóctonos americanos frente a la crudeza reflejada por los conquistadores. Sin embargo, debemos ceñirnos a la segunda mitad del siglo XIX donde en el México independiente se erige un proyecto de estructura jurídica fundamental para la construcción del estado de derecho como o fue la Constitución política de 1857 aún y con sus interrupciones por motivos de imperio y dictadura.

¹⁰² Pablo Camargo, Pedro. op. cit., nota 92, p. 114

¹⁰³Herrera Ortiz, Margarita. *op. cit.*, nota 23, p.12

2.2.1 Constitución de 1857; el origen constitucional de los derechos del hombre

Como en todo proceso que busca establecer un gobierno que se aleje de los absolutismos o en su caso centralismos, como operaba en nuestro país tras la recién nacida vida independiente, para conformar el Estado de Derecho era necesario dividir el poder absoluto del monarca y limitar su acción hacia los ciudadanos, plasmando todo esto en una Constitución. 104 Por dicha razón, ante la pugna de las corrientes políticas mexicanas se intentó resolver el conflicto mediante la promulgación de la constitución política de 1857. Siguiendo las ideas de la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano, en la que se establece que los hombres nacen libres e iguales y que el objeto de toda sociedad política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre, a saber, la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión; México adopta la escuela del derecho natural racionalista que elaboró en forma doctrinaria los postulados del constitucionalismo moderno. 105

Lo anterior implicaba el texto constitucional adquiría la ideología propia del naturalismo y se avocaba a reconocer los derechos del hombre como las premisas rectoras de los fines del estado de derecho, lo que establecía e definitiva la necesaria protección de los derechos mediante el límite del poder público; algo sin duda para beneplácito de las reminiscencias absolutistas de la época.

Es a partir de esta constitución, donde en México se establece tanto la vigencia de los derechos humanos a manera de prerrogativas inherentes e inalienables al hombre, así como los primeros mecanismos para su tutela dentro del marco de una ley fundamental. El juicio de amparo, constituyó la garantía jurisdiccional concedida al ciudadano para hacer frente al arbitrio del estado originalmente concibiendo la eficacia vertical, esto es límites al poder de las autoridades desde su perspectiva formal como lo es su condición de órgano estatal. Con ello, el proceso de transición

¹⁰⁴ González, María del Refugio, Castañeda Mireya. La Evolución histórica de los derechos humanos en México, Colección de textos sobre derechos humanos, México CNDH, 2011, p. 12

¹⁰⁵ *Ibidem*, p. 16

hacia el Estado de Derecho iniciado antes de la independencia, la expedición del texto constitucional de 1857 es, formalmente, el último eslabón en la conformación de este tipo de Estado; también, que al expedirse culmina el proceso que lleva a la conformación de un Estado independiente.¹⁰⁶

Sin embargo, la turbulencia política que atravesaba el país en la década de los sesentas del siglo XIX contribuyó en gran medida a menguar la aplicación y fuerza de la constitución en comento, ya sea por motivos de la intervención francesa y la subsecuente imposición del segundo imperio como consecuencia del triunfo de los detractores de las ideas liberales que representaba la constitución, así como la implantación de una dictadura como la del General Porfirio Díaz, fueron la cúspide para que la constitución se viera menoscabada en cuanto a su condición de norma fundamental del estado.

Por este motivo, ya entrado el siglo XX nuestro país vivió un parteaguas en cuanto a los aspectos social, político y jurídico, en cuanto último de los casos constituyó una aportación importante a nivel global. En primer término, el descontento social generó movimientos cuya principal encabezado lo era el de la lucha contra la injusticia y la opresión, pues la pérdida de la eficacia del reconocimiento de los derechos del hombre opacados por el menoscabo de la constitución del 57, generó una desigualdad social terrible y a un grado de estar presente en el gran grueso de la población y en sectores particularmente concretos, el agrario y el obrero.

2.2.2 El constitucionalismo revolucionario

La concentración del poder, generó en grupos políticamente fuertes pero ajenos al círculo centralizado de Díaz; detonó el caudillismo y con ello el establecimiento de sectores y divisiones en clases medianamente acomodadas; similar a los orígenes independentistas en el siglo anterior. Como consecuencia del impacto de la movilización armada causada por las dos aspectos descritos con anterioridad, se generó un nuevo grupo en el poder cuya principal aspiración era la de establecer

¹⁰⁶ *Ibidem*, p. 17

dentro de una norma de carácter fundamental todos y cada uno de los principios recogidos por el movimiento revolucionario. Por ello, a la postre culminaría con la expedición de la nueva carta magna de 1917 y con el surgimiento de una regulación de los derechos fundamentales que alumbraría un nuevo paradigma, o al menos una nueva forma de concebirlos.¹⁰⁷

Durante el mes de diciembre de 1916, se estableció en la ciudad de Querétaro el congreso que daría vida a la primera constitución política dedicada a recoger las ideas sociales pertinentes de la época; así como caracterizada por un cambio de paradigma respecto de la corriente jurídico filosófica. La voluntad del constituyente se vio reflejada en el debate que propició tres aspectos novedosos frente a su antecesora:

- a) La ampliación del catálogo de derechos fundamentales
- b) La inclusión de los derechos de grupo o sociales
- c) Así como el cambio de paradigma iusnaturalista a una aproximación al positivismo imperante en la época.¹⁰⁸

Sobre las últimas dos características de la constitución de 1917 (año de su promulgación e inicio de vigencia) conviene destacar que en cuanto al cambio de paradigma referido se muta del reconocimiento de los derechos del hombre a una concesión estatal de prerrogativas denominadas garantías individuales. En ese sentido, el corte iusnaturalista de la constitución de 1857 se vio sustituido por un positivismo que encontraba en la norma el origen de todo derecho. Con lo anterior, el objetivo era claro; dotar al estado, como entidad colectiva, de la soberanía y fuerza suficiente para su conservación, ello sin olvidar el origen de su creación como producto del establecimiento de un régimen o grupo hegemónico.

Con lo anterior, la constitución de 1917, frente a los derechos humanos guardó cierta distancia, pues si bien se estableció en ella un ánimo de reconocer tratados

¹⁰⁷ Carbonell, Miguel. "Los Derechos Humanos en México durante el siglo XX", *Revista Mexicana del Historia del Derecho*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, XXVI, 2012, pp. 121-145 (125)

¹⁰⁸ *Ibidem* pp. 121-145 (124)

internacionales como parte de su ley suprema, asumió a las prerrogativas del hombre como un conjunto de concesiones del estado para sus gobernados, una idea de establecer el derecho por el derecho. Lo anterior no fue óbice para considerar suprimidas los derechos humanos como tal, sino que era la constitución la que debía de establecerlos para garantizar su vigencia; una visión fundamentalista del derecho como máxima de reconocimiento estatal; el derecho vive en cuanto esté reconocida por el derecho objetivo.

La mencionada corriente de positivización del derecho a la que se adecuó la constitución, desde una perspectiva personal encontró una justificación inmediata; aquella consistente en evitar de nueva cuenta la pérdida o menoscabo de los derechos a los que aspiraban algunos de los sectores triunfantes en el proceso revolucionario. Es por ello que lo anterior se liga a la inclusión de os derechos de grupo o de clases.

La lucha armada revolucionaria inicialmente concebida para el restablecimiento del orden constitucional de 1857, integró a los distintos sectores agraviados por la opresión del régimen derrocado, con lo cual tras el congreso constituyente logró incluir los derechos de clases; como los laborales o agrarios, como parte del texto de la constitución de 1917 considerada en la época, como la primera declaración de los derechos sociales de la historia y el derecho mexicano del trabajo como lo afirma De la Cueva; quien as si vez refiere que es esta constitución de 1917 un grito de rebeldía del hombre que sufría injusticia en el campo, en las minas, en las fábricas y en el taller. 109 Aspecto de derechos del hombre que sirvió como modelo de importación jurídica para el mundo en materia de constitucionalización de los derechos sociales.

Como se refirió, la inclusión de los derechos de clases en el texto constitucional como consecuencia del positivismo que imperó en la redacción del texto, implicó una especie de reivindicación de los grupos socialmente agraviados con las condiciones políticas y sociales del Porfiriato; un renovado compromiso político a

76

¹⁰⁹ De la Cueva Mario. op. cit., nota 83, p. 44

través de un documento jurídico. 110 Con lo anterior, la constitución de Querétaro, abandona los formalismos y estructuras clásicas de las constituciones de la época, enfocadas a establecer condiciones orgánicas del estado, para abrir el camino a la idea liberal de incluir pactos de reivindicación delos derechos de grupos sociales, lo que por mucho tiempo consistió en la herencia más mexicana hacia el mundo jurídico, y particularmente al ámbito de los derechos humanos pues sirvió como uno de los modelos base para la instauración del derecho internacional del trabajo con el nacimiento de la Organización Internacional del Trabajo.

La ideología jurídica imperante en la constitución de 1917 se mantuvo perenne durante gran parte del siglo XX. A partir del último tercio de éste, se puede decir que se vivieron distintos momentos en donde la concepción de los derechos de los derechos humanos se veía sumamente comprometida. México vivió el establecimiento de una hegemonía política sumamente impenetrable, en donde el discurso de los derechos humanos, sobre todo los prestacionales como los sociales, se convirtieron en mecanismos de cooptación de las masas con el propósitos de mantenerlas alineadas al sistema que le convenía al estado.

A su vez, se presentaron momentos de crisis de derechos humanos particularmente a finales de los sesentas con las distintas represiones tanto de movimientos estudiantiles como de movimientos obrero, cuya lamentable conclusión desencadenó los sucesos de octubre de 1968. Por su parte, la década de los setentas, de igual manera vivió momentos de suma preocupación en derechos humanos como consecuencia de la llamada guerra sucia, aquella mediante la cual se empleaba a las distintas instituciones estatales para suprimir a grupos sociales y políticos disidentes del oficialismo; década caracterizada por la detención de personas por motivos políticos hasta desapariciones forzada que sentaron precedentes para el estado mexicano, pues fueron estos últimos hechos los que motivaron sanciones años más tarde por los organismos internacionales a los que en materia de derechos humanos el estado mexicano se había sometido en cuanto a jurisdicción se refiere.

¹¹⁰ Carbonell, Miguel. *op. cit.*, nota 107, pp. 121-145 (125)

2.2.3 Crisis e institucionalización de los derechos humanos en las décadas contemporáneas en México.

En la década de 1980, el estado mexicano vivió una etapa de construcción en materia de derechos humanos propiciada por resistencias al régimen instalado. Los abusos endémicos en el sistema de justicia y en la actuación de las fuerzas del orden —especialmente el uso de la tortura— comenzaron a ser identificados como violaciones a los derechos humanos. También los abusos cometidos en el orden electoral —inequidad en la competencia, fraudes, etcétera— se denunciaron como violaciones a los derechos políticos de los mexicanos. 111 Teniendo gran difusión en informes emitidos por organismos observadores de los derechos humanos que al respecto se emitían. El partido Acción Nacional fue sujeto activo en dichos antecedentes por consecuencia a denunciar por violaciones de derechos políticos electorales al estado mexicano ante la corte interamericana de derechos humanos y su reciente jurisdicción reconocida por México a principios de dicha década.

La década de los 90 marcó en nuestro país un significativo avance por lo menos en cuanto a validez de los derechos humanos. El 13 de febrero de 1989, dentro de la Secretaría de Gobernación, se creó la Dirección General de Derechos Humanos. Un año más tarde, el 6 de junio de 1990 nació por decreto presidencial una institución denominada Comisión Nacional de Derechos Humanos, constituyéndose como un Organismo desconcentrado de dicha Secretaría¹¹². Sin embargo, resultaba una ironía que el estado fuera el titular de la dependencia que protege a los

_

Saltalamacchia Ziccardi, Covarrubias Velasco, Natalia. "La dimensión internacional de la reforma de derechos humanos: antecedentes históricos" en Carbonell, Miguel. Salazar, Pedro (coords.) *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, Porrúa-IIJ, 2011, pp.1-37 en http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3033 fecha de consulta 10 de octubre de 2015

¹¹² Antecedentes, Comisión Nacional de los Derechos humanos disponible en http://www.cndh.org.mx/Antecedentes fecha de consulta 15 de octubre de 2015

ciudadanos frente al árbitro de su función, por lo que al no resultar apropiado la constitución de un órgano en donde se fungiera como juez y parte, por lo que surgió la necesidad de escindir dicho organismos del aparato burocrático estatal.

La presión internacional para la asunción de un sistema más sólido de los derechos humanos arriba a esta década por consecuencia a la firma de tratados internacionales de libre comercio con los países de norte américa y la unión europea, por ende también tuvo que enfrentar las exigencias de la "agenda liberal" internacional que se impuso en la posguerra fría. Auspiciada por Estados Unidos y la Unión Europea, dicha agenda proponía el trípode de promoción del libre mercado, la democracia y los derechos humanos.¹¹³

La finalidad de constituir a un organismo no jurisdiccional de protección de los derechos humanos se vio cristalizada en el pasado 28 de febrero de 1992 cuando se emite el decreto de creación del organismo descentralizado denominado Comisión Nacional de los Derechos Humanos en nuestro país la cual fortalece su autonomía e independencia presupuestal a partir del año 1999 a consecuencia de una reforma constitucional.

En principio, la competencia de este órgano fue delimitada por cuatro hipótesis de excepción como son:

a) En cuanto a lo electoral, se ha considerado que debido al carácter imparcial que distingue a tal institución (carácter que incide, obviamente, en la credibilidad que la ciudadanía, en última instancia, puede profesar respecto de su labor) debe mantenerse al margen de cualquier debate de índole política, debate que, necesariamente, implica la toma de una postura respecto de contenidos y orientaciones específicos, situación que redundaría, es evidente, en demérito de su referido carácter de institución imparcial.

¹¹³ Saltalamacchia Ziccardi, Covarrubias Velasco, Natalia. *Op. cit.,* nota 109, pp.1-

- b) Respecto de lo laboral, la Comisión no conoce de violaciones a derechos humanos en virtud de que el vínculo jurídico que se establece es entre particulares y, consecuentemente, las controversias, con lo cual no se concreta el supuesto básico de la intervención de una autoridad o servidor público que atente en contra de los referidos derechos de alguna de las partes.
- c) En cuanto a las cuestiones jurisdiccionales, la razón es que debe respetarse estrictamente la independencia del Poder Judicial Federal como la mayor garantía de la vigencia de nuestro estado de derecho.¹¹⁴

Con motivos del objeto de estudio de la presente investigación, trasciende la excepción prevista relacionada con la materia del trabajo. El argumento que sostiene el fundamento es que no existe esa relación vertical imperante entre los empleadores y empleados, pues concibe la relación de trabajo en un acuerdo de voluntades en un plano de igualdad. Lo anterior constituye un reflejo de la época en atención a la teoría clásica de eficacia vertical de los derechos humanos que refiere en hacer frente de manera exclusiva a los órganos del estado. Como veremos más adelante dicha circunstancias será revertida por motivos de reformas constitucionales.

2.2.4 Reforma constitucional del 10 de junio de 2011

Como se refirió con anterioridad, pese a la creación de un organismo autónomo de tutela no jurisdiccional de los derechos humanos como lo es la Comisión Nacional; el estado mexicano había caído en deuda con los derechos humanos a finales del siglo XX. A nivel internacional, el 5 de diciembre de 2009, fueron

¹¹⁴ Hernández Martínez, María del Pilar. "México, Las Reformas Constitucionales De 1992", en *Boletín mexicano de derecho comparado*, Número 76 Nueva Serie Año XXVI Enero - Abril 1993, pp. 99-114 en *http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/DerechoComparado/numero/76/art/art4.htm,* fecha de consulta 15 de octubre de 2015.

evidenciadas las omisiones del estado mexicano una vez más e cuanto al tratamiento jurisdiccional de los derechos humanos; cuando la Corte Interamericana de Derechos Humanos notificó a México la resolución dictada en el mes de noviembre anterior relativa al caso Rosendo Radilla Pacheco.

La larga tradición del positivismo en nuestro país, que alcanzó en algunas etapas tintes ultra-positivistas, se transformaba en el texto constitucional, en una nueva visión más flexible y garantista de los derechos¹¹⁵ como consecuencia de la reforma del 10 de junio de 2011. Con la entrada en vigor del texto nuevo de la reforma al artículo 1 de la constitución, se confiere un nuevo matiz constitucional, en donde no se depende exclusivamente de la jerarquía de la constitución sino de una relación de contenidos y principios inferidos de un bloque legal conformado por normas internas y externas al estado con motivos de protección de derechos humanos.

Esto es, el estado se convierte en promotor y garante de los derechos humanos aún y cuando su normativa doméstica sea omisa en dichas materias pero exista en tratado, recomendación, jurisprudencia reconocida en el derecho de gentes que permita sentar las bases para la protección de un derecho. En ese sentido se establece como cláusula de apertura constitucional que reconoce como plenos derechos además de los contenidos en el texto de la carta fundamental a los provenientes de los tratados internacionales en que nuestro país sea parte, fortaleciendo así su estatus como límites no negociables frente a la actuación del estado. 116 Se armoniza el derecho en su ámbito doméstico y tradicional.

Este control de la convencionalidad como lo ha nombrado la doctrina consolida un bloque de constitucionalidad referido a aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes y de los actos de autoridad.

¹¹⁵ De la Torre Torres, Rosa María. "El Nuevo Paradigma de los derechos Humanos en México", en Islas Colín, Afredo, Sánchez Cano Julieta Evangelina (coords.) *Derechos Humanos frente a una sociedad globalizada*, México, Porrúa, 2013, pp. 1-15 (p.1)

¹¹⁶ *Idem*, pp. 1-15 (p.3)

Dicha actividad ejercida de manera general por todos y cada uno de los órganos jurisdiccionales en la esfera de su competencia; consolidando una idea olvidada por nuestro sistema de justicia mexicano, el control difuso de la constitucionalidad, en este caso incluyendo la convencionalidad.

Con lo anterior, es de concluir que el progreso de los derechos humanos en México es palpable en cuanto a su derecho sustantivo se refiere, creando con ello una puerta abierta a la posibilidad de ampliar los paradigmas de tutela ya no exclusivamente a la literalidad de la norma, sino de a la conformidad del sistema jurídico una tarea de gran responsabilidad para las autoridades sobretodo jurisdiccionales del país. El concepto de un derecho de contenidos y a manera de mandatos de optimización, sin duda evidencian el paso de nuestra normativa a un neconstitucionalismo acorde con la modernidad requerida para hacer frente a la globalización, donde los derechos fundamentales se encumbran como máximas jurídicas como a continuación veremos.

2.3 Evolución de las relaciones de trabajo: de la prohibición, la protección y su deconstrucción actual.

La actualidad destaca que en el desarrollo de las relaciones de trabajo cursamos una nueva era que marca la tendencia de la administración de las mismas. Dejando atrás los antiguos paradigmas de prohibición, tolerancia y reglamentación de las mismas; han mutado algunos de los principios emanados en la doctrina como lo es el de protección, cuya génesis fue resultado de los procesos legislativos ocurridos durante el siglo pasado, destacando la constitucionalización del derecho del trabajo tanto en Alemania como en México; el establecimiento del primer organismo internacional para su protección como lo fue la Organización Mundial del Trabajo; así como las primeras legislaciones laborales.

Las diferentes críticas al modelo laboral de protección, han estado inmersas en tintes plenamente económicos bajo la opinión de que su principal carácterística: la estabilidad, a la que se le atribuye que entorpece el desarrollo competitivo de los medios de producción. La respuesta a ese obstáculo, es concebido mediante el empleo de la flexibilidad laboral, como nueva etapa de desarrollo del derecho del

trabajo. Nos refierimos a tintes económicos precisamente a los derivados de las políticas de mundialización comercial las cuales exigen un flujo acelerado en los distitutos aspectos que intervienen en la económia, causando con ello un impacto en las leyes de las naciones partícipes en el proceso por conscuencia de la búsqueda de la unificación de sus esquemas laborales acordes a la flexibilidad que permita el correcto flujo de los mercados productivos.

Pese a que la Organzación Internacional del Trabajo ha establecido que la violación de los principios y derechos fundamentales en el trabajo no puede invocarse ni utilizarse de modo alguno como ventaja comparativa legítima y que las normas del trabajo no deberían utilizarse con fines comerciales proteccionistas; ésta circunstancia pareciera ser tratada eufemísticamente por la flexibilidad laboral. Pese a que no puede satanizarse la necesidad de establecer mecanismos que implementen mayor productividad y competitividad en el desarrollo de las relaciones laborales; las políticas adoptadas por la generalidad de los estados se han enfocado exclusivamente en la precarización del empleo bajo las modalidades de abaratamiento del despido y reducción de capacidades de negociación colectiva.

El discurso de fomento a la competitividad y creación de nuevos empleos; se ha visto opacada por los contratos temporales o figuras que rompen con la estabilidad laboral; que lejos de crear nuevas oportunidades de empleo; terminan por constituir empleos compartidos o bien una mera concesión de nuevos puestos de empleo acosta de los que ya se han generado. Una concesión de los trabajadores para los trabajadores, parafraseando a Ugarte Cataldo.

La flexibilidad debe de procurar compatibilizar sus fines más sanos con la protección de los principios del derecho del trabajo; sin olvidar que éste además de reglar las conquistas laborales de los trabajadores, a su vez brinda un equilibrio dentro de los sistemas económicos al regular el conflicto que puede presentarse entre los medios productivos y su principal motor; los trabajadores. Si la protección colectiva se ha menoscabado por diversos factores, resulta importante contemplar la necesidad de una reglamentación sólida que se enfoque a proteger los intereses individuales y los derechos fundamentales que a estos correspondan. Para mayor referencia, se expondrá paulatinamente cada uno de los supuestos aquí señalados.

2.3.1 La prohibición

Durante el siglo XIX los centros de trabajo se encontraban ajenos al interés regulatorio del estado. Los trabajadores eran considerados como una clase peligrosa que debe de ser vigilada y autoritariamente dirigida. 117 Razón por la cual, el estado vedaba la práctica de los derechos obreros, al considerarlos contrarios a los interese económicos y del orden necesario a conservar dentro de una sociedad organizadas.

Codificaciones como la Ley Chapelier y el Código penal francés de 1810, determinaban la prohibición de la coalición profesional así como la huelga¹¹⁸ en donde caso como el mexicano mediante su código penal de 1872 tipificaban con prisión de hasta 8 días y multa a las personas que cerraran una negociación por cualquiera causa o justificación; lo que conlleva a pensar en una breve etapa de intolerancia o prohibición del fenómeno colectivo en una época que no se caracterizó precisamente por la capacidad industrial del país.¹¹⁹

Dicha intolerancia a los intereses obreros, se veían justificados en lo que puede denominarse como un absolutismo de la propiedad privada, en donde la empresa era considerada como un campo vallado de empresario, en donde el estado no debía de intervenir. Bajo esquemas de una organización económica basada en el lucro, la defensa de las libertades del individuo, permitieron que en los centros de trabajo se reivindicara la igualdad entre quienes ofrecían el trabajo y quienes lo aportaban. Esta situación creó una serie de injusticias basadas en esa ficción

¹¹⁷ Ojeda Avilés, Antonio. La deconstrucción del derecho del trabajo, Madrid, La Ley, 2010, p.31

¹¹⁸ *cfr.* Sánchez Castañeda, Alfredo. Las transformaciones del derecho del trabajo, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, p.3

¹¹⁹ *cfr. Idem* p.3

¹²⁰ Ojeda Avilés, Antonio. op.cit., nota 117, p.37

igualdad.¹²¹ Debido a ello, la intención de limitar el ejercicio de derechos laborales obedecía precisamente a la conservación plena e ignominiosa de un sistema económico desigualitario. El sistema económico se percató en este momento que la lucha económica y la necesidad de las conquistas de los mercados internacionales implicaría la búsqueda de la prosperidad económica, pero que ésta no podía fincarse sobre las miserias de las masas.¹²²

El encono social que lo anterior producía entre los integrantes del estado, motivó a un poco subsecuente de tolerancia, sobre todo en el ámbito de coalición; en donde por lo menos ya no se sancionaba el derecho a constituir sindicatos en protección de intereses colectivos, pero sin contar en ese momento con el reconocimiento legal conocido en estos días. A partir de estos hechos actualizados a finales entre las décadas de los setentas y ochentas de dicho siglo, se fueron estableciendo ideas tendientes a establecer la coexistencia de los intereses económicos de la propiedad privada y aquellos derechos relacionados los prestadores de un servicio personal subordinado. Así surgen ideas tendientes a buscar la conservación del interés económico en conjunto a los derechos de clases, marcándose a sí el inicio de una era de reglamentación o protección.

2.3.2 La época de la reglamentación

Paradójicamente, es de la cuna del liberalismo económico (Inglaterra) donde se presentó uno de los antecedentes de la reglamentación laboral, cuando el 29 de junio de 1871 reglamentó el reconocimiento de personalidad jurídica a las coaliciones de trabajadores para constituirse en sindicatos. Fue el liberalismo económico quien a finales del siglo XIX sentó las bases destinadas a una maximización de los derechos de la clase económicamente mejor posicionada

¹²¹ Reynoso Castillo, Carlos. "Las mutaciones del derecho del trabajo". En Kurzcyn Villalobos, Patricia. Tena Suck Rafael (coords.), *Temas selectos del derecho laboral*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014 p. 479

¹²² De la Cueva, Mario. *op.cit.*, nota 83, pp. 18

frente al sector obrero hasta el grado de poner en riesgo su conservación. Ugarte Cataldo destaca:

"No será en todo alguno una suerte de concesión humanitaria del poder político burgués liberal a la nueva clase proletaria, excluida de la riqueza y sumida en condiciones de miseria, sino que el temor de que, precisamente, cristalicen acciones políticas radicales que, al modo de la revolución rusa, intenten ya no la modificación parcial de un sistema sino su sustitución total." 123

Paralelamente, Reynoso Castillo señala que el derecho del trabajo nació como un proyecto equilibrador e igualitario que busca ofrecer un marco jurídico propicio para el desarrollo económico, teniendo como avance diversos conceptos filosóficos de justicia, y en todos ellos de justificaría la necesidad de reglas que permitieran relaciones de trabajo humanizadas. 124 En ese sentido, la era de la reglamentación obedeció a una dualidad; por una parte la conservación del sistema económico compatibilizándolo con el respeto de la dignidad de los trabajadores, con el propósito de salvaguardad la conservación de ambos.

Es entonces que Los estados conciben la necesidad de plasmar en legislaciones diversos principios de protección de manera paralela a la conquista de los derechos políticos conquistados en la mayoría de los países occidentales a principios del siglo XX, en donde a l trabajador le interesa ser más reconocido como ser humanos más allá de una persona servil. Durante el primer tercio de del siglo XX el derecho del trabajo lejos de construir aspectos propios laborales, se sintetizaba el derecho del trabajo en reglas de excepción a los casos contenidos en las reglas comunes del derecho del trabajo. 125 Esto es, los vínculos laborales se encontraban reglamentados por los principios del derecho privado, normas predominantemente

¹²³ Ugarte Cataldo, José Luis. EL Nuevo Derecho del Trabajo, 3ª. ed., Santiago de Chile, Legal Publishing, 2011, p. 9

¹²⁴ Reynoso Castillo, Carlos. op. cit., nota 121 p. 479

¹²⁵ Ojeda Avilés, Antonio. op. cit., nota 117, p.44

civiles, ligeramente atenuadas por reglas que excepcionaban como la limitación de la jornada, la ley de la silla entre otras.

Es durante este periodo en donde naciones como la mexicana y la alemana, sientan las bases para la sistematización propia del derecho del trabajo al establecer respectivamente las primeras constituciones de corte social, con lo que constituían al estado como un ente asistencial del derecho del trabajo. Lo anterior implica introducción de principios destinados a de crear leyes que por mandato constitucional, por medio de las cuales, se habrían de contrarrestar el desequilibrio contractual buscando redimir a las clases necesitadas, así como la tensión social causada por las malas condiciones de vida y del trabajo; dignificación en la legislación laboral y la creación del derecho de la seguridad social.

Como consecuencia a ello, esta etapa del derecho del trabajo marcó la pauta para el establecimiento de un periodo de esplendor de derecho laboral a nivel global. De los años treintas a los setentas del siglo XX infinidad de leyes laborales asimilaron principios que con el paso del tiempo edificaron los principios fundamentales del derecho del trabajo. En este periodo de la historia, se presentarían como grandes ganadores los principios de interpretación más favorable de la norma, la autonomía acotada de la voluntad de las partes¹²⁶, la estabilidad en el empleo, la negociación colectiva derecho de huelga¹²⁷ la primacía de la realidad entre otros.

Los diferentes cambios económicos a consecuencia de la revolución de los medios de producción constituyen el sustento para fomentar la constitución de principios tendientes a alcanzar la mejoría en las condiciones que imperaban en las relaciones laborales de principios del siglo XX. Así, dicha preocupación fue adoptada por el derecho internacional para el efecto de establecer a través de sus fuentes de derecho diversos organismos enfocados a la creación de lineamientos para la debida regulación del rubro laboral entre los diversos Estados que integraban la comunidad internacional. No fue hasta el término de la primera guerra

¹²⁶ cfr Reynoso Castillo, Carlos. op. cit., nota 121, p. 480

¹²⁷ Sánchez Castañeda, Alfredo. op. cit.. nota 118, p.3

mundial cuando fue creada la Organización Internacional del Trabajo (OIT) como Órgano especializado para dichos fines. Fue creada en 1919, con motivo de la conferencia de la paz, efectuada en París y Versalles, al concluir la Primera Guerra Mundial, sobre la base de los siguientes principios fundamentales: no considerar al trabajo como mercancía, la libertad de asociación de los trabajadores, combatir la pobreza, y promover el bienestar común.¹²⁸

La historia contempla diversos intentos por alcanzar fines de previsión y reglamentación laboral como los sentados por Roberto Owen, a quien se le atribuyen la implementación de principios de reducción de jornada, protección de trabajo a menores y políticas de salubridad e higiene, entre otras tendientes a mejorar la calidad de los operarios; ello al estar consciente de lo que representaba el debido equilibrio entre los medios de producción y los trabajadores bajo el argumento de que el debido funcionamiento y mejora en ésta puede ser a consecuencia del buen cuidado de los segundos. A su vez la Encíclica Rerum Novarum, la segunda internacional y el artículo 123 constitucional mexicano 129 formaron piedra angular para su creación. En otras latitudes a su vez, ideas como las de Daniel Le Grand aportaron proyectos de legislación internacional, así como la concepción del establecimiento de organismos para la producción de dichas normas; consistiendo ambos antecedentes en el sustento de la parte XIII del Tratado de Paz de Versalles.

Así, el siglo XX en el ámbito de derecho internacional heredó a la humanidad la constitución de diversos organismos reguladores del derecho de gentes en diversas ramas jurídicas. Una de ellas, la materia del trabajo, concebía la necesidad de establecer los medios para búsqueda de la mejoría de toda desigualdad social que imperaba en los trabajadores de una sociedad de terrible distribución de la riqueza. Así las cosas, la OIT es adherida a la Organización de Naciones Unidas como agencia especializada en normas y políticas relacionadas con el empleo y su

¹²⁸ Ibarra Flores Román. Valores Jurídicos y eficacia en el derecho laboral mexicano, México, Porrúa, 2012, p. 34

¹²⁹ *Ibidem*, p. 35

normatividad internacional con el propósito de homogenizar los derechos laborales de los ciudadanos de los países miembros y adquiere como principal objetivo promover la justicia social y los derechos humanos y laborales reconocidos a nivel internacional, la Organización, prosiguiendo su misión fundadora: la paz laboral es esencial para la prosperidad¹³⁰.

Dicha organización con el propósito de cumplir con sus objetivos, establece mediante cada una de sus órganos un llamado Código Internacional del Trabajo, el cual consiste en la integración de los convenios y las recomendaciones adoptadas por la conferencia general (depositaria suprema de autoridad de la organización encargada de incorporar normas mínimas internacionales de política social)¹³¹ de la OIT, que en forma directa o indirecta influyen en la política laboral de sus países miembros¹³².

El derechos sustantivo internacional del trabajo resulta integrado por cada uno de los instrumentos jurídicos que emite la OIT con el propósito de influir en la política laboral de sus miembros; actividad que se basa en el establecimiento de convenios y recomendaciones. En ese sentido, tenemos que:

"la OIT dio un sentido nuevo al antiguo derecho de gentes, pues el derecho internacional del trabajo que emana de ella no es únicamente un ordenamiento destinado a la regulación de las relaciones externas entre los estados, sino que, sin hacer a un lado esa finalidad, se ocupa también, en forma principal, del bienestar de la clase trabajadora. Y lo cierto es que su obra, no obstante la necesaria actitud conservadora de la institución ha servicio para

89

Organización Internacional del Trabajo, misión y objetivos *en http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/mission-and-objectives/lang--es/index.htm* consultado el 15 de noviembre de 2014

¹³¹ Caris Gómez, Roberto. *Op. cit.*, nota 75, pp. 33-77

¹³² *Idem*

impulsar a las legislaciones nacionales de los pueblos menos arrollados."¹³³

El órgano dispersa cada una de sus normas relacionadas con el empleo en diversos convenios o estatutos jurídicos, éstos de carácter plenamente de derecho; así como recomendaciones de índole auxiliar y complementaria de los primeros. Son estas normas las encargadas de concretar la actualización de los derechos considerados fundamento de la relación laboral bajo una perspectiva global.

Particularmente la OIT ha clasificado dentro de su código internacional del trabajo, diferentes principios y derechos como fundamentales de las trabajo, al reconocer a éstos como imprescindibles de toda vinculación laboral tendiente a constituir todos aquellos que protejan la dignidad, libertad y la igualdad de los trabajadores¹³⁴.

Se cuentan con 185 convenios y 190 recomendaciones con derechos fundamentales del trabajo. Por recomendación debemos entender todo complemento a los convenios internacionales para el efecto de otorgar calidad, en la implementación de los objetivos del convenio. Todo convenio es adoptado en las conferencias internacionales cuando sea aprobada por las dos terceras partes de los delegados presentes. Su procedimiento surge a partir de la inclusión de un tema en el orden del día, el informe que emite la oficina al respecto, así como el análisis que sobre éste realizan los gobiernos y organizaciones laborales de los estados sobre la cual recae un resumen del debate con las debidas conclusiones y propuestas para que previa revisión de la oficina recaiga una segunda discusión para la toma de las decisiones en pleno y su debida aprobación.

Una vez adoptado un convenio se fomenta la comunicación oficial a los países miembros como lo es la sumisión consistente en la puesta al alcance de los estados miembros el convenio con el propósito de conocer su opinión y lograr que sus órganos legislativos tomen las medidas necesarias para su aplicación en caso de

¹³³ De la Cueva, Mario. op.cit., nota 83, p. 21

¹³⁴ Mendizabal Bermúdez, Gabriela. op. cit., nota 77, p. 40.

que sea la intención de ratificarlo, pudiendo a su vez negarse a ello en caso de considerarlo necesario.

La ratificación consistente en la inclusión de los efectos del convenio en la normativa interna de los estados miembros con el propósito de materializar cada uno de los beneficios que éste contempla para la sectores laborales, económicos, así como de los sujetos de las relaciones laborales.

La vigencia de los convenios debe de comprenderse bajo su naturaleza objetiva y subjetiva. La primera de ellas consistente en el tiempo que debe de mediar para que el instrumento surta sus efectos y ésta ópera cuando menos sea ratificado por dos países miembros surtiendo sus efectos a los doce meses de la segunda ratificación. La vigencia subjetiva consiste particularmente en los estados que se vinculan al convenio por su ratificación y por ende surte efectos a los doce meses de la misma. La denuncia como parte de la dinámica de las normas internacionales del trabajo surge a partir de que expira el periodo determinado para el vigor objetivo de un convenio y ésta debe de realizarse dentro del año siguiente a la expiración del mismo, pues ante su omisión se prorrogará por otro tanto igual la vigencia del convenio.

Los convenios adoptados por la OIT guardan diversas clasificaciones en atención al objeto que regulan en sus artículos, pudiendo ser considerados como sobresalientes diversos temas éntrelos que destacan a) los relativo a derechos humanos fundamentales como la libertad sindical y su protección, principios del derecho de sindicación y negociación colectiva y abolición de trabajo forzoso. B) empleo relacionado a los convenios sobre política de colocación de trabajadores, servicio de empleo, orientación y formación profesional. C) política social los cuales constituyen un vacío en nuestro marco nacional ante la omisión de su ratificación; ellos destinados a la búsqueda de procurar un nivel mínimo de vida de los trabajadores en atención a sus necesidades familiares, así como al bienestar y desarrollo con el propósito de lograr progreso social. D) administración del trabajo, enfocados a la inspección del trabajo. E) relaciones profesionales, consistentes en la fijación de condiciones que regulen a los empleadores o sus organizaciones, empleadores y sus trabajadores. F) Condiciones de trabajo, relacionados al

reconocimiento de cada uno de los derechos relativos a los aspectos fundamentales en el desarrollo de un empleo como salario, jornada, vivienda entre otras de índole general. G) Seguridad Social, avocados a la determinación de los derechos de asistencia médica, por motivos de enfermedades, vejez, invalidez y accidentes de trabajo. H) Mujeres, cuyo propósito es orientar la protección de condiciones propias del género como la maternidad y discriminación. I) Trabajo de menores; enfocado a la edad mínima para la realización de un empleo. J) Trabajadores migrantes; K) Trabajadores Indígenas, L) categorías de trabajo especial.

2.3.2.1 Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su Seguimiento

Ante la importancia que ciertos derechos previstos por dicha normativa frente a la administración de las relaciones laborales, Los principios y derechos fundamentales en el trabajo se han convertido por consenso para la comunidad internacional en la base social de la economía mundializada, muestra de ello es la existencia de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su Seguimiento¹³⁵ adoptada en 1998 como respuesta al fenómeno de establecer de manera expresa los derechos aspiracionales perseguidos por el órgano.

Como se ha mencionado, la existencia de los desequilibrios que genera el ejercicio del poder frente a las personas, genera un estado de vulnerabilidad, así, al igual que en las relaciones verticales como suceden con aquellas entabladas entre estado y gobernados; las relaciones de trabajo parten de la existencia de desproporción que existe entre los sujetos que intervienen en el vínculo motivado del ejercicio mismo del poder jurídico de mando que faculta a la entidad patronal ejercer dominio sobre el prestador del servicio personal subordinado, como es el trabajador. Dicho efecto de naturaleza horizontal de poder, como se describió en líneas anteriores, ocurre dentro de la naturaleza particular de las relaciones de

92

¹³⁵ Vega Ruíz, María Luz y Martínez, Daniel. op.cit., nota 78, p. 1

trabajo, por ende susceptible de actualizarse cualquier efecto transversal de los derechos fundamentales.

Ante ello, José Luis Ugarte sostiene que el Ingreso de los Derechos Fundamentales de las relaciones de trabajo ha acentuado un típico y defectuoso rasgo de nuestra regulación jurídica: la aplastante separación entre el derecho y la realidad¹³⁶. En ese sentido, la necesidad de adoptar criterios horizontales de eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones de trabajo ante la disparidad existente en la interacción de los sujetos de las relaciones, han forzado una evolución a la protección de tales derechos dentro del ámbito laboral.

En ese mismo sentido, tenemos que ese distanciamiento de facto que existe entre las partes de la relación laboral, permite llevar en la mayoría de los casos a que lo que originalmente se concibe como un pacto entre dos sujetos se consuma como una imposición ante la ausente capacidad de incidir el interés del operario frente al del empleado. Al respecto se refiere que:

Cuando los agentes privados se sientan a negociar o concertar solo se puede esperar, racional y razonablemente, que tengan en cuenta vectores de sus propios intereses. Por su puesto, el resultado de esto puede ser pesadas externalidades. Peor aún, si las relaciones de poder entre esas partes son extremadamente desequilibradas, la negociación no es sino una fachada legitimadora de la imposición unilateral de una de esas voluntades¹³⁷.

Así las cosas, la necesidad de conciliar dichas diferencias estableciendo límites a ciertas libertades obedece preponderantemente a la búsqueda de establecer bases jurídicas respaldadas por los principios de justicia distributiva, con el propósito preponderantemente de establecer bases y resultados equitativos en el ámbito de las relaciones de trabajo.

137 Vega Ruíz, María Luz y Martínez, Daniel. op.cit., nota 78 p. 8

¹³⁶ José Luis Ugarte Cataldo. op. cit. nota 123, p. 115

Con el propósito anterior y tomando como ejemplo el constituyente queretano los derechos fundamentales del trabajo han alcanzado su constitucionalización. El objetivo de ello es establecer una delimitación del mínimo de protección social, estos derechos constituyen la base normativa natural (en el sentido del iusnaturalismo clásico) que debe ser amparada y protegida a través de la norma por un Estado de derecho de corte social, y ello a través de situarlos en el más alto rango de la pirámide normativa¹³⁸.

Así, el siglo XX en el ámbito de derecho internacional heredó a la humanidad la constitución de diversos organismos reguladores del derecho de gentes en diversas ramas jurídicas. Una de ellas, la materia del trabajo, concebía la necesidad de establecer los medios para búsqueda de la mejoría de toda desigualdad social que imperaba en los trabajadores de una sociedad de terrible distribución de la riqueza. Así las cosas, adherida a la Organización de Naciones Unidas como agencia especializada en normas y políticas relacionadas con el empleo y su normatividad internacional con el propósito de homogenizar los derechos laborales de los ciudadanos de los países miembros; la Organización Internacional del Trabajo (OIT) se crea en 1919 como parte del Tratado de Versalles y adquiere como principal objetivo promover la justicia social y los derechos humanos y laborales reconocidos a nivel internacional, la Organización, prosiguiendo su misión fundadora: la paz laboral es esencial para la prosperidad¹³⁹.

La justificación inmediata para la emisión de la declaración, lo es la consideración que implica el distanciamiento entre el crecimiento económico y la equidad, progreso social y erradicación de la pobreza. Lo anterior busca frenar el avance desproporcionado de las políticas económicas en perjuicio de los derechos sociales

¹³⁸ *Ibidem* p. 5

Organización Internacional del Trabajo, misión y objetivos *en http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/mission-and-objectives/lang--es/index.htm* consultado el 15 de noviembre de 2014

¹⁴⁰ Proemio de la declaración de la Organización Internacional de Trabajo relativa a los Principios y Derechos Fundamentales del Trabajo de 1998.

particularmente los laborales, puesto que los poderes empresariales en ejercicio irresponsable devienen en consecuencias perjudiciales para el trabajo como medio para la distribución equitativa de la riqueza. Así, el interés de la OIT con la emisión de la declaración es procurar el fortalecimiento del vínculo entre el progreso social y el crecimiento económico.

El modelo económico neoliberalista imperante en la época generó la necesidad de incluir normas laborales en tratados de integración económica, ya sea de manera directa o indirecta, en particular las llamadas cláusulas sociales o cláusulas de mínimo respeto a los derechos laborales fundamentales¹⁴¹, con ello dicha adopción de principios desembocó en el decreto y delimitación de los derechos laborales considerados fundamentales en toda relación de trabajo con el propósito de establecer un estándar de protección.

Brevemente señalaremos que el origen de la concepción del derecho del trabajo como disciplina jurídica autónoma, se produce por la evolución de la capacidad de grupos de trabajadores para incidir en la fijación y mejora de las condiciones laborales y la presión que éstos ejercieron sobre las políticas de los estados para abandonar los esquemas civilistas que regían en el siglo XIX las relaciones laborales, y fijar normas puras de derecho del trabajo acordes a las necesidades de equilibrio que éstas requerían.

La lucha del trabajo se propone ante todo igualar sus fuerzas con las del capital, a efecto de que en el presente, el derecho de la empresa no tenga como fuente unilateral la voluntad del empresario, sino que sea el producto de los dos factores de producción, 142 esto es trabajadores y empleadores en sintonía. Constituye una voz que se levanta frente al interés contrario, particularmente empresarial, puesto que gran controversia existe en la doctrina respecto a la razón de ser de los

¹⁴¹ Kurczyn Villalobos, Patricia et al. Derecho Laboral Globalizado, México, Universidad Nacional Autónoma de México Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007, p. 102

¹⁴² De la Cueva Mario. *op.cit.*, nota 83, p. 293.

sindicatos patronales, quienes evidentemente carecen con quien entablar negociación alguna para sus intereses.

2.3.2.2 Declaración de la Organización Internacional del Trabajo sobre la Justicia Social para una Globalización Equitativa.

El segundo aire o resurgimiento del modelo liberal reinante a partir de la década de los ochentas, trajo como resultado la búsqueda del establecimiento de una integración de carácter económico a nivel mundial, trayendo como consecuencia un fenómeno de interdependencia de las economías de los países.¹⁴³

En ese sentido, la economía conformó el lineamiento para la gestión de políticas públicas incluyendo a su vez el propio marco normativo internacional. Entre ello, debemos ubicar al propio derecho del trabajo al constituir éste el principal motor de la economía y productor de la riqueza a nivel mundial.

Ambos factores, tanto economía y trabajo se encuentran inmersos en el fenómeno llamado globalización el cual puede ser definido como el proceso asociado al desarrollo social mediante el cual se produce un incremento en la dependencia de todo tipo de individuos, entidades y naciones¹⁴⁴. Dicha dependencia obedece preponderantemente a factores económicos que se han venido constituyendo como los factores tomados a consideración por la mayoría de los estados para el efecto de poder intervenir y participar ante la comunidad internacional. Una especie de membresía para el ejercicio de las relaciones internacionales.

El banco mundial señala que la globalización es caracterizada por el hecho de que en los últimos años una parte de la actividad económica del mundo que aumenta en forma vertiginosa parece estar teniendo lugar entre personas que viven

Loaiza Ponce José Armando. "Globalización, Humanismo y Derecho del Trabajo". En García Flores, Jacinto y Carrasco Fernández, Felipe. (Comp) EL Derecho del trabajo y la seguridad social en la globalización, México, Porrúa 2011, p. 260

¹⁴⁴ *Idem*

en países diferentes¹⁴⁵. Dicho fenómeno ante la desigualdad social que impera en las distintas latitudes en donde se ejerce, en muchos de los casos distancia el progreso social del propio mejoramiento económico; generando efectos contraproducentes a nivel individual.

En atención a ello, la OIT redobla esfuerzos a partir del año 2008 para reforzar su capacidad en el avance de las metas de la agenda fijada sobre trabajo decente mediante la constitución de una amplia dimensión social en la globalización que permita obtener mejores resultados y que los mismos sean repartidos equitativamente.¹⁴⁶

Al respecto surge la declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa, la cual sienta lineamientos a considerar en las políticas públicas de los estados miembros, orientadas a objetivos estratégicos en materia de empleo, protección social, y demás principios propios del trabajo. De igual manera reconoce la repercusión que tiene en el empleo el propio fenómeno de las políticas económicas, ante lo cual coordina esfuerzos para atenuar los efectos negativos de éstos.

Uno de ellos resulta por motivos de la desigualdad de ingresos que se generaron a partir de la integración económica mundial, el desarrollo económico no siempre arrastraba por consecuencia el debido desarrollo social generalizado. Así, el interés de la declaración lo es contribuir a la promoción de la justa distribución de la economía frente al fenómeno de la globalización, a través de estrategias que permitan la constitución de los valores de libertad, dignidad humana, justicia social, seguridad y no discriminación; necesarios para un debido desarrollo integral de economía y sociedad.

,

Véase ¿Qué es la globalización? En http://www.bancomundial.org/temas/globalizacion/cuestiones1.htm consultado el 15 de enero de 2015

¹⁴⁶cfr prefacio de la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa, 2008

Destaca la declaración como principios la necesidad de promover el empleo en donde las personas adquieran las capacidades y competencias necesarias para trabajar de manera productiva. Al respecto destacamos que con ello se ha desarrollado un nuevo concepto fundamental en el empleo; el derecho de formación o capacitación. Si bien esta última es reconocida por ordenamientos e incluso se le concede el interés social, como más adelante abordaré, la formación del trabajador al ser necesaria para garantizar su aptitud para desarrollar un empleo dentro sector laboral competido por la integración de mercados adquiere un alcance fundamental para el desarrollo del empleo. Aunado a ello, las nuevas formas de contratación procuran una simbiosis entre la formación y la estabilidad laboral, de ahí su importancia.

La justa distribución de frutos de progreso, ampliación de medidas de protección social, así como el respeto por los derechos fundamentales del trabajo; constituyen los objetivos estratégicos de naturaleza inseparable que contempla la declaración. Con ello se busca arribar a la idea de que las normas del trabajo no deberían de utilizarse con fines comerciales proteccionistas, una tarea sin duda difícil de concretar, sabiendo que la economía es el principio sobre el cual se rigen los mercados globalizados.

El interés de conocer la esencia de la declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa, nos permite allegarnos de principios para sostener un análisis posterior de diversas conductas y esquemas empresariales vigentes en las relaciones laborales contemporáneas, por medio de las cuales se causa detrimento en los derechos fundamentales vigentes al interior de los vínculos laborales. Al conocer dichos efectos estaremos en condiciones para destacar de qué manera se debería de ejercer la jurisdicción para el efecto de reconocer la eficacia de los derechos fundamentales de manera transversal así como reforzar la garantía para su protección.

2.3.3 Época contemporánea en el derecho del trabajo: la deconstrucción

Los periodos de la historia parecieran ser ciclos que se repiten una y otra vez. Recordemos que los anteriores periodos del derecho del trabajo se han caracterizado por una evolución como propuesta para regular las condiciones desfavorables a los trabajadores por motivos de los procesos económicos. Recordemos que el abuso de la protección a la propiedad privada del liberalismo radical de finales del siglo XIX encaminó al establecimiento como tal del derecho del trabajo como rama jurídica con la intervención estatal para conciliar el conflicto entre las clases. Seguido a este momento, el derecho de trabajo tuvo un momento de esplendor consolidándose como un derecho predominantemente protector y proveedor de equilibrio entre clase obrera y clase empresarial.

Pues bien, es precisamente motivo preponderantemente económico como lo es la globalización, el que se encuentra en la actualidad incidiendo en la concepción del trabajo. Sánchez Castañeda, a manera de eufemismo, expone que el derecho del trabajo atraviesa por una especie de adolescencia en donde se sabe que cambiará, pero queda la duda de cómo y en qué. Sin embargo, este fenómeno a diferencia del tránsito de la prohibición a la reglamentación del trabajo, parece a la inversa. En aquel momento, fue el derecho del trabajo que impuso las condicionantes para el desarrollo de las actividades económicas generadoras de fuentes de empleos. En cuanto hace a la época actual, es el mercado el que presiona al derecho del trabajo a ceder terreno. Existen corrientes fatalistas que asumen que el derecho del trabajo se extingue, como si tratara de una regresión a las ideas del derecho privado; si bien existen aspectos que asemejen dicha circunstancia, optamos por considerar un aspecto diverso.

El hecho en el que entendemos dicha situación obedece a la percepción de Ojeda Avilés, quien sostiene que nadie diría actualmente que el derecho del trabajo va a morir, pues hay más leyes laborales, más sentencias o más estudios que nunca; a lo mucho cabría observar que estamos en un derecho que cambia¹⁴⁸, a final de cuentas es un derecho que vive.

¹⁴⁷ Sánchez Castañeda, Alfredo. op,cit,. nota 118, p.XIX

¹⁴⁸ Ojeda Avilés, Antonio. *op. cit.*, nota 117 p.37

Digamos entonces que coincidimos en el fenómeno llamado la deconstrucción del trabajo, desde la perspectiva de que existe una oposición jerárquica entre instituciones jurídicas y de subsiguientes inversiones provisionales de jerarquías, con una indicación de lo que ocurre cuando el término subordinado pasa a ser el privilegiado, pero sin perder nunca de vista que la nueva prioridad puede ser invertida de igual modo. 149 El derecho del trabajo de nuestros días se está cortando un traje de retales del anterior, que, será distinto pero el mismo. 150

Esto es, a partir de la experiencia del derecho del trabajo, se encuentra una tendencia que genera variaciones en las concepciones clásicas que hace que en menor o mayor medida, se establezcan condiciones más favorables para el desarrollo de las perspectivas económicas del mundo globalizado. La finalidad perseguida es clara: la maximización de los beneficios empresariales, en un contexto presidido por el axioma de la competitividad. Una especie de transformación o mutación del derecho que se aleja del estado intervencionista así como el fin protectorio del derecho laboral.

Esta transformación del paradigma laboral puede encontrarse ejemplificada en distintos fenómenos tanto estructurales, como de regulación característicos consecuencia de la globalización, la incorporación de las Tecnologías de la información y comunicación (TIC's) y la consecuente flexibilidad que caracterizan a las actuales relaciones laborales.

El aumento de la necesidad de movilidad de mercados y capitales, han generado la necesidad de que la empresa sea más dinámica, ubicua y con las facilidades de incrementar y decrecer su plantilla laboral conforme su producción lo demande. Para ello se desprenden circunstancias como las siguientes:

¹⁴⁹ *Ibidem*, p.28

¹⁵⁰ *Ibidem* p.29

¹⁵¹ Colàs Neila, Eusebi. Derechos fundamentales en la era digital: una propuesta metodológica para su eficacia, Albacete, Bomarzo, 2012, p. 55

2.3.3.1 Flexibilidad

Por flexibilidad precisamente es de entenderse lo que anunciábamos en líneas anteriores, como aquella facultad o poder de adaptarse constantemente a las exigencias que dimanan del mercado, puede distinguirse de acuerdo a distintos ámbitos como el económico, tendiente a reaccionar de acuerdo a las variaciones de los mercados, el aspecto productivo satisfacer en una mejor manera las necesidades del mercado y el ámbito laboral mediante el cual las relaciones de trabajo sufren cambios es su constitución.¹⁵²

En este último ámbito ubicamos se pueden distinguir dos grandes tipos:

La flexibilidad externa, avocada a modificar el volumen de los trabajadores, mediante contratación temporal o facilitando el despido¹⁵³ repercutiendo en el principio de estabilidad laboral. Esta característica atañe a su vez en aspectos como la descentralización de los medios de producción.

La flexibilidad interna por su parte, busca un mayor dinamismo en la prestación del servicio, ya sea para que el trabajador se encuentre obligado a realizar múltiples funciones, se desplace junto con la empresa (o en su caso deslocalización del empleo), repartición a discreción de las horas de trabajo; aspectos que persiguen fundamento en la búsqueda de la competitividad del empleador.

La flexibilidad combina dos variantes antagónicas, aquella que permite la reducción de garantías en las condiciones de trabajo de trabajo, y otro elevando el grado de protección que garantice la cobertura en las transiciones entre empleos, poniendo acento en el aprendizaje permanente de los trabajadores. El derecho de formación se constituye en un principio fundamental del derecho del trabajo, implicando con ello una renovación del paradigma de especialidad y estabilidad laboral, hacia una nueva visión de empleabilidad, es decir, la adquisición de pluralidad de competencias en el trabajador.

¹⁵² *Ibidem*, p. 60.

¹⁵³ *Idem*

¹⁵⁴ *cfr Ibidem* p. 61.

2.3.3.2 Descentralización productiva

El presente fenómeno al interior de las relaciones de trabajo, puede ser denominado de distintas maneras; desde el clásico anglicismo conocido como *outsourcing*, la externalización de áreas productivas, tercerización de las relaciones laborales, subcontratación de personal; entre otras que han devenido en su conjunto en ideas algo más complejas calificadas como herramientas propias de la deconstrucción del trabajo. El origen de estos esquemas ha obedecido a una influencia inmensurable de las necesidades del mercado internacional económico; forzado a reducir costos operacionales para garantizar la competencia en los mercados conformantes economía globalizada.

En la medida de que se fue concretando la inminente interacción de mercados, las fuerzas de la derecha y sectores neoliberales de la economía se plantearon cambiar la correlación de fuerzas sociales, incrementando la flexibilidad económica (descentralización productiva, nuevas tecnologías, entre otras) y laboral(segmentación, reforma de mercado de trabajo entre otros). La finalidad de ello fue crear el ambiente propicio para que las empresas estuvieran actualizadas en los lineamientos que los modelos económicos exigían.

Pese a que la existencia de la externalización de las relaciones laborales es concebida en países escandinavos, como Suecia desde mediados del siglo pasado a proporciones pequeñas industrias agrícolas como refiere Ojeda Avilés, la explosión del fenómeno se da con gran intensidad con el surgimiento de la globalización económica de los años sesenta al señalar:

La aparición en escena de los [tigres asiáticos], con producciones a mitad de precio en los sectores más importantes de la economía, llevó a la ruina a algunos de aquellos gigantes y a otros los hizo reconvertirse a toda prisa en *enanas rojas*, de enorme potencia concentrada gracias

102

¹⁵⁵ Tinoco García, Alicia Margarita (coord.) El trabajo en las sociedades actuales, El trabajo en las sociedades actuales condiciones y ambientes laborales salud y vida cotidiana, México, Miguel Ángel Porrúa, 2014, p. 9.

a la exteriorización del mayor número posible de segmentos de actividad, los cuales siguieron, empero, vinculados a ellas merced a los pedidos y a la dependencia económica.¹⁵⁶

Lo anterior rompe con los esquemas de producción en masa y cadena que imperaban en dicha coyuntura histórica y que originaba la existencia de las grandes empresas productoras; dicha involución prevé la quiebra del modelo fordista y que expresan la tendencia a reservarse una suerte de núcleo duro de su actividad y la de entregar a otras empresas la parte restante.¹⁵⁷

Lo anterior implica que la empresa conservaba medularmente un núcleo productivo que implicaba el control mismo objeto económico para delegar a terceros únicamente procesos periféricos y secundarios que implican un mayor gasto en el proceso de producción que la utilidad que le representaba. Desde el punto de vista externo, la empresa se ha visto arrollada por un contexto que las ha catapultado hacia una vorágine de cambios en donde la creciente apertura de mercados que las ha obligado a buscar modalidades de organización y vinculación¹⁵⁸ que les faciliten obtener sus resultados de una manera más lucrativa, o menos costosa según el enfoque que le pretendamos conceder.

2.3.3.3 Deslocalización del empleo y las TIC's

El auge de las Tecnologías de la información y comunicación (TIC´s) a finales del siglo XX constituyó la incorporación de éstas al desarrollo de las relaciones de trabajo cambiando los paradigmas hasta ese momento convencionales en cuanto al ejercicio de la dirección. Lo anterior en atención a que la empresa ya no dependía de un establecimiento físico, sino que puede constituirse en un entorno virtual.

¹⁵⁶ Ojeda Avilés, Antonio. op. cit., nota 117, p. 118.

¹⁵⁷ Murga Toraza, Rolando. "El Outsourcing y sus efectos en Panamá", En De buen Lozano, Nestor (coord.) *El Outsourcing visión Iberoamericana*, México, Porrúa , 2011, p. 99

¹⁵⁸ Reynoso Castillo, Carlos et al. Subcontratación un fenómeno global, México, UNAM-IIJ, 2011, p. XII

Es entonces cuando las relaciones de trabajo se ven modificadas en cuanto a aspectos fundamentales como la subordinación personal, la asistencia física a una fuente de empleo, su temporalidad en el servicio entre otros aspectos clásicos en el entonces concepto de la prestación de un trabajo. De entre las características de las relaciones laborales en donde intervienen estas tecnologías, podemos considerar:

- a) Son atemporales o sincrónicas
- b) Deslocalizadas
- c) Interoperables
- d) Ubicuidad
- e) Transfronterizas
- f) Multidireccionales
- g) Instantáneas
- h) Intangibles
- i) Fuerza habilitante digital (firma electrónica, *password*, clave de usuarios)¹⁵⁹

La consecuencia de este fenómeno prestacional de las relaciones laborales, evoca una especie de crisis de la subordinación como elemento de existencia de la relación de trabajo, una fragmentación de la misma al romper con la cadena y la jerarquización entre los sujetos. Esto es, ya no existe una línea directa de mando la cual evoca en una desnaturalización del empleo al perderse el ejercicio de un poder de mando frente a un servicio personal.

Consecuentemente las relaciones laborales sufren una disolución progresiva, esto es, se difumina la separación clásica entre el trabajador por cuenta ajena y el trabajador por cuenta propia, al no establecerse los mecanismos claros de hasta qué punto la ausencia de dirección directa rompe o no los esquemas tradicionales de existencia del vínculo laboral como lo es la sujeción a la subordinación.

Este tipo de características definen el nuevo fenómeno laboral conocido como teletrabajo, considerado como aquel efectuado en un lugar distante de la oficina

104

¹⁵⁹ Rostro, José Luis. EL derecho del Trabajo en la era del Internet, México, 2013,

central o del centro de producción e implica una nueva tecnología que permite la separación y facilita la comunicación.¹⁶⁰

El teletrabajo implica tres elementos:

Locativo o geográfico: traslado de su labor fuera de la empresa o a distancia mediante el empleo de herramientas tecnológicas.

Cualitativo: imprescindible utilización intensiva de tecnologías de la información y comunicación.

Organizacional: es parte de una nueva forma de organización de la empresa. La labor es concebida de esa forma.¹⁶¹

A su vez pueden desarrollarse el teletrabajo en distintas formas de conformidad a su lugar en donde se desarrolla el empleo pudiendo ser, El efectuado desde un centro especial habilitado para tales efectos por la empresa o en su caso alquilado por ella. El Teletrabajo móvil el cual es desarrollado en cualquier lugar sin necesidad de establecerlo en el contrato. El efectuado desde el domicilio del trabajador consistente en la forma más extendida. El denominado Off shore o tele trabajo internacional. Reducción de costos, interacción de usos horarios. El teletrabajo desconectado, *off line* en el cual no se mantiene una conexión o comunicación simultanea entre el trabajador y el empleador o su servidor. Contrariamente el Conectado u *on line* adscrito al servidor o plataforma digital de la empresa, que permite la interacción y flujo de la información.

En estos casos; la subordinación como control físico y directo del trabajador se rompe; dando origen a una nueva modalidad de vinculación: la modalidad de inserción en el sistema informático y telemático de la empresa, el grado de dependencia tecnológica, la conexión funcional y económica del trabajador.

Por consiguiente, las nuevas relaciones de trabajo presentan una complejidad que sobre pasa los esquemas actuales tanto de regulación como de concepción del derecho tradicional. La evolución de los procesos productivos, la modalidad de prestación del servicio, así como el mecanismo para su consumación genera la

¹⁶⁰Ugarte Cataldo, José Luis. op.cit., nota 123, p. 181

¹⁶¹ *Ibidem*, p. 182

necesidad de una evolución consciente del derecho del trabajo a la par de los fenómenos económicos y empresariales para no caer en una nociva desregulación.

2.3.4 Emergencia de los derechos fundamentales y las relaciones laborales

Al habernos referido al reconocimiento de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales como aquella limitación que cobra vigencia ante el fortalecimiento del dominio económico e interpersonal que se origina cuando por motivos de una relación establecida por la autonomía de la voluntad de las partes se presentan situaciones de disparidad y asimetría entre los contratantes como es el caso de las relaciones de trabajo; resulta importante analizar el papel que juega el elemento que le da a estas relaciones su principal característica.

La subordinación definida anteriormente como el poder jurídico de mando ejercitado sobre una persona que somete su autodeterminación en la ejecución de una actividad a otra persona a la cual se compromete a corresponder con obediencia. Tal poder jurídico de mando debemos comprender tanto en su forma subjetiva; aquella que recae de manera interpersonal, así como en su aspecto objetivo que en perspectiva personal corresponde a aquellas determinaciones que se ejercen de manera organizacional en el desarrollo de la vida al interior de la empresa o fuente de trabajo.

Montoya Melgar sostiene pese a que las legislaciones laborales establecen los lineamientos para la constitución de los contratos laborales, recae en el empresario unilateralmente la elaboración del contenido al conocer de primera fuente las necesidades propias de las actividades a realizar, convirtiendo al contrato en un juego de ofrecimiento de condiciones a las cuales en la mayoría de los casos a los trabajadores únicamente les resta aceptar o rechazar. Con ello se fortalece la idea del poder empresarial como limitante de la voluntad de las partes en cuanto al contrato individual de trabajo se refiere; ya que en la mayoría de los casos los trabajadores en lo individual carecen de la posibilidad de establecer condiciones laborales.

106

¹⁶² Montoya Melga, Alfredo. op. cit., nota 66, pp. 27-48

Así las cosas, nuestra Suprema Corte de Justicia de la Nación por conducto de su primera sala ha pronunciado recientemente criterios sobre los cuales se pronuncia entre otros aspectos sobre el poder de dirección empresarial, reconociéndolo como un verdadero poder capaz de irrogar derechos fundamentales; afirmando que el poder del empresario es una amenaza real a los derechos del trabajador, no por considerar tales poderes como intrínsecamente perversos, sino, más sencillamente, por cuanto la lógica empresarial -sus principios económicos y sus valores normativos- actúa como freno a la expresión de aquellos derechos, comprometiendo su desarrollo. 163 En donde a su vez sostiene que éste poder puede ejercitarse durante selección del personal, pasando por la distribución del tiempo de trabajo y las modalidades de contratación, y llegando hasta la fijación de medios de control y a la instauración de normas de conducta y disciplina laborales; por ende en cualquier momento en que interactúan los contratantes.

Ante dichas circunstancias, la doctrina ha distinguido dos supuestos correlativos a constituir mecanismos de pertenencia del sujeto frente a la empresa con el propósito de reconocerle en cierta medida la posibilidad de garantizar la vigencia de sus derechos y consecuentemente la propia eficacia frente al poder patronal; mecanismos que atendiendo a la condición de status que deviene de la prestación del servicio e integrante, por analogía, de un micro estado llamado empresa; constituyen la ciudadanía de y en la empresa.

Así como en las sociedades la ciudadanía refleja el sentido de pertenencia que una persona adquiere frente a su estado, en la empresa este supuesto a su vez en voz de Gutiérrez Pérez se compone de dos pilares, por un lado de los derechos de participación política y por otro de los derechos más básicos e importantes de las personas.¹⁶⁴

163 1a. CDXXVII/2014 (10a.) Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 13 Tomo I Diciembre de 2014, Página 242, Registro lus 2008112

¹⁶⁴ Cfr. Gutiérrez Pérez, Miguel. op. cit., nota 62, p. 24

Respecto a la primera de las ciudadanías; debemos aludir que la ciudadanía de empresa constituye el derecho reconocido específicamente a los trabajadores con el objeto de garantizar a éstos la participación en la organización y gestión de la empresa. Esto es, en atención a la pertenencia que el trabajador adquiere en la empresa, se le contempla esa posibilidad que como en toda sociedad democrática, tenga voz y voto en cada una de las decisiones relacionadas con el rumbo de la fuente de trabajo. Una prerrogativa de participación al interior de la empresa.

De acuerdo a la doctrina, la ciudadanía de empresa constituye una medida inclusiva para el efecto de que todos los sujetos al interior de la empresa, se vean involucrados en la toma de las decisiones cuyos resultados pudieran afectar sus intereses. De lo anterior se desprende que ésta solo puede existir cuando verdaderamente se tomen las medidas suficientes para garantizar la toma de decisiones como procesos de producción, inclusión de nuevos trabajadores, prestaciones laborales; entre otras que incidan en la esfera jurídica de los trabajadores.

En la realidad; dichos supuestos han sido en algún momento intentado ser alcanzados mediante la organización colectiva de los trabajadores, en la medida del establecimiento de coaliciones de carácter permanente para la defensa de sus intereses. La sindicación para algunos sectores fue el mecanismo que les permitió acceder a la participación al interior de las negociaciones en que se firmara el pacto colectivo. En ese sentido, la esencia de este término de ciudadanía a decir de Muñoz León, consiste en estatuir de manera dispositiva y perentoria la afiliación sindical de los trabajadores y el incorporar por ley a representantes de los trabajadores a los directorios de las sociedades. Lo que implicaría una emancipación del trabajador del dominio pleno del empleador.

Tal supuesto en una sociedad neoliberal, pareciera imposible de consumar en la medida a que los distintos fenómenos organizacionales empresariales apuntan a la

¹⁶⁵ *Idem*, p. 25

¹⁶⁶ Cfr. Muñoz León, Fernando. op.cit., nota 50, pp. 373-404

¹⁶⁷ *Idem*

exclusión definitiva de esta posibilidad; no solo en cuanto a la participación al interior de la empresa; sino que incluso en la representatividad de los derechos laborales del sector. Dicha carencia influye de manera determinante para que la globalización jurídica pueda tener verificativo al constituirse colectivos sistemáticamente excluidos de la toma de decisiones que atañen, por cuanto a su calidad de vida y bienestar, en relación a la justicia social como elementos cruciales para estabilidad y compartición de los beneficios de la globalización. ¹⁶⁸

Por otro lado, ante el fenómeno del ejercicio del poder empresarial caracterizado por la subordinación de los trabajadores a sus acciones y decisiones; se concibe otro aspecto de status al interior del centro de trabajo. La ciudadanía en la empresa la cual recae en la determinación del alcance del poder empresarial respecto a los derechos y libertades propios de cada trabajador¹⁶⁹; es decir, ya no hablamos de la capacidad de participación del trabajador como sujeto activo dentro de la empresa; sino de la postura pasiva de éste frente a las acciones patronales.

En otras palabras, la idea de ciudadanía en la empresa representa la tutela de los derechos fundamentales de la persona trabajador en contraposición a la actividad empresarial. La libertad de dirección empresarial no resulta un poder arbitrario con el cual se puedan tomar decisiones carentes de proporción alguna sobre la conducta del trabajador.

La concepción de ciudadanía en la empresa, deviene de un cambio de paradigma en el derecho del trabajo, así como la constitucionalización de éste al seguir líneas del pensamiento garantista en cuanto a la vigencia de los derechos fundamentales. Cuando hablamos de ciudadanía de empresa, atendemos a una cualidad que se le reconoce a cada trabajador,¹⁷⁰ es decir surge por motivos de la relación laboral; en cambio, lo conducente a la ciudadanía en la empresa refiere a

¹⁶⁸ Gómez Rodríguez Juan Manuel. "¿una ciudadanía laboral para la globalización? Retos y Perspectivas.", en González Chévez, Héctor (coord.) *Derechos Humanos, Reforma Constitucional y Globalización*. México, Fontamara, 2014. Pp. 33-44.

¹⁶⁹ Gutiérrez Pérez, Miguel. op. cit., nota 62 p. 25

¹⁷⁰ *Ibidem*, p. 39

una condición previa, es decir, el traslado de los derechos fundamentales previamente adquiridos por la condición ciudadana hacia el interior de la fuente, lo que conlleva a determinar su condición apriorística a la relación laboral. El origen del nexo laboral no genera una afectación a ésta.

Gutiérrez Pérez justifica la actualización de la ciudadanía en la empresa como limitante al ejercicio del poder jurídico de mando en las relaciones de trabajo, bajo el argumento distintas causas que devienen del actual modelo laboral; de las que destacamos:

- a) La Individualización de las relaciones laborales: Consecuencia de la pérdida de capacidad negociadora de las asociaciones sindicales así como la búsqueda de soluciones vías de comunicación directa entre el patrón y el trabajador.¹⁷¹ La existencia de mayor margen de la autonomía de la voluntad de las partes al momento de contratar. El autor citado refiere que esto es un paso producto de la consolidación del nivel colectivo. Sin embargo, tal afirmación en el contexto latinoamericano no pareciera del todo apropiada, pues la negociación colectiva no alcanzó a consumar dicha posición y por el contrario se recurre a la negociación individualizada al carecer de representación colectiva eficaz. Lo anterior requiere que el trabajador realmente cuente con la calificación necesaria para estar en condiciones de negociar, lo cual no siempre ocurre.
- b) La nueva organización del trabajo: como más adelante expondremos tendiente diseminar los procesos productivos así como las responsabilidades que frente a los trabajadores corresponda a la empresa como unidad económica de producción.
- c) El empleo de nuevas tecnologías en la relación de trabajo: Causantes de un nuevo concepto de subordinación al concebir variantes en cuanto a la presencia física del trabajador o no en la fuente de empleo (teletrabajo o labor virtual) así como el control y vigilancia que puede hacerse por medio de estos medios sobre los trabajadores.

_

¹⁷¹ *Ibidem* p. 62

De los anteriores agentes causales se deriva la necesaria adaptación de un modelo de ciudadanía en la empresa que permita comprender la necesaria limitación del poder directivo para salvaguardar derechos fundamentales al interior de la relación laboral.

Por último, el ejercicio de la subordinación consecuencia del contrato de trabajo, debe de allanarse a principios que permitan ser compatibles tanto la libertad de dirección empresarial con los derechos fundamentales de los trabajadores; pues no se debe de olvidar que al constar en relaciones entre particulares irremediablemente se generará colisión de los derechos de ambos. Así al igual que lo sostenido por nuestro máximo tribunal judicial; Sagardoy Bengoechea afirma que el principio de buena fe en la ejecución del contrato de trabajo, impone al empresario actuar en la medida posible y compatible con su poder de dirección en atención a un triple deber correspondiente a la prevención del menoscabo de derechos, razonabilidad en la organización del trabajo y conservación de los derechos fundamentales de sus trabajadores.¹⁷²

Con lo anterior se concluye que el ejercicio del poder jurídico de mando al interior de la empresa, se encuentra supeditado a la adopción de medidas tendientes a garantizar el normal ejercicio de los derechos fundamentales de los trabajadores que ingresen al dominio de la entidad patronal bajo la actualización de un contrato. La ciudadanía en la empresa constituye la vigencia y eficacia al mismo tiempo de estos derechos frente al poder de dirección patronal. Cualquier medida que por la naturaleza del ejercicio de dicho poder busque limitar éstos; deberá de encontrarse sujeta a una condición racional, idónea y proporcional.

¹⁷² Sagardoy Bengoechea, Juan A. op.cit., nota 67, p. 43

CAPÍTULO TERCERO

3. Estudio Comparativo de la Tutela de Derechos fundamentales en las relaciones de trabajo, México – Chile

El interés de la presente investigación se sustenta en la interrogante de conocer si nuestro jurídico mexicano cuenta o no con las condiciones, normas y mecanismos adecuados para la protección de los derechos fundamentales en su sentido transversal y particularmente con al interior de las relaciones laborales. En ese sentido, con el propósito de ubicarnos en un contexto comparativo; tal y como nos ha sido referencia en nuestro marco conceptual; nuestra atención es atraída por el paradigma chileno que ha adoptado medidas legislativas al respecto.

Con ello es menester analizar los distintos niveles de construcción normativa que con esa finalidad han desarrollada ambos países, para con ello allegarnos de un criterio que nos permita establecer a partir de su experiencia, las medidas necesarias para determinar la efectividad o no de los derechos fundamentales a nivel horizontal en nuestro país, particularmente en al caso de las relaciones de trabajo.

Se analizará el propio marco constitucional de ambas naciones con el propósito de analizar la construcción de derechos fundamentales aplicables a nuestra materia, y como de ésta se desprenden la creación de las normas descendentes a ésta para procurar que los derechos fundamentales sean efectivos. Es a consecuencia de ello que establecemos las consideraciones a continuación expuestas.

A nivel Latinoamérica, la República de Chile ha desempeñado en muchas ocasiones una especie de laboratorio social para el desarrollo de políticas neoliberales tendientes a penetran en las raíces sociales del país. Paradigmas como los sistemas privados ahorro para el retiro fueron muestra de ello en la década de los noventas, por citar un ejemplo. De igual manera el aspecto flexibilizador de las normas laborales ha desempeñado un papel importante en el campo del derecho laboral como consecuencia de esa ideología neoliberal; el ingreso de

esquemas de subcontratación, suministro de mano de obra, relaciones de carácter transitorio, teletrabajo.

Paradójicamente, frente al papel desarrollado en los procesos deconstructivos del marco jurídico laboral común, ha desarrollado doctrina, elaborado legislación, adecuado tribunales y procedimiento laboral; para la tutela de los derechos fundamentales en el trabajo como resultado de una gestión administrativa de la Dirección del Trabajo al emitir jurisprudencia relacionada con este tema; avanzando a una eficacia transversal de los derechos fundamentales al interior de las relaciones de trabajo al contemplar tanto la validez de estos a través de la ley y su jurisprudencia; así como la eficacia de estos derechos por motivos de la dotación de una garantía tendiente a sentar las bases para una debida tutela; materializando con ello avances legislativos en materia procesal para la tutela de los derechos fundamentales en el plano de las relaciones obrero patronales.

Por su parte, México; considerado por los grandes especialistas como el país precursor de los ideales del derecho social, y en específico de los derechos elevados a rango fundamental a partir de su constitución de 1917; ha vivido tiempos en donde se ha rezagado en cuanto a la actualización de su marco normativo en aras de una debida protección de este derecho de clases. El país que por muchos años constituyó ejemplo de innovación legislativa, cayó en un letargo en dicho rubro como consecuencia sobre todo a causa de aspectos políticos. Sin embargo, ese rezago no impidió que la realidad siguiera su normal desarrollo histórico y se sumara a la actualización de fenómenos laborales de corte neoliberal y por ende flexibilizadores al interior de las relaciones de trabajo.

La reforma a su legislación del trabajo entrada en vigor en diciembre de 2012, permitió el ingreso de regulaciones de flexibilización en las relaciones de trabajo, tales como contratos sujetos a prueba o capacitación, una nueva condición de subcontratación; así como ligeros adelantos en aspectos de discriminación y acoso laboral como criterios para salvaguardar la dignidad del trabajador. Pese a haber concebido un cambio de paradigma constitucional en el año 2011 relacionado con la plena vigencia de los Derechos Humanos en su aspecto positivo, tal antecedente no permeó de manera prudente en la legislación laboral, rectora por excelencia de

vínculos jurídicos en donde precisamente interactúan derechos fundamentales de manera muy sensible.

Como consecuencia a lo anterior, resulta oportuna la comparación de los esquemas nacionales de ambas naciones, para el efecto de valorar la oportunidad de rescatar puntos importantes que permitan habilitar una mejor perspectiva de la eficacia de los derechos fundamentales al interior de las relaciones de trabajo, partiendo del reconocimiento de la interacción que estos tienen en tales vínculos.

Se partirá de categorías de análisis paralelas a nivel legislativo como son el plano constitucional de ambos países en relación a su tratamiento de los derechos fundamentales en el trabajo, descendiendo a la reglamentación ordinaria, que en ambos casos resulta vinculante para la integridad del territorio de cada nación, es decir para el caso chileno de índole republicano, y para el caso mexicano a nivel federalizado. De igual manera se imprimirá descripción de las ideas emanadas de la jurisprudencia de ambas naciones (haciendo hincapié en la naturaleza particular que cada país le reconoce como fuente del derecho).

La segunda parte de este capítulo abordará los mecanismos de protección de los derechos fundamentales presentes a nivel constitucional; en donde imperan las acciones generales de amparo. Inmediatamente se continuará con aquellos de índole ordinario ya sea en su aspecto administrativo como lo son las inspecciones del trabajo y las autoridades jurisdiccionales con el respectivo tratamiento en la tutela de los derechos fundamentales en las relaciones de trabajo.

Se concluirá con el cruce de la información arrojada como puntos medular de cada uno de los supuestos analizados con el propósito de arribar a una opinión personal sobre la oportunidad que cada uno de ellos representa para la procuración de tutela de los derechos fundamentales en el marco de las relaciones de trabajo.

3.1 Marco Jurídico Nacional

La ley fundamental, leyes reglamentarias y jurisprudencia serán abordadas en las siguientes líneas de acuerdo a su tratamiento de derechos fundamentales en el seno de las relaciones de trabajo. La línea a seguir es la primacía jerárquica de éstas, así como su papel integrador de la legislación; para el caso de la

jurisprudencia como resultado de la aplicación e interpretación de la norma para un caso concreto. De las categorías que se analizarán a continuación, se concluirá con el correspondiente cruce de información que permita verificar el panorama de la eficacia de los derechos fundamentales acorde a nuestro marco normativo. Para ello se analizan las siguientes categorías.

3.1.1 Plano Constitucional

La inclusión de derechos de corte legal dentro de los textos constitucionales desde siempre ha sido un tema que causa discordancia entre los estudiosos del derecho. Afirmaciones como la de que constituye una invasión de la carta magna hacia los cuerpos legales es una de las principales objeciones a la constitucionalización de cierta naturaleza de derechos, entre los cuales sobresale el derecho del trabajo.

Por otra parte existen afirmaciones que sostienen que el lento y disperso desarrollo de normas laborales durante el transcurso del siglo XIX y la consolidación del derecho del trabajo a comienzos del siglo XX, son procesos que culminan, definitivamente con la constitucionalización del derecho del trabajo. 173

A manera de antecedente a este fenómeno de constitucionalización existe la idea de que como una de las causas de ésta ocurrió ante la crisis inicial del capitalismo, provocada en parte por el surgimiento de una clase obrera impugna sus precarias condiciones de trabajo, exige una solución estatal y defensiva. Esta solución será el reconocimiento jurídico del conflicto. 174 Es decir, se parte de una nueva concepción del derecho del trabajo a partir de consolidad una defensa del estatus quo del modelo económico en crecimiento dentro de la sociedad occidental.

En ese sentido, se afirma que en este modelo, el estado interviene el ámbito económico en las relaciones laborales que se desarrollan en su interior, con el objetivo explícito de dar viabilidad al modelo capitalista.¹⁷⁵ De nada serviría

115

¹⁷³ Gamonal Contreras, Sergio. op. cit.. nota 59, p. 51

¹⁷⁴ Ugarte Cataldo, José Luis. op. cit.. nota 123, p. 25

¹⁷⁵ *Idem*

garantizar la libertad comercial, sin la posibilidad de establecer un mecanismo que atenúe la confrontación entre los dueños del capital y aquellos individuos que ponen a disposición del empleado su empeño y fuerza de trabajo, por ende el reconocimiento de ese conflicto demostró la necesidad de adoptar un derecho protector en ambos sentidos.

Las distintas pugnas que en este sentido se suscitaron en la sociedad moderna, fueron la fuente inmediata para que el movimiento constitucionalista de principios del siglo XX permitiera a los constituyentes más progresistas y de corte social, aspirar a garantizar el derecho laboral al interior de las respectivas cartas magnas en cuya redacción participaban. Dicho proceso había comenzado con el surgimiento del estado social de derecho derivado de la inclusión en los textos constitucionales de cláusulas laborales, como fue el caso de la Constitución Mexicana de 1917 y de la Carta de Weimar de 1919. 176

Para Ugarte Cataldo la eficacia normativa de las constituciones se encuentra marcada por dos cruces históricos entre el orden constitucional y el derecho del trabajo; el primero de ellos a raíz de la inclusión de los derechos laborales básicos a los textos constitucionales y el segundo de éstos a consecuencia del reconocimiento de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales entre particulares especialmente en las relación laboral. 177

Esto es, la inclusión de principios del derecho laboral al interior de las constituciones, tuvo por objeto la fundamentalización de estos derechos, tomando como resultado esto la llamada constitucionalización del derecho del trabajo. Una vez afianzados estos derechos plenamente específicos del trabajo, la legislación reconoció la recién laborización de los derechos fundamentales; es decir como estas prerrogativas debían ingresar al desarrollo de la empresa.

Así las cosas, no solo es pertinente hablar de constitucionalización del derecho laboral, sino que también es posible hablar de "laborización de los derechos

¹⁷⁶ Gamonal Contreras, Sergio. op. cit., nota 59, p. 52

¹⁷⁷ cfr. Ugarte Cataldo, José Luis. Derechos fundamentales en el contrato de trabajo, Santiago de Chile, Legal Publisihing, 2013, p. 20

constitucionales",¹⁷⁸ lo cual ha permitido la concepción de dos términos de ahora ampliamente tratados por la doctrina; para el caso del constitucionalismo social se ha hablado de derechos fundamentales específicos, y para el caso de la ciudadanía en la empresa se ha hablado de los derechos fundamentales inespecíficos.¹⁷⁹

En este nuevo paradigma, la clave será considerar que las normas constitucionales tiene todas -sin distinción- plena eficacia vinculante, incluidas, especialmente, las que estipulan los derechos fundamentales de las personas (eficacia directa de la Constitución), y que por tanto, son susceptibles de producir efectos jurídicos inmediatos, sin necesidad de mediación legal de ningún tipo. Con ello se reconoce plenamente el concepto de única ciudadanía, tendiente a dejar atrás consideraciones que implicaban la exclusión de ciertos derechos fundamentales por el simple hecho de ingresar al lugar de trabajo.

De lo anterior es importante analizar el tratamiento que cada una de las constituciones de los países en comento proporciona a los derechos fundamentales tato en su modalidad específica, así como los de naturaleza inespecífica en atención al ejercicio de las relaciones de trabajo.

3.1.1.1Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917

Como se advirtió con anterioridad, la constitución vigente de los Estados Unidos Mexicanos constituye un hito en la constitucionalización de los derechos del trabajo al ser pionera en el constitucionalismo social; derivado de las grandes pugnas que el sector obrero tenía a consecuencia de los oscuros periodos del porfiriato; caracterizados por el aplastamiento de las prerrogativas individuales entre ellas las laborales. Importantes fuentes históricas abundan en el escenario mexicano de la época; Cananea, Río Blanco, Valle Nacional y Yucatán por citar ejemplos de ese atroz olvido.

¹⁷⁸ Gamonal Contreras, Sergio. op. cit.. nota 59, p. 72

¹⁷⁹ Ugarte Cataldo, José Luis. op.cit nota 177, p. 24

¹⁸⁰ Ugarte Cataldo, José Luis. Tutela de Derechos Fundamentales del Trabajador,
3ª ed. Santiago de Chile, Legal Publishing Chile, 2010, p. 9

Por lo anterior, la redacción final de la constitución incluyó un tratado de derechos laborales debidamente sistematizados en el cuerpo del artículo 123 en donde se describen propiamente cada uno de los derechos fundamentales específicos de naturaleza laboral; como son los siguientes:

En relación al apartado a. del artículo en comento, la fracción III establece la protección y erradicación del trabajo infantil al prohibir la utilización de menores de 15 años para el desarrollo de actividades laborales.

Subsecuentemente la fracción VII refiere el derecho a no discriminación salarial en cuanto a la diferencia de remuneraciones por razones de género o nacionalidad. Criterios que a diferencia se encuentran limitados a dos aspectos a diferencia de lo establecido tanto por el artículo 1º constitucional¹⁸¹ o bien la propia Ley Federal del Trabajo como destacaremos adelante.

En cuanto hace a la libertad sindical y negociación colectiva, se prevé en las fracciones XVI, XVII y XVIII donde se reconoce la libre coalición de empresarios y trabajadores con el propósito de salvaguardar los intereses colectivos de sus respectivos sectores, la posibilidad de huelgas o paros como mecanismo de presión

¹⁸¹ Artículo 1o. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

. .

. . .

. . .

Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas

en la negociación colectiva siempre y cuando se busque la obtención del equilibrio entre los factores de la producción.

De igual manera la fracción XIX establece el interés público de la regulación de la materia de seguridad social para los trabajadores, campesinos, no asalariados y sectores sociales y sus familiares, lo que implica el reconocimiento de carácter constitucional de este derecho tendiente a proteger cada uno de los aspectos y necesidades del trabajador a lo largo de su vida.

En ese tenor adicionalmente a los derechos laborales en su sentido patrimonial, como hemos evidenciado, la Constitución describe los derechos fundamentales reconocidos por los Organismos Internacionales como específicos del Trabajo, los cuales aunados a la libertad de trabajo y contratación del artículo 5º del mismo cuerpo normativo regulan de manera específica lo concerniente a los vínculos de trabajo.

Es en este artículo 5º constitucional en donde aparece un elemento de validez de los derechos fundamentales inespecíficos al interior de las relaciones de trabajo. El correspondiente párrafo séptimo destaca que el contrato de trabajo no podrá extenderse, en ningún caso, a la renuncia, pérdida o menoscabo de cualquiera de los derechos políticos o civiles. Dicha circunstancias encierra por lo menos la limitación de afectación de lo contratado frente a los derechos fundamentales del trabajador de primera generación, acorde a lo expuesto en nuestro primer capítulo. Con ello evidenciamos una vigencia parcial de los derechos fundamentales en su aspecto inespecífico en contra posición de las facultades del empleador establecidas a consecuencia del contrato de trabajo.

El tratamiento expuesto, denota que en al marco constitucional, en México existe una vigencia de derechos fundamentales en el ámbito sustantivo y una posible inferencia de la horizontalidad de dicha eficacia sin mayores detalles.

3.1.1.2 Constitución Política de la República de Chile de 1980

Las cartas fundamentales se encargan de definir, entre otros los derechos laborales y las garantías o protecciones a las mismas. De nada valdría su reconocimiento si no se establecieran las garantías para que estas puedan

ejercerse libre y eficazmente, así el trabajo ha sido reconocido constitucionalmente con sus respectivas garantías, tanto en cuanto al derecho a la libertad del trabajo, como al derecho al trabajo mismo.¹⁸²

En la República de Chile, Es a partir del estatuto previo denominado de garantías constitucionales (ley 17398 del 9 de enero de 1971) en donde se reconocen con rango constitucional derechos fundamentales específicamente de naturaleza laboral como lo son el derecho de sindicación, protección social, riesgo profesional, coalición y seguridad social; sin embargo, desgraciadamente ante el contexto político militar que vivió el país dos años más tarde tras el golpe de estado al gobierno del presidente Allende, se impidió que fueran aceptadas y respetadas adecuadamente; truncando con ello su vigencia.

Con el ánimo de mantener el *status quo* del gobierno militar establecido a consecuencia del golpe de estado, se estableció en noviembre de 1973 una comisión para la redacción de una nueva constitución bajo el argumento de renovar la identidad del estado chileno; a consecuencia de esto se afirmó que:

La nueva constitución debiera fortalecer los valores permanentes de la chilenidad, de modo que la estructura constitucional descansaría en la concepción humanista y cristiana del hombre y la sociedad, que es la que responde al íntimo ser de nuestro pueblo, y según la cual la dignidad del ser humano, su libertad y derechos fundamentales son anteriores al ordenamiento jurídico, el que debe prestarle segura y eficaz protección. Señaló asimismo, que en materia de derechos humanos, la normativa constitucional se basaría en que los derechos esenciales del hombre tienen como fundamento los atributos de la persona humana y no nacen del reconocimiento

Editorial jurídica Cono Sur, 2001, p. 287

¹⁸² Costa Ramírez, Vasco. "Derechos laborales y constitución de 1980" en Navarro Beltrán, Enrique. 20 años de la Constitución chilena 9181-2001. Santiago de Chile,

que brinde determinado estado, siendo por tanto, anteriores y superiores a todo ordenamiento jurídico. 183

Es consecuencia de ello, que en 1980 se emite la constitución actualmente vigente. En ella se hace relación a la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, donde tenemos que es un principio reconocido en la ley fundamental chilena mediante el nombre de principio de vinculación directa de la constitución (artículos 6° y 7° de la constitución)¹⁸⁴. En atención a ello es importante destacar que a diferencia de la Constitución Mexicana los derechos fundamentales adquieren validez en la República Chilena por designación directa de su propia Constitución, lo que en el caso mexicano no opera.

Por otra parte, los derechos fundamentales específicamente de carácter laboral se encuentran establecidos en la Constitución Chilena de 1980, dentro del catálogo de derechos individuales del artículo 19 en atención a lo siguiente.

El inciso 16 establece el derecho y protección al trabajo, la libre contratación, elección del mismo, así como la justa remuneración, inciso que a su vez se prevé la prohibición de toda clase de discriminación, la vigencia de la negociación colectiva, así como los casos de procedencia de la huelga, destacando particularmente de esto último que establece limitación al ejercicio de este derecho tratándose de funcionarios estatales, municipales o de corporaciones o empresas que atiendan servicios de utilidad pública o cuya paralización de actividades pongan en riesgo la salud, economía, abastecimiento o seguridad del país. Limitaciones que vedan la posibilidad material así como el libre ejercicio de este derecho fundamental.

En materia de seguridad social la Constitución Chilena establece en el inciso 18 que el Estado dirigirá sus acciones a garantizar el acceso de todos los habitantes al goce de prestaciones básicas uniformes, lo que significa que en dicho aspecto no se generan distinciones entre los sujetos susceptibles a la protección que establece el marco de seguridad social.

¹⁸³ *Ibidem*, p. 290

¹⁸⁴ Ugarte Cataldo, José Luis. *op. cit.* nota 123, p. 123

De igual manera el inciso 19 dedicado particularmente de la libertad sindical, de la cual enuncia dicho apartado el carácter voluntario de afiliación, la autonomía de las organizaciones sindicales para el efecto de gozar a su vez con la personalidad jurídica suficiente para la obtención de los objetivos.

En atención a lo anterior, la Constitución Chilena destaca tanto por la concepción de los derechos fundamentales del ámbito laboral dentro de su descripción de prerrogativas del ciudadano y principalmente del establecimiento a rango constitucional de la eficacia de los derechos fundamentales en el plano horizontal y transversal al concebir la posibilidad de que éstos puedan ser irrogados por cualquier persona, como es el caso de los particulares; situación que permea así la legislación laboral la cual como más adelante se detallará establece de manera detallada la incidencia sobre este particular en las relaciones laborales.

3.1.2 Plano infraconstitucional

La implantación de derechos en el marco de las leyes fundamentales o constituciones de los estados, generalmente es regulado desde la legislación ordinaria cumpliendo esta un papel reglamentario. El caso mexicano, el mandato constitucional impone al Congreso de la unión la obligación de dictar leyes reglamentarias acorde a los principios que la Constitución contempla, de ello surge la Ley Federal del Trabajo y la Ley federal de los Trabajadores al servicio de Estado; las cuales tratan, respectivamente, a las relaciones de trabajo ordinarias o en su aspecto general y las relaciones de trabajo burocráticas.

En ese aspecto mismo tenor, Chile establece un Código de Trabajo para sus relaciones ordinarias y un Estatuto Administrativo para la regulación del trabajo burocrático de su país. En ambos caso dichas leyes resultan de carácter republicano y regirán los principios sobre los cuales se sostendrá la justicia al interior del territorio nacional.

De igual manera, en este plano ordinario, se destaca la jurisprudencia como elemento complementario y de carácter interpretativo de la legislación. Cada estado determina de manera distinta el órgano competente para emitir la misma, por lo que es importante analizar cada uno de esos supuestos y la trascendencia que cada

una de ellos ha jugado en el papel de construcción de un andamiaje de protección de los derechos fundamentales.

De dichos cuerpos normativos se desprenden las siguientes particularidades.

3.1.2.1 Ley Federal del Trabajo y Ley Federal para los Trabajadores al Servicio del Estado

La situación por la que transitan nuestras legislaciones laborales, corresponde a lo que Ugalde Cataldo denominó asimetría normativa y asimetría temporal; la primera correspondiente a que el constitucionalismo de los derechos fundamentales de naturaleza laboral no se realizarían al vacío, si no que en todo caso vinieron acompañadas de sus correspondencia en la leyes infraconstitucionales; no así los derechos fundamentales inespecíficos; toda vez de que no serían objeto de atención de la legislación federal.¹⁸⁵

En cuanto a la asimetría temporal, aduce que consiste en el reconocimiento diferenciado de ambos costados de los derechos del trabajador (plenamente laborales y los inespecíficos) lo cual daba lugar a la ironía de que los trabajadores podían ejercer derechos de organización colectiva para la obtención del logro de sus fines profesionales mediante el ejercicio de sus derechos reconocidos tanto constitucionalmente así como en las leyes ordinarias; mientras que por otro lado al ingresar a la empresa se encontraban desprovistos de prerrogativas propias de todo ciudadano, 186 creándose con ello un estatus de ciudadano incompleto.

Tal parece ser el paradigma por el que cursan nuestras legislaciones infraconstitucionales como lo son tanto la Ley Federal de los Trabajadores al servicios del Estado así como la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado; ambas concebidas como leyes reglamentarias del artículo 123 constitucional mexicano y dotadas del carácter de leyes generales al ser emitidas por el congreso de la unión por mandato expreso de nuestra carta magna.

¹⁸⁵ cfr. Ugarte Cataldo, José Luis. op.cit. 180, p. 30

¹⁸⁶ cfr. Idem

En primer término, la Ley Federal del Trabajo entrada en vigor en 1970 constituye la legislación reglamentaria del apartado a. del artículo 123 constitucional, en ella se contienen tanto el derecho sustantivo de las relaciones laborales en el ámbito de particulares; así como las normas de proceso de jurisdicción laboral. En cuanto al derecho sustantivo, podemos considerar que cumple con las expectativas de reglamentar los derechos de índole laboral establecidos por la norma constitucional como podíamos destacar:

- La libertad de trabajo plasmada en el cardinal 3º y 4º de la legislación.
- La no discriminación señalada por el artículo 2º y 3º
- Estabilidad y protección en el empleo como lo destaca el artículo 47,
 48 y 49.
- Libertad sindical plasmada en el artículo 357 y 358
- Negociación colectiva y huelga en los artículos 386, 387 y el título octavo por cuanto hace a la suspensión temporal de trabajo en modalidad de huelga.

Tales derechos fundamentales de corte específicamente laboral, representan la reglamentación ordenada por el primer párrafo del artículo 123 constitucional, por lo que pareciera con ello cumplirse con esa ordenanza para el establecimiento de las reglas y procedimientos pertinentes para el ejercicio y protección de los derechos fundamentales.

Sin embargo, poco se ha avanzado a nivel infraconstitucional respecto del fortalecimiento de dichos derechos fundamentales frente a nuevas prácticas empresariales, así como en lo que respecta al tratamiento de los derechos fundamentales de naturaleza inespecífica; previendo involuntariamente dos fueros.

Lo anterior se sostiene en virtud a que el poder empresarial de dirección y mando de las entidades patronales o empleadoras, se analizan desde la Ley Federal del Trabajo de una manera muy somera. A diferencia de la legislación chilena como veremos más adelante, nuestro marco normativo concibe a la relación laboral bajo los términos sentados por el artículo 20 de la ley en la cual se dicta que consiste en la prestación de un derecho personal subordinado de una persona mediante el pago

de un salario. Donde la subordinación es descrita como hemos abordado como aquél poder jurídico de mando correlativo a un deber de obediencia.

Con lo anterior, se desprende que el tratamiento de las relaciones laborares acorde con el sentido de la ley, se encuentran supeditadas al elemento de la subordinación como condición sine qua non para su existencia. Pero, ¿Cuáles deben de ser las características de ejercicio de ese poder? ¿Tiene limitantes o su ejercicio es plenamente al arbitrio del empleador? La respuesta a esto puede contar con distintos puntos de vista.

Evidentemente la legislación federal contempla el establecimiento de derechos fundamentales laborales que limitan la voluntad patronal en aspectos característicos de las relaciones laborales. Ejemplos como la prohibición de privar del empleo a un trabajador sino por causa justificada grave y acorde a las hipótesis de rescisión destacadas en el cardinal 47 de la ley, la prohibición de conductas discriminatorias o que vulneren la igualdad entre trabajadores entre otras más. Dichas medidas, atañen particularmente a los supuestos más habituales y recurrentes en el desarrollo de las relaciones laborales. En ese sentido, hablamos de circunstancias resueltas por la simple aplicación de la norma, o subsunción, bajo los lineamientos establecidos en ella. Esto último, permite entender que con ello se les dota de un carácter meramente patrimonial; es decir no considerándoles como principios rectores de la actividad humana en el empleo, sino que derechos que emanan de la existencia propia del vínculo de trabajo, el cual al concluirse extingue tales prerrogativas.

No obstante a ello, es respecto de derechos fundamentales de naturaleza inespecífica, es decir, aquellos que acompañan a la persona por su propia naturaleza y que no deben de ser abandonados por el ingreso a la subordinación de un empleador; donde la legislación federal del trabajo es omisa; esto es, no prevé puntualmente la protección de esta clase de derechos subjetivos frente al ejercicio de los poderes en el ámbito laboral. Tales circunstancias, privan de la aplicación concreta de una norma para resolver el posible conflicto que se produzca por la colisión que se origine por el ejercicio de los mismos frente al poder jurídico de mando de los empleadores. Ante la falta de normativa que permita la solución

de conflictos mediante el empleo de la subsunción (solución a través de la literalidad de la norma o ley) la legislación federal del trabajo priva de elementos tendientes procurar una solución a este tipo de colisión de derechos de manera segura y acertada; circunstancia que trataremos con mayor ahondamiento en lo relacionado a las autoridades laborales y su función de tutela de los derechos fundamentales en este mismo capítulo.

Para ilustrar lo anterior, podemos referir un intento por limitar el poder jurídico de mando del empleador, aunque no sea direccionado a la tutela de los derechos fundamentales concretamente. Éste ocurre en lo establecido por el artículo 3º bis del cual emana lo siguiente:

Artículo 3o. Bis.- Para efectos de esta Ley se entiende por:

- a) Hostigamiento, el ejercicio del poder en una relación de subordinación real de la víctima frente al agresor en el ámbito laboral, que se expresa en conductas verbales, físicas o ambas; y
- b) Acoso sexual, una forma de violencia en la que, si bien no existe la subordinación, hay un ejercicio abusivo del poder que conlleva a un estado de indefensión y de riesgo para la víctima, independientemente de que se realice en uno o varios eventos.

Como se desprende de ambos incisos, el propósito es establecer límites a la subordinación imperante entre los sujetos laborales. La primera de ellas, es un austero intento por definir el término de hostigamiento; del cual podemos rescatar la circunstancia de *agresión* como elemento deslegitimador del poder empresarial. De la figura del acoso sexual se evocan términos como *ejercicio abusivo*, *violencia* e *indefensión*.

De tales medidas, se prevé el primer intento por establecer límites poder empresarial o de mando. Si bien, éste no es dirigido al desarrollo de los derechos fundamentales, la medida puede ser tomada como un precedente el evidencia que se ha guardado silencio frente a la delimitación del actuar patronal frente a la integridad de los trabajadores.

Lo anterior no puede considerarse como una delimitación amplia del poder de mando del empleador, sino solo frente a los aspectos relacionados con los bienes jurídicos tutelados relacionados con dichas medidas como lo es la libertad sexual en el segundo de los casos. Ante ello es necesario que la legislación ahonde con seriedad dicho tema tendiente a establecer nuevos lineamientos frente a la dirección y mando empresarial, puesto que los paradigmas actuales denotan una mayor intromisión en los derechos de los trabajadores ya no solo como sujetos laborales sino en el ámbito de su vida en lo personal.

Por otra parte, en lo que respecta a la Ley Federal para los trabajadores del Estado es pertinente mencionar que la misma constituye en su caso la ley general reglamentaria del servicio burocrático; es decir las relaciones de trabajo concernientes al estado de conformidad al apartado b. del artículo 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. A diferencia de las relaciones laborales en lo general, el trabajo burocrático existe no por el elemento de subordinación, sino por la expedición de nombramiento o figurar en la lista de nómina de un organismo público tal y como lo describe la norma aludida en su artículo 3º.

Lo anterior crea un paradigma distinto en la prestación del servicio. Si bien en ambas existe la subordinación, en las relaciones de trabajo estatal, debe de concurrir a su vez la existencia del nombramiento para originar la relación laboral. Sin embargo, dicha peculiaridad no impide que el poder jurídico de mando se encuentre presente de manera intrínseca en el desarrollo del vínculo laboral, aunque quizá de una forma menos directa o personal. De ello deviene la posibilidad de que existan circunstancias en las que pueda generarse menoscabo de los derechos fundamentales.

Por consecuencia a lo anterior, tras el análisis de la legislación podemos evidenciar que si en la Ley Federal de Trabajo existen silencios o vacíos por cuanto hace a la eficacia de los derechos fundamentales al interior de las relaciones de trabajo, en el ámbito burocrático y su ley la situación es aún más comprometida incluso en cuanto a derechos fundamentales de corte específicamente laboral so pretexto de la función pública que se desempeña.

Por citar ejemplos; el término *discriminación* no es analizado en ninguna parte del texto de la ley, salvo por el caso de la elección de aspirantes a vacantes como destaca el cardinal 51, previa acreditación de calificación escalafonaria. Por el contrario, en las relaciones laborales burocráticas existen criterios discriminatorios en cuanto hace a criterios de preferencia de trabajadores sindicalizados respecto de los que no lo son, en cuanto a vacantes o ascensos se refiere.

En cuanto a libertad sindical y negociación colectiva, se puede destacar el contenido del artículo 70 de la legislación burocrática en donde se veda a los trabajadores de confianza este derecho de asociación y por consecuencia el ejercicio de la negociación colectiva y huelga.

La legislación a su vez realiza un trato diferenciado en cuanto al tema de huelga previsto por los artículos 94 y 99, en los cuales se impone un requisito superior para la proclamación de la huelga en cuanto al número de huelguistas, mismo que de acuerdo con esta ley deberá de consistir en las dos terceras partes de los trabajadores sindicalizados.

En ese sentido, es pertinente decir que la Ley Federal de los Trabajadores del Estado, cuenta con mayor rezago en cuanto al tratamiento de los derechos fundamentales tanto laborales como en su dimensión inespecífica en comparación con la Ley Federal del Trabajo. El alcance de eficacia de estas normas depende del papel supletorio a la ley burocrático que desempeña la Ley Federal del Trabajo.

3.1.2.2 Jurisprudencia mexicana

En nuestro sistema legal, la jurisprudencia es recurrida como mecanismo para la interpretación de la legislación, reconocida de manera exclusiva al poder judicial, se encuentra destinada a subsanar deficiencias o ambigüedades de las normas jurídicas para su correcta aplicación a un caso concreto. Es a través de este ejercicio hermenéutico, a partir del cual en ocasiones se construyen razonamientos legales que sientan las bases para la formación del derecho. Es por eso que la jurisprudencia ha sido factor importante para constituir fuente de tutela de los derechos fundamentales en las relaciones de trabajo donde ante la nula recepción por la normativa legal de la citada eficacia horizontal en el contrato de trabajo, ésta

dependerá entonces de su implementación progresiva por decisiones judiciales, especialmente las provenientes de la justicia constitucional de los distintos países.¹⁸⁷

Como se desprende de nuestra legislación de amparo, la jurisprudencia comprende aquellos razonamientos judiciales o tesis establecidas por reiteración, unificación y sustitución de criterios dictados por autoridades judiciales, tal y como dicta el artículo 215 de la legislación citada. Dichos criterios o razonamientos evidentemente surgen a partir del cumplimiento de su función jurisdiccional culminada en la emisión de las sentencias de Amparo directo o en revisión.

De conformidad al artículo 217 de la citada ley, la jurisprudencia dictada por los órganos jurisdiccionales tendrá el carácter de obligatoriedad para los órganos judiciales de menor jerarquía. Esto es, aquellos criterios sostenidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación adquieren el carácter de obligatorio para órganos como las Salas (cuando es dictada en pleno) Plenos de Circuito, Tribunales Colegiados, Unitarios, Jueces de Distrito y autoridades locales. En esa línea irá descendiendo el alcance de la obligatoriedad conforme la jerarquía del órgano emisor.

Tales criterios constituyen los extractos de las sentencias de amparo donde reside el punto medular de interpretación. Dichos sumarios sistematizados para su publicación en el Semanario Judicial y su Gaceta del Poder Judicial Federal.

Con relación al ámbito de protección o tutela de los derechos fundamentales en el plano horizontal y específicamente en la materia de las relaciones laborales, la jurisprudencia mexicana recientemente ha emitido criterios de jurisprudencia relacionadas a este tema reconociendo tanto la validez como la eficacia de los mismos al interior del centro de trabajo. Paradójicamente dichas interpretaciones provienen de la tramitación de juicios de índole civil analizados en vía de juicio de amparo directo en revisión por la primera sala del máximo órgano judicial en México. Dicho suceso es símbolo inequívoco de cuan distante se han encontrado, tanto los órganos judiciales especializados en materia del trabajo así como los

129

¹⁸⁷ Ugarte Cataldo, José Luis. op.cit. nota 177, p. 28

propios postulantes en la materia, respecto del planteamiento y estudio de la eficacia de los derechos fundamentales al interior de las relaciones laborales.

En atención a lo anterior, podemos referir como sentencia marco de la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones de trabajo, a la sentencia dictada dentro del juicio de amparo directo en revisión 992/2014¹⁸⁸ dictada por la primera sala de la Suprema Corte de Justicia de la nación, cuyo tema central abarcó la discriminación por edad en las ofertas de trabajo. Sentencia de la cual, se desprenden criterios jurisprudenciales (aunque aún sin alcance obligatorio al constituir un criterio a la fecha aislado) relacionados con temas de eficacia y tutela de los derechos fundamentales en su plano horizontal y puramente laboral; criterios que a continuación se enuncian y describen brevemente:

Discriminación en el ámbito laboral. Ante su actualización, el juzgador deberá declarar la nulidad del acto. Al existir la vigencia horizontal de los derechos fundamentales en las relaciones laborales, todo acto discriminatorio debe de producir efectos de nulidad en la medida lesiva, sin que ello deba implicar que en materia de contrataciones se deba recibir a todo aspirante; sin embargo, se estaría sujeto a revalorar sus aptitudes excluyendo el juicio discriminatorio. 189

Discriminación en el ámbito laboral. El juzgador podrá imponer medidas reparatorias de carácter disuasorio para prevenir futuras actuaciones contrarias al principio de igualdad de trato. Adicionalmente a la procedencia de establecer medidas de indemnización, la autoridad deberá de imponer a su vez medidas que disuadan el ejercicio de nueva cuenta de la conducta discriminatoria, lo anterior con

188 Versión pública

línea en

http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?Asuntol D=163303 consultada el 20 de junio de 2015

en

¹⁸⁹ *cfr.* tesis 1a. XXXIII/2015, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, t. I, Libro 14, Enero de 2015, p. 754, Registro ius 2008308.

la intensión de procurar establecer condiciones ejemplificadoras tales como disculpa pública, publicación del fallo, multa entre otras. 190

Discriminación en el ámbito laboral. La fijación de una indemnización por parte del juzgador estará condicionada a la existencia de un daño. La calificación de un acto discriminatorio no generará automáticamente una medida indemnizatoria; sino que ésta dependerá de la constitución objetiva de un daño generado y probado.¹⁹¹

Discriminación en el ámbito laboral. La ley federal del trabajo prevé la imposición de medidas reparatorias de carácter disuasorio a través de la inspección del trabajo. Corresponde a esta autoridad la posibilidad de imponer medidas que permitan disuadir conductas vulneratorias de los derechos fundamentales con relación de trabajo vigente, ello con el propósito de que no se repitan dichas conductas. 192

Discriminación en el ámbito laboral. Las consecuencias que ello puede generar son independientes entre sí y requieren ser analizadas por el juzgador en cada caso en concreto. La actualización de actos discriminatorios puede generar entre otras consecuencias, la reparación del daño. Sin embargo, no resulta indispensable la imposición de esta clase de medidas indemnizatorias, sino que previo análisis caso a caso deberá determinar cuales medidas son las idóneas para responder a los actos, como pueden ser actos disuasorios, nulidad del acto, sanciones penales o indemnizaciones.¹⁹³

¹⁹⁰ cfr. tesis 1a. IV/2015, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, t. I, Libro 14, Enero de 2015, p. 756, Registro ius 2008259

¹⁹¹ cfr. Tesis 1a. III/2015, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, t.I, Libro 14, Enero de 2015, p. 757, Registro ius 2008260

¹⁹² cfr. Tesis 1a. XXXV/2015, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, t. I, Libro 14, Enero de 2015, p. 758, Registro ius 2008309

¹⁹³ cfr. Tesis 1a. II/2015, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, t. I, Libro 14, Enero de 2015, p. 760, Registro ius 2008261

Discriminación en el ámbito laboral. Lineamientos para el juzgador frente a solicitudes de trabajo fraudulentas cuyo único objetivo sea la obtención de una indemnización. Las autoridades deberán de evaluar la calidad de la solicitud de empleo y los elementos que de ello se evidencien con el propósito de distinguir fraude en la aplicación al empleo y con ello no caer en el vicio de imponer indemnizaciones ante actos viciados de mala fe.¹⁹⁴

Derechos fundamentales en el ámbito empresarial. Reconocimiento de los derechos que como personas poseen los trabajadores. Considerado como esencial para la concepción de la eficacia trasversal de los derechos fundamentales al interior de la empresa, el criterio destaca el traslado de los efectos de las libertades personales al interior de la empresa, validando la existencia de la ciudadanía en la empresa, espacio el cual no puede estar entregado exclusiva e ilimitada voluntad patronal. Es entonces donde el derecho sustantivo se adentra a un nuevo enfoque en las relaciones laborales, donde el trabajador es dotado de los derechos inherentes a su persona. 195

Discriminación en el ámbito laboral. Para proceder a su análisis no resulta relevante que el quejoso haya solicitado o no el puesto de trabajo en cuestión, pero tal aspecto sí deberá tomarse en cuenta en relación con la sanción o efectos producidos. Se debe de procurar evitar la revictimización del aspirante a un empleo cuando haya sido víctima de actos discriminatorios, como pudiera ser acreditar el cumplimiento de cada uno de los requisitos el empleo. Sino que la autoridad deberá de analizar la razonabilidad de los requisitos de la propuesta para arribar a la conclusión sobre la legitimidad de los aspectos de la oferta laboral. 196

_

¹⁹⁴ cfr. Tesis 1a. XXXIV/2015, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, t. I, Libro 14, Enero de 2015, p. 761, Registro ius 2008310
195 cfr. Tesis 1a. CDXXVIII/2014, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, t. I, Libro 13, Diciembre de 2014, p. 220, Registro ius 2008088
196 cfr. Tesis 1a. CDXXXVI/2014, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época; t. I, Libro 13, Diciembre de 2014, p. 221, Registro ius 2008089

Discriminación en el ámbito laboral. Peculiaridades y características cuando se produce por razón de edad. La discriminación por edad cuenta con distintas particularidades que no permite juicios homogéneos. Por ende, al ser un fenómeno individualizado no permite estereotipos de baja producción de adultos o inexperiencia en los jóvenes.¹⁹⁷

Discriminación por razón de edad en el ámbito laboral. Elementos para determinar si una oferta de trabajo es discriminatoria. Para establecer la legitimación de rangos de edad en ofertas laborales, es menester analizar elementos objetivos como la asignación de las funciones, nomenclatura de puestos, nivel de responsabilidad requerido y la asignación salarial. De este análisis emanará la posibilidad de estudiar si hay aspectos negativos discriminatorios. 198

Discriminación por razón de edad en el ámbito laboral. Juicio de razonabilidad para determinar si un acto contiene una diferencia de trato constitucional. El juicio de razonabilidad resulta esencial para buscar la legitimación de la distinción en el trato, siempre y cuando las particularidades de la actividad laboral ofrecida lo requiera caso a caso.¹⁹⁹

Discriminación por razón de edad en el ámbito laboral. No existe una relación directa entre cierta edad y la pérdida de capacidad en los trabajadores. En los supuestos de edad no deben de concebirse de manera generalizada circunstancias de pérdida de capacidades para laboral, ante la variabilidad de dichas circunstancias para cada individuo en particular, por lo que únicamente mediante la

_

¹⁹⁷ cfr. Tesis 1a. CDXXIX/2014, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época; t. I, Libro 13, Diciembre de 2014, p. 223, Registro ius 2008090
198 cfr. Tesis 1a. CDXXXIV/2014, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, t. I, Libro 13, Diciembre de 2014, Pág. 225. Registro ius 2008092
199 cfr. Tesis 1a. CDXXXII/2014, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación Décima Época, t.I, Libro 13, Diciembre de 2014, p. 226, Registro ius 2008093

aplicación de pruebas individualizadas es como podrían determinarse tal situación en una persona. ²⁰⁰

Discriminación por razón de edad en el ámbito laboral. Se actualiza una discriminación múltiple cuando dicho factor se combina con otros aspectos como el género y la apariencia física. La conjunción de estigmas de edad, género y apariencia física; deben de ser atendidos de manera integral como factores que excluyan que la contratación puede ²⁰¹

Discriminación por razón de edad en el ámbito laboral. Su prohibición no se contrapone a la exclusión del trabajo infantil contenida en el artículo 123, apartado a, fracción iii, de la constitución política de los estados unidos mexicanos. La prohibición de discriminación por edad en el ámbito de las relaciones de trabajo, no implica la posibilidad de legitimar el trabajo infantil; puesto que esa limitación se encuentra concebida para la protección del normal desarrollo físico e intelectual de los menores de edad. ²⁰²

Principio de la autonomía de la voluntad e incidencia de los derechos fundamentales en las relaciones laborales. Por último, el presente criterio en conjunto con la tesis 1a. CDXXVIII/2014 citada anteriormente, constituyen la pauta para la actualización de los derechos fundamentales (adicionalmente a la discriminación) al interior del centro laboral. La misma analiza que la naturaleza de las relaciones obrero patronales se establece de manera simétrica, donde el poder empresarial limita las libertades del trabajador no de manera arbitraria, sino con el objetivo de cumplir metas empresariales; por ende es indispensable analizar la

²⁰⁰ cfr. Tesis 1a. CDXXX/2014 (10a.), Gaceta S.J.F., Décima. Época; t.I, libro 13, Diciembre de 2014, p. 228. Registro ius 2008094

²⁰¹ cfr. Tesis 1a. CDXXXI/2014 (10a.). Gaceta S.J.F., Décima Época; t.I, Libro 13, Diciembre de 2014, p 229. Número de Registro: 2008095

²⁰² cfr. Tesis 1a. CDXXXIII/2014 (10a.), Gaceta S.J.F., Décima Época; t. I, libro 13, Diciembre de 2014, p. 230. registro ius 2008096

colisión de éstos derechos frente al principio de la libertad para pactar cláusulas conforme a la voluntad de los contratantes.²⁰³

Con lo anterior, se demuestra el papel importante que desempeña nuestra jurisprudencia nacional, o por lo menos pretende hacerlo así. La construcción de la tutela de los derechos fundamentales debe de servir de cimiento la para que dicha protección irradie no solo a los tribunales judiciales competentes para la interpretación de la ley; sino que sea asimilada por las distintas autoridades en todos los niveles con el propósito de dar vigencia al contenido que en cuanto a derechos humanos establece el cardinal 1º. De la constitución federal.

La responsabilidad de velar por la protección de los derechos fundamentales al interior de las relaciones de trabajo, debe de ser asumida por las autoridades especializadas en tales conflictos para constituirse en tribunales efectivos, y que den mayor impulso a la creación de jurisprudencia en tal materia de tutela.

3.1.2.3 Código del Trabajo Chileno y Estatuto Administrativo, ley 18,834

A diferencia de lo que acontece en la legislación federal del trabajo mexicana, su análogo chileno, denominado Código del Trabajo, le aventaja en materia de disposiciones referentes a la validez y por ende su respectiva eficacia de los derechos fundamentales al interior de las relaciones de trabajo. Su origen al interior de este cuerpo normativo obedece al resultado de la Ley 19,759 que desde el año 2001 agregó una disposición de enorme potencia simbólica, en el nuevo artículo 5° del código de trabajo,²⁰⁴

Al respecto, dicho artículo establece en su respectivo inciso 1º que toda facultad de dirección empresarial no tiene mayor límite de los derechos constitucionales de los trabajadores particularizando en especial respecto de prerrogativas de naturaleza inespecífica como las que ya hemos tratado en capítulos anteriores; a los que pertenecen bienes jurídicos tutelados como la intimidad la vida privada y la

²⁰³ cfr. Tesis 1a. CDXXVII/2014 (10a.), Gaceta S.J.F., Décima Época; t.I libro 13, Diciembre de 2014, p. 242. Registro ius 2008112

²⁰⁴ Ugarte Cataldo, José Luis. op.cit. nota 123, p. 123

honra de las personas por motivo de la prestación de un servicio personal subordinado.

De igual manera otro concepto importante a destacar como presupuesto fundamental que ingreso al ámbito del código del trabajo por medio de la ley 19,759 lo fue el principio de la no discriminación; a consecuencia de ello es de concebir que reconocen que la dignidad de cada trabajador no puede ser sobre pasada por la normatividad interna de la empresa bajo ningún pretexto, toda vez de que ésta tiene su fundamento no solo en la Constitución Política de la República, sino que en las normas más básicas del respeto y la convivencia humana.²⁰⁵

Sobre este particular el artículo 2º del Código del Trabajo establece que resulta contrario a la dignidad de la persona tanto el acoso laboral y sexual en la fuente de trabajo, así como las distinciones, exclusiones o preferencias que tenga por objeto anular o alterar la igualdad de oportunidades en el empleo, por cualquier motivo carente de razonalidad, como lo son criterios de raza, estado civil, genero, nacionalidad, origen social entre otros. Resulta importante destacar que dicho artículo a su vez describe la posibilidad de aspectos positivos de la discriminación, como es el caso de exclusiones o diferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado.

Dicha circunstancia destacan particularmente respecto de la asimilación de la validez transversal de los derechos fundamentales al interior de la relación laboral fungiendo como lineamientos para la modulación de la facultad de dirección que recae en favor de los empleadores.

Esto último implica no solamente el reconocimiento de los derechos estrictamente de carácter laboral sino la amplitud de ese reconocimiento abarca a su vez todos aquellos que de manera inespecífica resultan susceptibles de tener vigencia al interior del vínculo laboral como aquellos calificados como de índole inespecífica, cuyo tratamiento es ampliamente estudiado por la Legislación Chilena.

136

²⁰⁵ Humeres Noguer, Héctor. Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, T.I, 18^a ed, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2009, p. 96

El Código del Trabajo sobre el particular a los derechos fundamentales laborales diseñados estrictamente en la Constitución prevé como complemento al derecho de tutela judicial efectiva el derecho de todo trabajador a no ser objeto de represalias en el ámbito laboral por el ejercicio de acciones administrativas o judiciales, conocido técnicamente como garantía de indemnidad. ²⁰⁶

La importancia de este derecho fundamental establecido en el Código del Trabajo consiste en disuadir la recurrente sanción a manera de venganza que se generaba por un empleador en contra de los trabajadores que recurrieran a las respectivas autoridades a reclamar derechos derivados de la relación vigente en una empresa. Tal derecho pese a emanarse de la disposición reglamentaria al procedimiento de tutela laboral, establece el surgimiento de una disposición de carácter fundamental a favor de los trabajadores con el propósito de garantizar la efectividad y protección completa al acudir ante los Órganos competentes para exigir el cumplimiento de sus derechos y no correr el riesgo de perder el empleo como consecuencia de ello, así la protección íntegra estuviese garantizada.

Otro aspecto importante del nacimiento de la garantía de indemnidad es aquel que consiste en el crecimiento de la cultura de la legalidad tanto así el sector trabajador en cuanto a que les permite contar con la certeza de que la legislación les permitirá tener cubiertos sus derechos ante cualquier denuncia en contra de su empleador, lo cual potencializa el derecho de acciones ante las autoridades competentes, pues les brinda confianza de que la efectividad que alcancen ante ellas no se vería truncada ante un acto de reproche patronal como pudiera ser un despido, tanto previo a la resolución de la denuncia o bien posterior a ésta cuando aún está en vías de cumplimiento. Hacia el sector empresarial al tenor de que crea en éstas la cultura de cumplir con estricto apego a las resoluciones laborales so pena de vulnerar derecho fundamental y por ende crear la posibilidad de que se le impongan medidas reparatorias del daño generado al trabajador.

A su vez por cuanto hace a las efectividades de los derechos fundamentales en las relaciones de trabajo, el Código como consecuencia de la ley 20,087 del año

²⁰⁶ Ugarte Cataldo, José Luis. op. cit.. nota 180, p. 36

2006 crea el mecanismo especializado que a manera de procedimiento genera el nuevo paradigma de tutela de derechos fundamentales. En ese sentido, el artículo 485 del Código de Trabajo establece las reglas especiales que se aplicarán respecto de cuestiones suscitadas en la relación laboral por aplicación de las normas laborales que afecten derecho fundamentales de los trabajadores respecto de los consagrados por la Constitución Política en su artículo 19 como son inciso 1º (derecho a la vida, integridad física y psíquica de las personas), incisos 4º y 5º (en lo relacionado a la inviolabilidad a la comunicación), inciso 6º (libertad de conciencia), inciso 12º (libertad de opinión e información), inciso 16º (en cuando a libertad de trabajo, práctica de negociación colectiva), así como en contra de todo acto de discriminación relacionado con el artículo 2º del Código de Trabajo.

En estricto rigor, no existe un procedimiento de tutela de derechos fundamentales independiente, sino una cosa ligeramente distinta: el procedimiento de aplicación general con reglas especiales de derechos fundamentales. ²⁰⁷ Lo anterior es en virtud de que la tramitación de tales juicios se desarrolla bajo el procedimiento de aplicación general contenido en el mismo Código, es decir la recepción de la demanda, la contestación de la demanda por escrito con cinco días de anticipación a la audiencia preparatoria en la que se escuchará a las partes respecto de la Litis fijada, se ofrecerán las pruebas y hecho lo anterior se citará a audiencia de las pruebas de juicio en donde se desahogarán las pruebas admitidas y consideradas pertinentes por el Juez ello acorde a los artículos 446, 452, 453, 454 y demás aplicables del código citado; pero con la salvedad que en la tramitación de ese procedimiento, se observan reglas y principios particulares propicios para pa tutela de derechos fundamentales.

Dentro de las particularidades de dicho procedimiento se destacan tres circunstancias importantes a referir:

a) Legitimación artículo 486: La promoción del procedimiento abre la posibilidad a sostener la procedencia de tutelar tanto el interés jurídico y el interés legítimo, lo anterior en atención a que en primer término el titular de accionar al órgano

²⁰⁷ *Ibidem* p. 24

jurisdiccional lo es el propio trabajador agraviado, ello en atención de que es el acreedor del derecho afectado, a su vez cuando el acto lesivo derechos fundamentales importe la vulneración de interés difusor o colectivos el ejercicio de la acción puede ser materializado por asociaciones sindicales cuando el trabajador se encuentre afiliado directamente a ellas e incluso por organizaciones sindicales a las que no se encuentre afiliado el trabajador afectado cuando los trabajadores de sus respetivos afiliados se encuentren amenazados razonablemente por conductas del empleador, ya sea por constituir grupos de empresas o unidades económicas, que los empleadores se desarrollen en la misma rama económica y existan indicios de imitación en la medida o que la vulneración es tal magnitud que amerite que una organización sindical de grado superior a la que se encuentre afiliado el sindicato del trabajador vulnerado determine realizar la denuncia. ²⁰⁸

A su vez se legitima a la inspección del trabajo a denunciar hechos constitutivos de vulneración de los derecho fundamentales cuando llega a conocer sobre la existencia de los mismos al realizar sus facultades de fiscalización para lo cual deberá llevar a cabo previo a la denuncia una mediación entre las partes a fin de procurar la corrección de las infracciones constatadas.

b) La Prueba, artículo 493: se destaca que cuando de los antecedentes aportados por el denunciante resulten indicios suficientes de que se ha producido violación de derechos fundamentales corresponderá al denunciado justificar las medidas adoptadas, así como la proporcionalidad de éstas. Lo anterior, corresponde a que los hechos que constituyen la denuncia no requieren de ser acreditados por el accionante, sino que impera una técnica correspondiente a una razonable sospecha relacionada con lo que se denomina prueba directa o circunstancial en donde el trabajador debe aportar indicios [descripción de circunstancias verosímiles] que no prueban inmediata y directamente el hecho principal —la conducta lesiva-, sino que, cosa distinta hechos o circunstancia que

²⁰⁸ cfr. Ibidem p. 24

logren generar en el juez laboral la sospecha razonable de que esa conducta lesiva se ha producido.²⁰⁹

Describe Ugarte Cataldo que tales indicios pueden desprenderse de circunstancias como pueden ser la correlación temporal del ejercicio de un derecho y la conducta lesiva para el caso de la indemnidad, manifestaciones del empleador que denoten un móvil lesivo, antecedentes de situaciones comparables en la fuente de empleo ya sean previas o persistentes por parte del empleador, en ese sentido opera esa potestad que se le concede al trabajador para el efecto de que se juzgue o no la existencia de actos vulneratorios en su perjuicio. Esta técnica probatoria permite al empleador como ya advertimos la posibilidad de que frente a la aportación de indicios suficientes de conductas lesivas, éste cuente con la posibilidad de exponer ante la autoridad que las medidas cuentan con las características de razonalidad, idoneidad y proporcionalidad para investirlas de legalidad y con ello aportar elementos para que el juzgador emita un juicio de ponderación para la solución de dicha controversia.

c) Ponderación: como hemos advertido de las líneas que anteceden tratándose de colisión de derechos fundamentales entre particulares, en este caso empleadores y trabajadores, supone una modalidad de aplicación del derecho distinta al modo común o tradicional —subsunción- que corresponde a la denominada ponderación. ²¹⁰ Tratándose se subsunción podemos referir que es la técnica de aplicación concreta del texto y su consecuencia jurídica, es decir, solucionar un litigio por la consecuencia de que la norma literalmente establece; en cambio la ponderación constituye un modelo de solución de conflictos consecuencia de un juicio valorativo en donde ante la presencia de dos derechos de igual dimensión cuya consecuencia permite que ambos subsistan en un proporción gradualmente realizable en la medida de que un derecho se sacrifique por el otro en la menor medida posible. Lo cual exige res juicios, como ya lo hemos

²⁰⁹ *Ibidem* p. 47

²¹⁰ Ugarte Cataldo, José Luis. op. cit.. nota 121, p. 145

tratado con anterioridad en el presente trabajo: idoneidad, necesidad (razonabilidad) y proporcionalidad.

Tal medida surge en el procedimiento de tutela a partir de que el juzgador considera suficientes los indicios aportados por el trabajador para considerar existente la medida lesiva, dando pie a la necesaria justificación de ésta por parte del empleador de acuerdo a como hemos descrito del contenido del artículo 493 del Código del Trabajo. En ese sentido se presentan a la luz del procedimiento los dos derechos sometidos a colisión el primero correspondiente a la libertad del trabajador en cualquiera de sus aspectos y el segundo en cuanto al ejercicio de las facultades del empleador en estricto derecho a su poder de dirección en aplicación de normas laborales, lo cual para el Juez de letras del trabajo implica el ejercicio de ponderación de derechos fundamentales para arribar a una conclusión acorde a los principios que emanan de la protección constitucional.

En atención a lo anterior, se destaca que el Código del trabajo Chileno permite adoptar medidas pertinentes para el efecto de validar la vigencia al interior de las relaciones de trabajo, así como proporcionar mecanismos de tutela orientados a la eficacia de los mismos mediante reglas que propicien un acceso efectivo a la tutela de estos derechos en materia de derecho laboral.

Por su parte el Estatuto Administrativo, Ley 18,834 regula por exclusión expresa del artículo 1 del Código del Trabajo a los trabajadores funcionarios de la Administración del Estado, centralizada y descentralizada, del Congreso Nacional y del Poder Judicial, trabajadores de las empresas e instituciones del Estado o de aquellas en que éste tenga aportes participación o representación, siempre que dichos funcionarios o trabajadores se encuentren sometidos por ley a un estatuto especial; sienta las bases para un paradigma distrito sobre justicia laboral.

En ese sentido, del análisis del estatuto administrativo es de advertirse ausencia alguna de tratamiento específico para la tutela de derechos fundamentales de dichas relaciones laborales. Como consecuencia a ello, para la aplicación de esta norma frente a la tutela de estos derechos, existió un debate intenso sobre la viabilidad de un mecanismo para su tutela.

Particularmente se sustentó dicha controversia en el aspecto relativo a legitimación activa de los funcionarios públicos para invocar el procedimiento de tutela de derechos consagra el art. 485 del Código del Trabajo. Ya que, si bien los funcionarios públicos pueden hacer uso del recurso de protección del art. 20 de la Constitución, y de acuerdo al artículo 160 (sic)²¹¹ del Estatuto tienen derecho a reclamar ante la Contraloría General de la República.²¹²

Como consecuencia a ello, habitualmente se sostuvo la falta de competencia de los jueces de letras para conocer sobre reclamaciones que en vía de tutela laboral se sostenía por ex funcionarios de la administración pública frente a reclamos sostenidos en términos del artículo 485 del Código de trabajo. Sin embargo, acorde a resoluciones sostenidas por la Corte Suprema en solución a recursos de unificación de jurisprudencia (recurso de impugnación chileno, destinado a resolver contradicciones en fallos judiciales sustentados entre cortes de apelación al resolver impugnaciones sobre la legalidad de los fallos ordinarios), a la fecha cambiado ese paradigma.

Sentencias emitidas por la cuarta sala del tribunal supremo destacan la extensión de esa tutela laboral a los trabajadores administrativos como consecuencia de un proceso de suplencia de ley. Precedentes como la causa rol 10972-2013, rol 3515-2014 y más recientemente el rol 4150-2015; han confirmado aplicable el procedimiento de tutela laboral del código del trabajo para las controversias que se sujeten a control de eficacia de derechos fundamentales para los trabadores regulados por el estatuto administrativo. Lo anterior en aplicación de la cláusula de supletoriedad del código frente al estatuto cuando hablemos de dos requisitos copulativos; que se trate de una materia no regulada en el estatuto respectivo y

_

²¹¹ El cardinal correcto correlativo en el Estatuto Administrativo ley 18,834 corresponde al 156.

²¹² González Bastías, Fernando Alfredo. Tutela de los derechos fundamentales de los trabajadores de la administración pública. memoria de grado, Universidad de Chile, Santiago, 2015,p. 33

cuando las normas del Código que se quiere invocar no sean incompatibles con lo dispuesto en el propio Estatuto.

En esa guisa, si bien el propio estatuto no regula directamente el tratamiento de la tutela de derechos fundamentales en los vínculos que regula, invariablemente la interpretación judicial ha extendido, aunque de manera indirecta a la regulación principal, la eficacia de los mecanismos judiciales para el tratamiento de dichos derechos frente al seno laboral, con independencia a la naturaleza burocrática del vínculo. Dicha determinación hacia viable a su vez la tutela de derechos fundamentales aún en las relaciones de trabajo delimitadas por el Estatuto Administrativo ley 18,834 vigente para la República chilena.

3.1.2.4 Jurisprudencia Chilena

El sistema de jurisprudencia en Chile funciona de manera distinta al paradigma mexicano; a diferencia de éste, la jurisprudencia chilena parte de distintas fuentes adicionales a la interpretación judicial; como lo es la que surge a partir de los dictámenes administrativos. Lo anterior es así toda vez de que en el segundo tercio del siglo XX empezó a desarrollarse en Chile la que por influjo legal llamamos jurisprudencia administrativa, y se añade como el quinto miembro a la tetrapartición clásica de interpretación legislativa, judicial, usual o consuetudinaria y doctrinal.²¹³

Para efectos de este estudio, procederemos a exponer algunas de las particularidades relacionadas con dos tipos de jurisprudencia que por su trascendencia y alcance en el objeto de este estudio, han incidido en la eficacia de los derechos fundamentales al interior de las relaciones de trabajo; la jurisprudencia administrativa y la judicial.

Por jurisprudencia en el sistema jurídico chileno debemos entender como el ejercicio de la función jurisdiccional que da lugar a un conjunto de sentencias

143

²¹³ Guzmán Brito, Alejandro. La Interpretación Administrativa en el derecho chileno, Colección Ensayos jurídicos, Santiago de Chile, Legalpublishing, 2014, p. 1

pronunciadas por los tribunales en una materia determinada y siguiendo un mismo criterio.²¹⁴

En cuanto a la jurisprudencia administrativa, podemos distinguirla por aquella facultad interpretativa que la ley confiere a distintas autoridades y funcionarios con el propósito de fijar el alcance de las leyes entorno a la acción de sus distintas competencias. Con ello me refiero a que en ejercicio de sus funciones, excepcionalmente algunas autoridades administrativas por mandato de ley cuentan con las facultades para realizar ejercicios hermenéuticos para establecer el alcance de las normas de las que emanan sus funciones.

Lo anterior es así en atención a que en este sistema jurídico se estima que los servicios de la administración del estado no podrían ni aplicar las leyes cuya aplicación les ha sido encomendadas, ni supervigilar la aplicación que de las mismas hagan otros si no las interpretan.²¹⁵ Con ello hay quienes postulan que la legislación no es necesaria para el efecto de autorizar la función interpretativa a las autoridades pues la sola facultad de aplicar la norma implica en sí la necesidad de interpretar la norma para su aplicación concreta.

Sin embargo, en lo que respecta a la jurisprudencia administrativa de naturaleza laboral en Chile, podemos aducir que se confiere directamente a la Dirección del Trabajo como ente administrativo a través de dos normas que concretamente le facultan a realizar ejercicios de interpretación.

En primer término se desprende el origen de la facultad de emitir jurisprudencia administrativa a esta dependencia, en atención al contenido del artículo 1 inciso 2° letra b) así como de los incisos b), c) y f) del artículo 5 de la Ley Orgánica de la Dirección del Trabajo. En ellos se evidencia tanto la facultad del director del trabajo

²¹⁵ Guzmán Brito, Alejandro. La Interpretación Administrativa en el derecho chileno, Colección Ensayos jurídicos, Santiago de Chile, Legalpublishing, 2014, p. 59

²¹⁴ Marín Vallejo, Urbano. "la jurisprudencia administrativa de la contraloría general y su relación con la de los tribunales y de otros organismos estatales", en Contraloría general de la república 85 años de vida institucional (1927-2012), Contraloría general de la República, Santiago de Chile, 2012, pp. 149-156.

velar por la correcta aplicación de las leyes del trabajo; así como dirigir, controlar ya coordinar las actividades del servicio, pudiendo en el ejercicio de sus facultades dictar todas las resoluciones que estime pertinente para su mejor administración, respectivamente, siendo de ésta última aquella de la cual se puede desprender la facultad de interpretar la legislación laboral.²¹⁶ Dicha facultad tiene como resultado la emisión de resoluciones en las que se contiene la interpretación por la cual se origina el fallo de las actividades fiscalizadora de la autoridad laboral; éstos considerados dictámenes.

La naturaleza de la jurisprudencia emitida por órganos administrativos como lo son el director del trabajo y la propia Dirección del trabajo se encuentran delimitada en cuanto a dos ámbitos, material y personal. El ámbito material de la jurisprudencia administrativa de un jefe de servicio alcanza únicamente a las normas cuya aplicación le ha sido encomendada al servicio que rige, o cuya aplicación por otros servicios o entidades le corresponde vigilar.²¹⁷ Esto podríamos referirlo de la facultad recaída en el Director del Trabajo en términos del citado artículo 5 de la Ley Orgánica de la Dirección del Trabajo. Entre dichas normas pueden contemplarse además de las de naturaleza legal como pudieran ser el propio código del Trabajo, sino a su vez a nivel constitucional aquellas que pudieran contar con esencia laboral como los respectivos derechos constitucionales a libertad de trabajo y libertad sindical por citar los ejemplos contenidos en el artículo 19 constitucional. Con ello, puesto que si la constitución incluye normas de determinado contenido, que esté en el objeto normativo de alguna potestad de interpretar administrativamente normas, el titular de esa potestad la puede interpretar cuando sea el caso.218

En cuanto al universo de sujetos obligados a acatar la jurisprudencia administrativa esta funge en dos sentidos, al interior y al exterior de la dependencia intérprete. *ad intra* se obedece la suerte de superioridad jerárquica, es decir la

²¹⁶ *Ibidem*, p. 64

²¹⁷ *Ibidem* p. 87

²¹⁸ *Ibidem*, p. 98

emitida por el jefe del departamento es vinculante para sus subordinados en su actuar; por lo tanto si es el Director del Trabajo quien emite la jurisprudencia, ésta debe de permear a todos los dictámenes que se emitan en la Dirección del Trabajo sobre el asunto en particular. En cambio ad extra, la jurisprudencia surte un efecto relativo, es decir solo es vinculante a las partes que sean motivo de la facultad de fiscalización, con la posibilidad éstos últimos de recurrir el sentido del dictamen.

El anterior preámbulo es conveniente de considerar en atención a que fue de la propia jurisprudencia administrativa de donde han emanado importantes dictámenes a partir de los cuales se originó la construcción del andamiaje de los derechos fundamentales al interior de las relaciones de trabajo.

En Chile a partir de la jurisprudencia administrativa de la Dirección del Trabajo se comenzará a reconocer la citada eficacia horizontal señalado que mientras el sistema jurídico dota al empleador de los que la doctrina llama el poder de dirección y de disciplina, esto es, de la facultad del empleador para dirigir y mantener el orden dentro de la empresa, que de alguna manera es manifestación de los derechos constitucionales de propiedad y libertad para desarrollar cualquier actividad económica, dicha garantía se encuentra jurídicamente limitada por las garantías constitucionales dirigidas a proteger la dignidad y la honra de las personas (dictamen n° 287/14, del 11.01.1996)²¹⁹ a esta circunstancia la denominaremos el arribo de la validez o reconocimiento de los derechos fundamentales al interior de las relaciones de trabajo.

En sus orígenes, más que tratarse de la elaboración de una verdadera doctrina sobre la materia la labor jurisprudencial se orientó a la conformación de criterios interpretativos, construidos sobre una base fundamentalmente casuística. Dicho proceso argumentativo de vigencia de los derechos fundamentales se venía desprendiendo desde mediados de los años noventa sin que se generara un impacto notable o trascendente en el grueso de los dictámenes de la Dirección del

²¹⁹ Ugarte Cataldo, José Luis. op.cit. nota 177, p. 29

²²⁰ Melis Valencia, Christian. El Contrato individual del trabajo en los dictámenes de la Dirección del Trabajo, 3ra ed, Santiago de Chile, Legal publishing, 2011, p. 216.

trabajo; pero adecuadamente puede concretarse como el inicio de la exploración de los derechos fundamentales como eje rector de la interpretación de los límites del poder de dirección empresarial.

El desarrollo de la concepción garantista al interior del derecho del trabajo continúe su evolución fortaleciendo cada vez más su nivel teórico hasta el arribo del mes de agosto del año 2002 en el que se constituye el denominado dictamen marco sobre derechos fundamentales en donde la valoración interpretativa se va orientando progresivamente a determinar: primero, el alcance y la extensión del derecho en conflicto y, en segundo lugar, a esclarecer si la actuación empresarial vulnera ese y no otro derecho fundamental, teniendo como marco la idea de los derechos fundamentales como límite de los derechos fundamentales.²²¹

Continúa sosteniendo Melis Valencia que los elementos esenciales de dicho dictamen Ord. N° 2.856/162, 30.08.2002 constitutivo de análisis, lo son tres líneas que define como la dignidad humana como antecedente jurídico/filosófico; la función Limitadora de las facultades empresariales, y la identificación del principio de proporcionalidad como mecanismo de resolución de conflictos.²²²

La doctrina adoptada por la Dirección del Trabajo en el dictamen en comento, establecen los elementos centrales de interpretación de los derechos fundamentales al interior de la empresa como son la dignidad humana como antecedente jurídico y filosófico, la función limitadora del poder empresarial, así como el juicio de proporcionalidad en los mecanismos de solución de conflictos por interpretación de las normas laborales. En ese tenor concibe al jurisprudencia que la dignidad que como persona poseen los trabajadores constituye el valor central del ordenamiento laboral concibiéndose como un factor que da forma y fundamenta la creación y aplicación de toda norma. En cuanto hace a la limitación de los poderes empresariales decreta el dictamen que los derecho fundamentales se constituyen como límites infranqueables de la actividad empresarial debiéndose dar primacía a los primeros por encima de las facultades del empleador cuando éstas

²²¹ *Ibidem*, p. 218.

²²² *Ibidem*, p. 219

vulneren el espectro de dignidad humana. Por último el juicio de proporcionalidad es establecido por esta jurisprudencia con el propósito de lograr una concurrencia de los derechos de los sujetos labores en la medida de que éstos no sean suprimidos unos por otros, lo anterior utilizando ejercicios de ponderación derechos como medida para lograr dicho objetivo y así acortar la brecha asimétrica que caracteriza a la relación entre los sujetos laborales.

3.2 Mecanismos de protección de derechos fundamentales

Dejando atrás los aspectos sustantivos del derecho en lo relativo a la tutela de los derechos fundamentales, los mecanismos de protección en el presente apartado, hacen ver las garantías establecidas para la plena vigencia de la tutela de los derechos fundamentales tanto en su ámbito constitucional como ordinario en ambas naciones. Al hablar de ello, invariablemente debemos tocar los aspectos relacionados a las acciones generales de amparo en ambos países, para luego descender hacia las instancias, y sus procedimientos relacionados a la protección y tutela de estos derechos, pudiéndose destacar los que a continuación se analizan.

3.2.1 Constitucionales

Las acciones generales de amparo han definido mundialmente a la tutela de los derechos fundamentales en sede judicial. En los países a analizar se han generado dos mecanismos tendientes a reglamenta el control directo de la constitucionalidad de leyes y actos previstos de la facultad de imperio. Tales ejemplos se advierten de amparo mexicano y del recurso de protección chileno, de la siguiente forma.

3.2.1.1 El Juicio de Amparo en México

La construcción del sistema jurídico mexicano, en cuanto a tutela de los derechos fundamentales se refiere, ha seguido un largo camino para su conformación. Es a partir del pensamiento de Manuel Cresencio Rejón establecido en el proyecto de Constitución del estado de Yucatán de 1840 donde se estableció la creación del medio controlador o conservador del régimen constitucional o amparo, como el

mismo lo llamó, ejercido o desempeñado por el poder judicial, con la ventaja de que dicho control se hacía extensivo a todo acto anticonstiucional.²²³

Con posterioridad, tras largos debates legislativos en donde se discutió la conveniencia o no de que una sentencia judicial pudiera tener efectos derogatorios de actos legislativos, constituyentes como Ponciano Arriaga, consideraban pertinente la inclusión en la Constitución de 1857, de un mecanismo jurisdiccional capaz de proteger al ciudadano y a sus derechos, como base y objeto de las instituciones, contra actos o leyes que violasen el orden constitucional. En consecuencia a ello, el juicio de amparo se constituye como una garantía plena de la constitucionalidad de los actos de autoridad. ²²⁴

La inclusión del juicio en la norma constitucional mexicana vigente en un inicio, reputa a los derechos del hombre como un conjunto de garantías individuales que el Estado reconoce u otorga a los habitantes de su territorio, 225 por ende el constituyente de Querétaro considero adoptar en el texto constitucional un mecanismo pertinente que siguiera dos objetos; un efectivo control de la constitucionalidad y as u vez la protección del gobernado frente a los poderes públicos, dotándole de el mecanismo judicial pertinente para la conservación de las garantías individuales concedidas; encontrando en el juicio de amparo una vía judicial pertinente.

Zaldivar Lelo de Larrea recoge las ideas de Héctor Fix-Zamudio, al reproducir que la concepción del juicio de amparo debe de analizarse en razón a cinco funciones; la Tutela de la libertad personal, impugnación de leyes inconstitucionales, medio de impugnación de las sentencias judiciales, para reclamar los actos y resoluciones de la administración activa así como para proteger los derechos

²²³ Burgoa Orihuela, Ignacio. El Juicio de Amparo, 43ª ed. México, Porrúa 2009, p.

¹¹¹

²²⁴ cfr. Ibidem p. 122

²²⁵ *Ibidem* p. 126

sociales de los campesinos sometidos a la reforma agraria²²⁶. Con lo anterior se desprende que el juicio de amparo de conformidad a nuestra constitución vigente, encuentra gran amplitud al grado de cooptar en su gran mayoría con la responsabilidad de considerarse como el mecanismo de protección de la constitucionalidad para el ciudadano mexicano.

A lo anterior es de sumarse, el impacto que tuvieron las reformas constitucionales del año 2011 el cuanto hace al cambio de paradigma originalmente basado en garantías individuales para migrar al marco normativo relacionado a los derechos humanos y por consecuencia los derechos fundamentales del hombre; dotando con ello un tinte de vigencia y actualización a los esquemas de protección que regían la administración de justicia constitucional en nuestro país. A partir de ello, hay quienes se atreven a afirmar que el juicio de amparo busca constituirse en la actualidad en un verdadero juicio de derechos fundamentales a partir de aquel momento.

La intensión de la reforma antes citada buscaron provocar en el juicio de amparo se ampliara el ámbito protector, pasando no solo respecto a las violaciones a garantías individuales, sino que además a garantías sociales y de derechos humanos establecidos en los tratados internacionales para lo cual de igual manera amplia el marco de legitimación activa (interés jurídico e interés legítimo), así como se adecuó a la necesidad de superar criterios formalistas en cuanto al acto reclamado y conceder la primacía de la naturaleza propia del acto, frente al carácter formal de quien lo emite, ²²⁷ Sobre lo cual ahondaremos más adelante.

El juicio de amparo cuenta con una base constitucional para su establecimiento de los principios que rigen su sustanciación; comisionando el establecimiento de una ley reglamentaria para regir cada una de las particularidades inherentes al procedimiento.

La base constitucional del juicio de amparo la encontramos en el artículo 103 de la Constitución Política de los estados unidos Mexicanos el cual establece que

150

²²⁶ Zaldivar Lelo de Larrea, Arturo. Hacia una nueva ley de amparo, 4ª.ed, México, Porrúa-Unam, 2013 p. 28

²²⁷ cfr Idem p. 11

corresponde en competencia a los tribunales del Poder Judicial Federal, el conocimiento de las controversias que suceden en tres supuestos. El primero de ellos relacionado a leyes o actos que violen los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas para su protección por la constitución; así como para los supuestos en que actos, omisiones o normas generales de la autoridad federal vulnere o restrinja la soberanía de los estados y viceversa. Dicha disposición encuentra su reproducción en el artículo 1º de la Ley de Amparo vigente.

El artículo 107 constitucional, es el encargado de plasmar los principios generales del juicio de amparo; es a partir de ellos que emanan los principios rectores del juicio de amparo los cuales se pueden resumir a partir de lo siguiente:

Se persigue a instancia de parte agraviada incluyendo en ésta a quien aduzca contar con un interés legítimo frente al acto reclamado.

El efecto de protección de las sentencias, será siempre en beneficio del impetrante, salvo en los casos de se establezca jurisprudencia sobre la inconstitucionalidad de normas generales; la es que en su caso de no ser subsanadas por la autoridad emisora, serán declaradas inconstitucionales con efectos generales.

Excepcionalmente se supliría cualquier deficiencia en los planteamientos o argumentos que exponen los justiciables, excluyendo con esto el principio dispositivo procesal en cuanto a determinadas materias jurídicas conforma a lo establecido en la ley reglamentaria al juicio de amparo.

Se deberán de agotar todos y cada uno de los recursos o medios ordinarios de defensa conforme a la ley que rija el acto reclamado, con excepción de que se haya omitido la fundamentación correspondiente.

Se establece la medida cautelar por excelencia en el juicio de amparo, como lo es la suspensión del acto reclamado cuando la naturaleza del mismo lo permita y ponderando la apariencia del buen derecho y el interés social.

De igual forma, del citado cardinal constitucional se establece la sujeción de estos procedimientos a la ley reglamentaria correspondiente elaborando por el congreso de la Unión siguiente las bases anteriormente enunciadas. Por lo anterior, la denominada Ley de Amparo publicada por el Diario Oficial de la Federación el

pasado mes de abril de 2013; constituye la legislación reglamentaria de nuestro juicio de amparo; y es a consecuencia de ella que podemos ahondar en cuanto a las características del juicio de amparo en México.

En cuanto hace a la aptitud de acudir al juicio de amparo con la calidad de parte, procesalmente hablando, debemos distinguir tanto el aspecto activo como pasivo los cuales han evolucionado con el propósito de ampliar el espectro protector del juicio de amparo, bajo interpretaciones que el poder judicial de la Federación venía sosteniendo previo a la entrada en vigor de la ley actual.

La principal característica de este juicio que impacta en el tema de investigación, los es invariablemente el tema de legitimación en su aspecto pasivo. De acuerdo con la ley de amparo, contraria a la amplitud de la legitimación activa en cuanto a la posibilidad de acudir a la vía de amparo cuando se irroguen tanto el interés jurídico (derechos sustantivos), el interés Colectivo (interés de personas unidas por un ligamen jurídico) o el interés difuso (aquel que emana por situaciones contingentes o accidentales sin la necesidad de un vínculo jurídico²²⁸) la legitimación pasiva se encuentra acotada a entes con ejercicio de una actividad estatal o bien particulares que desarrollen actividades propias del estado. Lo anterior resulta así al advertirse de la fracción segunda del artículo 5° de la Ley de Amparo que los particulares tendrán la calidad de autoridad responsable cuando realicen actos equivalentes a los de autoridad y estén determinadas por una norma general.

Esto es, la acción de amparo se encuentra acotada en cuanto hace a los actos provenientes a los particulares, salvo los casos en que una ley general les conceda el ejercicio de un servicio de naturaleza pública. En general podemos advertir que dicha hipótesis se refiere a servicios concesionados en lo general. Esta particularidad de legitimación priva el alcance del velo protector de este mecanismo de control de la constitucionalidad cualquier posibilidad de acción frente a actos provenientes de particulares en ejercicio de una actividad de índole privada o

²²⁸ Pellegrini Grinover citado por Zaldivar Lelo de Larrea, Arturo. *op. cit.*. nota 226 p.

particular, como resulta el caso de las actividades propias de los vínculos laborales.

3.2.1.2 El Recurso de protección en la República de Chile

La justificación de su creación al interior de la constitución de 1980, obedeció a presiones políticas que diversos sectores, entre ellos el empresarial, ejercieron al gobierno militar establecido a raíz del golpe de estado, con el propósito de prevenir sucesos como los vividos en el periodo presidencial de Allende; relativos a expropiaciones y requisas que el gobierno planteó frente a sectores estratégicos de la economía. Los sectores de oposición al presidente Allende siempre alegaron que la actuación de la Administración resultaba en contra de sus derechos patrimoniales. Este hecho resultó un caldo de cultivo bastante fértil para diversas iniciativas legales y constitucionales precisamente para hacer frente a las políticas de gobierno²²⁹, así como a todo acto de autoridad que pueda vulnerar derechos fundamentales del gobernado.

La creación de este recurso originó su inclusión en la constitución de 1980 la cual establece en su artículo 20 la procedencia de esta garantía en los siguientes términos:

"Artículo 20. El que por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales, sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos en el artículo 19, números 1.º, 2.º, 3.º inciso cuarto, 4.º, 5.º, 6.º, 9.º inciso final, 11.º, 12.º, 13.º, 15.º, 16.º en lo relativo a la libertad de trabajo y al derecho a su libre elección y libre contratación, y a lo establecido en el inciso cuarto, 19.º, 21.º, 22.º, 23.º, 24.º y 25.º podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre, a la Corte de Apelaciones respectiva, la que adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y

153

²²⁹ Paredes Paredes, Felipe Ignacio. La garantía jurisdiccional de los derechos fundamentales, Santiago de Chile, Legal Publishing, 2014, p. 118

asegurar la debida protección del afectado, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes.

Procederá también, el recurso de protección en el caso del No. 8 del artículo 19, cuando el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación sea afectado por un acto u omisión ilegal imputable a una autoridad o persona determinada."

Se puede considerar entonces que el recurso de protección puede estar delimitado por 5 elementos²³⁰ que lo definen:

- a) Constituye un mecanismo que protege jurisdiccionalmente los derechos constitucionales a través del actuar la sede en primera instancia de la Corte de Apelaciones y en segunda a cargo de la Corte Suprema.
- b) Opera de manera *ex post* lo que se traduce en que la lesión consumada, pero a su vez asume un carácter preventivo de la misma ante la amenaza objetiva.
- c) Además de un acto de molestia que infiera perturbación o amenaza; el acto debe de encontrarse catalogado como ilegal. Adicionando a su vez que cuando esta provenga de autoridades jurisdiccionales, su procedencia radicara en el carácter de imposible reparación del acto.
- d) La acción debe de encontrarse afectada de arbitrariedad, adjetivo proveniente del carácter lesivo de la misma al afectar de manera desproporcionada de un acto.
 - e) Es sumario.
- f) Es de índole principal pero sobre todo cautelar; es decir no requiere de un a tramitación previa a que se acuda ante dicha instancia.

Como establece el artículo 20 de la constitución, el recurso de protección señala taxativamente los derechos fundamentales por dicho recurso; de entre los cuales podemos destacar los relacionados a la naturaleza específicamente laboral como lo son el 16° y 19° relativos a la libertad de trabajo, libre elección y contratación, así

_

²³⁰ cfr Ibidem, p. 123

como el derecho a la sindicación. Con ello, el recurso de protección pretendía tener incidencia en la resolución de conflictos destinados a salvaguardar la posible vulneración de dichos derechos fundamentales de naturaleza específica.

Con ello se evidencia una intensión del legislador de dotar de un mecanismo judicial al gobernado para tutelar al mínimo de derechos laborales de carácter constitucional. Adicionalmente, como hemos expuesto, la incidencia de los derechos fundamentales de naturaleza inespecífica al interior de las relaciones laborales permite valorar la posibilidad que el resto de los derechos fundamentales descritos en el artículo 20 puedan ser susceptibles de tutela con este recurso.

Si bien la Constitución de donde emana el recurso de protección establece dicha garantía; el proceso legislativo instruyó a la propia Corte a establecer lo que en el sistema jurídico denominan como auto acordado, que hace las veces de acuerdo de actuación ante la ausencia de una legislación reglamentaria; auto duramente criticado por cuanto hace a su vigencia; toda vez de que a la fecha la Constitución Chilena ha trasladado esa facultar para legislar sobre materias procesales, directamente al legislador.

No obstante a ello; actualmente el recurso de protección es tramitado mediante la disposición consistente en el auto acordado de fecha 24 de junio de 1992; como norma rectora del procedimiento del recurso. En ella destaca su artículo 2 que la promoción de dicho recurso le asistiría a cualquier persona con independencia de su naturaleza o condición, ampliando con ello

Hasta antes de la reforma constitucional de 2005, era el único recurso jurídico de protección a los derechos fundamentales de índole general; es decir capaz de atender los conflictos que sucedían frente a colisiones de derechos fundamentales; con independencia del plano en el que se actualizaban, ya sea en un sentido vertical o bien horizontal tratándose de particulares. La posibilidad de constituirse en un mecanismo de protección de derechos fundamentales entre particulares se menoscaba con su alcance protector, puesto que el resultado de su acción lo es exclusivamente en decretar un cese de la conducta impugnada, dejando inconcluso cualquier posibilidad de abonar medidas reparatorias.

El artículo 5 del auto acordado para la tramitación del recurso de protección expone que el tribunal podrá dictar las diligencias necesarias para allegarse de elementos que permitan la comprobación de los antecedentes que sustenten el recurso promovido; lo cual conduce a constituir al recurso como un mecanismo que resuelve mediante la sana crítica y juicios de verosimilitud respecto a la descripción planteada por el promovente. Sin embargo la ausencia de reglas particulares para la solución de conflictos de colisión de derechos fundamentales, genera un vacío en la factibilidad de obtener una resolución adecuada las necesidades del problema.

Para el efecto de la tutela de los derechos fundamentales en las relaciones de trabajo, Tapia Guerrero afirma en entrevista²³¹ que en materia laboral antes se aplicaba poco el recurso de protección para algunas materias como por ejemplo cuestiones sindicales, quizá en materia ambiental del trabajo o algunas oportunidades de discriminación, cuyos efectos eran precisamente la suspensión de la conducta destacada como lesiva. En ese sentido el resultado de la acción era de muy corto alcance y de efecto poco trascendente.

En materia del trabajo, el resultado del recurso de protección genera la calidad de cosa juzgada material, esto es que determina, además de la parálisis del acto impugnado; la declaración de la existencia de un derecho; haciendo con ello improcedente la sucesión a esta resolución de procedimiento alguno incluyendo el procedimiento de tutela laboral, con el propósito de revocar o modificar el sentido del fallo.

Por consecuencia a lo anterior, se advierte que el recurso de protección cuenta con formas poco efectivas tratándose de la solución de controversias en donde colisionen dos derechos en igualdad de circunstancias, como lo son derechos provenientes de sujetos particulares.

156

-

²³¹ TAPIA GUERRERO, Francisco. Entrevista realizada el 18 de junio de 2015 en la ciudad de Santiago de Chile. Entrevistador: Daniel Fabela Méndez

3.2.2 Infraconstitucionales

La protección de la constitucionalidad de los actos, además de las autoridades y mecanismos que dotan las propias constituciones generales, puede desprenderse de igual manera de mecanismos establecidos por las propias leyes reglamentarias de la materia. Tal es el caso de los organismos fiscalizadores y jurisdiccionales previstos por las respectivas leyes ordinarias de los estados sujetos al presente análisis. A continuación abordaremos el papel que desempeñan el este rubro.

3.2.2.1 Procedimientos de Inspección del Trabajo de la Secretaría del Trabajo y Previsión Social

La Inspección del Trabajo en México cuenta con las funciones atribuidas en el artículo 540 y 541 de la Ley Federal del Trabajo tendientes a vigilar el cumplimiento de las normas de trabajo, así como detectar deficiencias y violaciones a las mismas por los respectivos centros laborales, actúan como autoridad de fiscalización en lo concerniente a condiciones generales de trabajo, medidas de seguridad e higiene, entre otras. Sus procedimientos de inspección de la misma Ley Federal del trabajo, establece que se regirán por los distintos reglamentos que se expidan para cada materia a verificar.

El reglamento General de Inspección del Trabajo y aplicación de sanciones, establece en su artículo 27 la facultad de la inspección del trabajo para proceder a la realización de inspecciones ya sea de índole ordinaria, extraordinaria o de constatación de cumplimiento de medidas ordenadas de manera previa; todas ellas con el propósito de asegurarse del cumplimiento de las normas de trabajo. Como se ve en el presente artículo, el espectro de la función fiscalizadora, consiste preponderantemente en el cumplimiento de la norma con cabalidad, es decir, una función meramente de apego a la legalidad.

La actuación de la autoridad se rige mediante dos principios, el oficioso tratándose de inspecciones de carácter inicial o periódica la cual dependerá del arbitrio de la inspección del trabajo, y aquellas de naturaleza de instancia de parte, particularmente las de naturaleza extraordinario cuando se producen a

consecuencia de la recepción de quejas o denuncias sobre violaciones a las normas laborales.

Bajo los lineamientos de los artículos 35 y 36 del reglamento general de inspección de trabajo y aplicación de sanciones, establece la posibilidad de que si durante la inspección se desvirtúa mediante documentos cualquier omisión o trasgresión a normas laborales, el inspector lo asentará en su respectiva acta; de lo contrario solicitará al empleador para que dentro de un plazo de cinco días haga valer las observaciones pertinentes. De igual forma ante alguna irregularidad en el cumplimiento de normativa, el inspector concederá un plazo considerable para subsanar o corregir la irregularidad correspondiente.

Lo anterior deja claro que el objeto del procedimiento lo es solo el de vigilar el cumplimiento de normas laborales, sin que se esté en condiciones de analizar lo relacionado a la interpretación del ejercicio y aplicación de éstas frente a derechos fundamentales. Ante ello el carente tratamiento, ni protocolización de medidas protectoras de los derechos fundamentales. La faculta de declarativa de un derecho, escapa al espectro protector de las autoridades mexicanas relativas a la inspección del trabajo.

3.2.2.2 Procedimientos laborales ante las Juntas de Conciliación y Arbitraje y los futuros Tribunales laborales

De conformidad a la fracción XX del artículo 123 de la Constitución Política de los Estado Unidos Mexicanos, la solución de los conflictos obrero patronales corresponde a las Tribunales laborales pertenecientes al Poder Judicial Federal. Sin embargo, previo a la reforma constitucional de 2017. Se regía por Juntas de Conciliación y Arbitraje constituidas como un órgano colegiado tripartito integrado por igual número de representantes de capital, trabajadores y gobierno, este último con el carácter de presidente y responsable de las cuestiones de carácter jurídico. La transición de juntas a tribunales aún no se consuma, pues de conformidad a los artículos transitorios de la reforma a la Ley Federal del Trabajo del 1 de mayo de 2019, estas subsistirán cuando menos hasta 2023, prorrogando sus funciones respecto todos los juicios iniciados con anterior a esa fecha.

La constitución de dichas juntas se rige por lo establecido por los capítulos XII y XIII del título once de la Ley Federal del Trabajo correspondiente a la organización de las autoridades del trabajo, del cual se destaca de su artículo 604 la constitución de Juntas Federales de Conciliación y Arbitraje y el respectivo artículo 621 para la constitución de las Juntas Locales de conciliación y Arbitraje.

Las autoridades en mención con el propósito de resolver conflictos laborales cuentan con procedimientos establecidos por la Ley como de carácter ordinario como especializados, como es el caso de conflictos de seguridad social, procedimientos colectivos de naturaleza económica, entre otros. Ante la falta de derecho sustantivo y adjetivo que prevea los lineamientos para el tratamiento de conflictos de derechos fundamentales en las relaciones de trabajo estas autoridades jurisdiccionales, carecen de protocolos de actuación para la sustanciación y solución de controversias de dichas materias, particularmente en lo relacionado a legitimación en el ejercicio de la acción, reglas probatorias adecuadas, así como un ajustada metodología para el dictado de sus laudos tendiente a verse limitado por principios de legalidad en el plano de subsunción.

El procedimiento por el cual las autoridades jurisdiccionales realizan sus facultades parte del principio de instancia de parte agraviada, tal y como lo prevé el artículo 685 en cuanto hace a la necesaria promoción del interesado y 689 relacionado con el interés jurídico a comparecer a juicio, ambos artículos correspondientes a la Ley Federal del Trabajo. En ese tenor el inicio del procedimiento resulta estrictamente atribuido a la parte que pretenda exigir un cumplimiento de un derecho subjetivo.

En lo que respecta a las normas que rigen a la prueba, las autoridades jurisdiccionales conciben en sus procedimientos principios de cargas generales y cargas especificas probatorias para establecer el interés probatorio y con ello realizar sus razonamientos para la solución del conflicto, en ese tenor el artículo 784 de la Ley Federal del Trabajo establece que las autoridades deberán de eximir de la carga probatoria a los trabajadores, cuando por otros medios se encuentre en posibilidad de llegar al conocimiento de los hechos (carga general probatoria), esto es las autoridades en atribución a su buen juicio se encuentran en condiciones de

establecer a quien le corresponde la obligación de probar en atención a quien cuente con una mejor posibilidad para ello. A su vez existe la carga probatoria específica consistente en asignar a la entidad patronal la obligación de acreditar extremos relacionados particularmente a las condiciones de trabajo, cumplimiento de obligaciones de seguridad social, así como la terminación de la relación de trabajo o su rescisión. Tal cuestión establece en primer término las reglas sobre las cuales deberá de ceñirse la autoridad laboral para el caso de distribuir el ánimo probatorio en los conflictos que se le presenten.

A su vez, las reglas sobre la naturaleza de la prueba susceptible de ser ofrecida en este procedimiento, evidencia la recepción exclusiva de la prueba directa, esto es aquella enfocada de acreditar puntualmente un hecho sobre el cual se suscita una contienda, ello como resultado del artículo 777 de la Ley Federal del Trabajo. Dicha rigidez probatoria reduce las posibilidades de acreditar hechos cuya secrecía o clandestinidad hayan propiciado la afectación de un derecho fundamental.

Siguiendo con la cuestión probatoria las Juntas de Conciliación y Arbitraje de conformidad con el artículo 841 de la Ley Federal del Trabajo justificarán todas y cada una de sus resoluciones, a verdad sabida y buena fe guardada y apreciado los hechos a conciencia lo cual deriva en un juicio o calificación de verosimilitud en cada uno de los hechos expuestos y acreditados en la sustanciación del juicio. A su vez se establece la libre apreciación de la prueba cuya valoración deberá de descansar en los principios de motivación y fundamentación legal en que se sustente tal juicio. Sobre este particular es importante destacar que bajo esas reglas opera el sistema de subsunción o solución de conflictos por la aplicación concreta del texto y su consecuencia jurídica, aunado a que dicha libertad en la mayoría de los casos se encuentra cooptada por criterios de jurisprudencia de aplicación obligatoria establecidos por el Poder Judicial Federal.

Bajo esa perspectiva el procedimiento laboral se encuentra justado a principios de legalidad que por consiguiente dificultan la tramitación de controversias relacionadas a la colisión de derechos fundamentales que pudieran suscitarse en las relaciones de trabajo al concebir formalidades procesales carentes de idoneidad para el tratamiento de dichas contiendas.

3.2.2.3 Procedimientos de Inspección laboral de la Dirección del Trabajo

La inspección del trabajo en Chile, adquiere un papel activo en la protección y tratamiento de los derechos fundamentales en las relaciones de trabajo. Su labor atiende a dos funciones; como autoridad fiscalizadora o en su calidad de parte en un procedimiento laboral.

Acorde con la Ley Orgánica de la Dirección del Trabajo, esta entidad cuenta con facultades de órgano fiscalizador de la legislación laboral, fijar el sentido y alcance de las disposiciones de trabajo (función interpretativa) así como velar por el ejercicio de los derechos constitucionales en materia de libre contratación, negociación colectiva y libertad sindical. Acorde a lo anterior, adicionalmente a velar con propósito de aplicación y cumplimiento de la norma, se distingue su función gracias a la capacidad de fijar los alcances de las mismas, es decir sentar los criterios correspondientes a su aplicación caso a caso.

La Dirección del trabajo organizada en departamentos de inspección, de negociación colectiva, organizaciones sindicales, jurídico y administrativo. Se encuentra dirigida por un Director, el cual es el titular de la dependencia y de la facultad importante relacionada con la actividad hermenéutica de oficina; esto es la fijación de los criterios de interpretación de la legislación y su reglamentación. Con ello, el papel de la Dirección del trabajo, robustece el mecanismo de aplicación de la norma, pues no depende su gestión del exclusivo contenido de la normatividad, sino que esta dependencia afina su función con su aptitud para interpretar el alcance de la misma.

Como se ha dicho con anterioridad, es el actuar de esta dependencia la que motivó la validez de los derechos fundamentales en las relaciones de trabajo, y su consecuente eficacia dentro de las mismas, derivado de sus dictámenes que sientan la jurisprudencia administrativa que motivo la incorporación al código de trabajo de las respectivas leyes 19,759 y 20,087.

Entonces, el departamento de inspección del trabajo destaca en este ámbito en concordancia a sus facultades de fiscalización administrativa respecto del aseguramiento relacionado con la aplicación de las normas laborales y el efecto de

ellas en la esfera de derechos fundamentales de los trabadores en el centro de trabajo. En ese sentido, la emisión de dictámenes en dicha materia, como se ha referido ya al analizar el dictamen marco de los derechos fundamentales en el correspondiente apartado de jurisprudencia administrativa chilena; se encuentra sostenida con el juicio de ponderación que se emite respecto de las facultades del empleador emanadas de su poder de dirección y mando en contra posición con los derechos del trabajador.

Por otra parte, la actividad de la inspección del trabajo, a su vez resulta relevante en la tutela de los derechos fundamentales, al constituirse a su vez en la posibilidad de figurar como parte accionante del juicio de tutela ante los juzgados de letras. Dicha medida como hemos tratado, deviene del cardinal 486 del Código de trabajo. A consecuencia de ello, adquiere el carácter de coadyuvante en el ejercicio de los derechos particularmente en los supuestos ocurridos ante centros de empleo donde existe ausencia de asociaciones sindicales que permitan apoyar al trabajador en lo individual.

De igualmente conviene decir que en la mayoría de las ocasiones en las que se constituye como parte, se destaca que tal accionar se enfoca protección de los derechos de la relación de trabajo vigente; excluyéndose el supuesto de la violación a los derechos fundamentales con ocasión del despido en atención a su consecuencia económica, aliciente para la asesoría de abogado particular.

El rol desempeñado por la dirección del trabajo es sumamente activo en cuanto a tutela de los derechos fundamentales caracterizado por la dualidad de funciones ejercidas, ya sea como autoridad fiscalizadora con facultades de interpretación; o bien parte interesada y legitimada para accionar al órgano judicial en cuanto a procedimiento de tutela se refiere seguido ante los tribunales de letras.

3.2.2.4 Procedimiento de Tutela Laboral ante Jueces de Letras

El curso sociopolítico de los conflictos va orillando a los tribunales a resolver cuestiones para los cuales no fueron diseñados ni para lo que los jueces hayan sido

formados, es decir, el derecho se ve con creces excedido de sus capacidades.²³² Eso mismo fue sucediendo con algunas de las instancias de protección de derechos constitucionales; lo anterior en gran medida a la generalidad con la que actuaban en el ejercicio de su competencia.

Muchos de los denominados derechos fundamentales ya habían sido resguardados por la acción de tutela. Sin embargo, por múltiples razones, se había ido restringiendo la posibilidad de realmente utilizar esta acción como el cause normal para mantener vigentes las garantías constitucionales, lo que llevó a generar otra instancia de resolución, por la vía de los Tribunales ordinarios, no a través de la Corte de apelaciones.²³³

Es por eso que la entrada en vigor de la ley 20,087 que establece en el código del trabajo las reglas especiales del procedimiento de Tutela laboral, crea un nuevo paradigma en la función jurisdiccional ordinaria para la tutela de derechos fundamentales en las relaciones de trabajo acorde con la naturaleza de la materia dirimida.

Acorde a su función jurisdiccional y a lo establecido por el artículo 417 del código de trabajo, los juzgados de letras son órganos integrantes del poder judicial de naturaleza unipersonal (artículo 419) cuya competencia permite la sustanciación de procedimientos derivados de controversias suscitadas entre empleadores y trabajadores a consecuencia de la aplicación de la norma o interpretación de los contratos que rijan sus relaciones laborales como describe la el inciso a) del artículo 420 del código.

El ejercicio de sus funciones se encuentra sometido a los principios formativos del proceso consistentes en Inmediación (interacción directa con las partes y la causa) impulso oficioso, celeridad, buena fe, bilateralidad de audiencia y gratuidad tal como lo estipula el cardinal 425 del código del trabajo. La principal de estas

163

Núñez, Manuel. "recurso de protección conflicto político y cuestiones no justiciables en la reciente jurisprudencia de protección" en Anuario de derecho público, Santiago de Chile, Universidad Diego Portales, 2002, pp. 237-249

²³³ Humeres Noguer, Héctor. *op. cit..* nota 203 p. 457

características procesales lo es sin lugar a dudas la inmediación en atención a la orientación oral del procedimiento; toda audiencia se lleva rigurosamente presenciada ante el Juez.

Tenemos que tratándose de tutela de derechos fundamentales, como hemos descrito se siguen reglas especiales para la tramitación de los procedimientos surtiendo como base el procedimiento de aplicación general contenido en el artículo 446 del Código de Trabajo. La oralidad en este procedimiento se utiliza frente al desarrollo de la audiencia y la exposición de los puntos litigiosos, pues habrá que recordar la existencia de requisito escrito en materia de demanda y contestación de la misma (artículo 452)

En cuanto a las particularidades con las que se sostiene el ejercicio jurisdiccional de tutela de derechos fundamentales, es prudente ubicar dos cuestiones de suma importancia recaídas en el juzgador y que constituyen punto central en sus determinaciones: la valoración del indicio y el juicio de ponderación.

El artículo 493 del código de trabajo contempla el corazón del juicio que deberá, en su caso de resolver el juzgador. La estimación de los indicios como suficientes para considerar la existencia de vulneración de los derechos fundamentales opera siguiendo el criterio de la prueba indirecta, es decir una descripción verosímil de circunstancias o hechos que rodean la circunstancia vulneratoria. La actividad jurisidiccional sobre éste particular no radicará entonces de que el denunciante acredite de manera directa el hecho que le irroga sus derechos, sin bastará que haga llegar al juzgador elementos periféricos que permitan evidenciar su existencia. El propósito de ello, es la conclusión de dos ideas; la primera que no puede cerrársele la posibilidad al justiciable de aportar pruebas que en la mayoría de los casos son difíciles de recabar como es el caso de hechos que vulneran derechos fundamentales en el centro del trabajo, en atención a la asimetría que existe entre el patrón; pero a su vez evitando la reversión de una carga probatoria hacia el empleador que conciba la posibilidad de imponer pruebas tan inquisitorias como la conducente a acreditar hechos negativos. En cierta medida, la determinación de la prueba indiciaria obedece a una decisión eufemísticamente salomónica.

Igual grado de importancia guarda el papel en el que radica la conclusión del juez, relacionada al ejercicio de ponderación de los derechos fundamentales. El también llamado juicio de proporcionalidad, de igual manera se desprende del cardinal artículo 493 del código, solo que éste opera hasta en tanto la autoridad una vez valorado los indicios expuesto por la parte actora hayan sido considerados suficiente para concebir la existencia de una acción que irrogue los derechos fundamentales. Lo anterior no implica que el juzgador haga dos conclusiones, o por lo menos una parcial para dar cabida a la ponderación. Sino que todo es concentrado hasta el momento de la emisión de la sentencia en donde valorará cada uno de los supuestos de conformidad a la actuación de las partes.

La trascendencia de este ejercicio valorativo de peso de los derechos fundamentales constituyó un proceso de verdadera especialización de los jueces en materia de constitucionalidad y ponderación, pues el abandono del paradigma de la subsunción (aplicación estricta de la el y su consecuencia jurídica) hacia uno más complejo en cuanto a tutela de derechos fundamentales se refiere.

Con ello el juzgado pasa de ser un simple operador jurídico a convertirse en una autoridad con la jerarquía suficiente para valorar en qué medida un derecho fundamental debe de ceder en favor de otro para la subsistencia de ambos; o bien analizar el carácter necesario, idóneo y proporcional de una conducta que incide en la libertad de una persona.

En esa medida, el papel que guarda el juez de letras y el procedimiento seguido ante ellos por motivos de tutela de derechos fundamentales, implica en gran medida un robustecimiento del ejercicio de la actividad judicial en materia del trabajo acorde a las necesidades de justicia en materia de prorrogativas inherentes al hombre o ciudadano al interior de los núcleos empleadores.

3.3 Análisis y conclusiones

La justicia de los derechos fundamentales en ambos países, ha recorrido distintos caminos y a distintas temporalidades. La experiencia chilena en éste

ámbito ha sido más productiva pese a haber iniciado el proceso de constitucionalización del derecho del trabajo de manera tardía. En cambio, México ha visto lenta su proyección, paradójicamente bajo el argumento de haber creado la primera constitución latinoamericana de corte social.

A nivel constitucional se observa que ambos leyes fundamentales evocan el reconocimiento de derechos fundamentales en las especies específicas e inespecíficas laborales, esto es, validan prerrogativas esenciales para desarrollar el trabajo con el mínimo de las características de dignidad humana. Se destaca la eficacia directa que reconoce la constitución chilena para la tutela de derechos fundamentales entre los particulares sin distinguir la naturaleza que da el origen de dichos actos, circunstancia que no ocurre con el derecho mexicano. Por su parte la Constitución Política de los Estado Unidos Mexicanos aduce de su artículo quinto que ningún contrato de trabajo podrá menoscabar los derechos civiles de persona alguna, lo que implica un reconocimiento de validez de los derechos fundamentales en el marco de la relación de trabajo por cuanto hace al aspecto inespecífico; siendo relevante el tratamiento que le da el artículo 123 Constitucional a los derecho fundamentales laborales en concordancia con el Código Internacional del Trabajo; fundamentalizacion que puede constituir el mejor aspecto de la protección de estos derechos a nivel constitucional.

Al desprenderse la validez de estos derechos en ambas constituciones corresponde a su respetivas normas reglamentarias la consecución de los objetivos de los principios de engloban los derechos fundamentales en comento, sin embargo a partir de ese plano infraconstitucional es donde deviene las principales diferencias tanto en el plano de validez con el objeto de estudio de esta investigación como lo es la eficacia a manera de mecanismo procedimental para la protección de los derechos reconocidos en la norma.

La interpretación a las constituciones vía jurisprudencia constituye pieza medular para el subsecuente desarrollo de la normativa que regula tanto la validez como la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones de trabajo. De manera especial es en este aspecto en donde se origina el avance de la tutela de los derecho fundamentales en el trabajo en ambos países; pues a raíz de las

jurisprudencias administrativas chilenas como lo es el dictamen 2.856/162 del treinta de agosto de dos mil dos se establece la validez el reconocimiento del principio de dignidad humana que sostiene a los derechos fundamentales como función limitadora de las facultades del empresario y en donde se identifica al ejercicio de proporcionalidad para la resolución de conflictos que se presenten al colisionar los derechos del trabajador con los del empresario. Esta jurisprudencia es el sustento del avance legislativo que impera en el Código de Trabajo Chileno.

A diferencia de los anterior, en México se sigue una evolución de este tratamiento tardío a nivel jurisprudencia, puesto que a doce años de diferencia en nuestro país se emitieron los primeros criterios jurisprudenciales relacionados con la validez de la transversalidad de los derechos fundamentales en el trabajo, esto derivado particularmente al ámbito de no discriminación paradójicamente sobre actos precontractuales como los son las ofertas de trabajo, el reconocimiento de los derechos que como personas poseen los trabajadores es sostenido particularmente a partir de la emisión de la tesis 1ª. CDXXVIII/2014 de diciembre de dos mil catorce, la cual constituye la recién nacida validez en el ámbito jurisprudencial de esta figura de control de las facultades del empleador; pues como dice la ejecutoria en comento se puede sostener, por lo menos en cuanto al derecho sustantivo que ésta ópera en la normatividad laboral dejando entre ver la nula reglamentación para su tratamiento vía procedimental.

Ello se entiende así, en virtud de que la Ley Federal del Trabajo y su análoga Ley Federal para los Trabadores al Servicio del Estado si bien transitan en la regulación de los derecho laborales fundamentales como lo es la libertad del trabajo, la no discriminación, libertad sindical, negociación colectiva y huelga, estas leyes omiten proponer un trato diferenciado a las circunstancias o contingencias que se presenten en aspectos laborales que impliquen el menoscabo de los derechos fundamentales tanto en su corte específico e inespecífico, en atención a que esta legislación se limita particularmente a la solución de conflictos mediante la subsunción o aplicación de la norma directa, pues de su marco normativo requiere de la fundamentación y motivación de sus resoluciones, lo que limita su aplicación al estricto apego de estas norma.

Caso contrario ocurre con el Código de Trabajo Chileno, en cambio esta reglamentación andina, que actualmente transfiere sus lineamientos a las relaciones laborales reguladas por el estatuto administrativo, Ley 18834, dicha normatividad guarda congruencia en cuanto hace a los aspectos de validez y eficacia de las normas laborales para la protección de derechos fundamentales, potencializando con ellos el espectro de eficiencia en el trato de éstos. La norma Chilena reconoce que toda dirección empresarial se encuentra limitada por los derechos constitucionales reconocidos a favor de los trabajadores tanto en su condición de estatus dentro de los centros de trabajo, así como por su calidad de personas asimilando de igual forma los principios de no discriminación y dignidad en cuanto al trato a la persona; por consiguiente toda medida empresarial en el desarrollo del vínculo laboral se encuentra subordinado a la condicionante de proporcionalidad en las medidas. La eficacia trasversal de estos derechos fundamentales reconocidos por la República de Chile son tratados por esta legislación tanto en la garantía de indemnidad a la que alude el presente capitulo así como a las reglas que sustentan el procedimiento de tutela laboral concebido en el artículo 485 del Código de Trabajo como más adelante se abordara en cuanto hace a los mecanismos jurisdiccionales de ambos países.

Por su parte, en cuanto hace a los mecanismos para la tutela de los derechos fundamentales podemos advertir que en ambos países a nivel constitucional, cuentan con limitaciones para su eficiencia en cuanto hace al ámbito de las relaciones de trabajo. La tradición de los mecanismos mexicanos para la tutela de derechos fundamentales se ha visto desprovista de eficacia trasversal de los estos derechos, al prever el control de la constitucionalidad de manera exclusiva al ámbito vertical, esto es la protección frente a los actos provenientes de autoridades u órganos del estado que vulneren derechos subjetivos del ciudadano. Lo anterior pese al corto alcance que ha tenido la entrada en vigor de la ley de amparo de 2013 en la cual se abre la posibilidad del amparo frente a particulares, cuando éstos realicen actividades propias del estado delegadas a su favor, lo cual no ocurre en materia de las relaciones de trabajo puesto que ellas atienden intereses particulares o privados.

Por su parte el recurso de protección de la Republica Chilena pese que en algún momento puedo ser procedente para hacerse cargo de la justicia en existencia de conflictos de protección de derechos fundamentales por motivos de las relaciones de trabajo la experiencia generó que los resultados fueron pocos eficientes en virtud particularmente de los efectos que se podía lograr con el recurso, así como la nula viabilidad de la técnica probatoria en el mismo, lo que implicó que en su momento no fue adecuado el dejar la tutela de los derechos fundamentales en el trabajo a esta cede judicial con naturaleza de amparo general.

Como las instancias jurisdiccionales de competencia laboral ordinaria en ambos países guardan contrastes de notoria relevancia. En México las autoridades administrativas, como la inspección de trabajo cuenta con facultad exclusiva de vigilar el cumplimiento irrestricto de una norma de trabajo a diferencia de su similar dirección del trabajo en la República Chilena cuyo papel además de órgano fiscalizador para el cumplimiento de Normas laborales asume un rol de tutela de derechos fundamentales, ya sea mediante la interpretación de cláusulas contractuales o actos patronales que importen una posible conducta desproporcional en detrimento de los derechos fundamentales del trabajador. De igual forma asume una instancia de mediación en estos conflictos y en su caso sujeto legitimado para accionar al órgano jurisdiccional frente a actos que vulneran derechos fundamentales de los trabajadores.

El complemento de estas autoridades administrativas debiera constituir los órganos jurisdiccionales de competencia laboral como es el caso de las Juntas de Conciliación y Arbitraje y los Juzgados de Letras en materia del trabajo. Por su parte las Juntas de Conciliación y Arbitraje del contenido de sus atribuciones concedidas por los procedimientos establecidos en el apartado adjetivo de la Ley Federal del Trabajo evocan reglas procedimentales como las que distinguen al procedimiento ordinario para efectos de la solución de sus conflictos se encuentra constreñido al interés jurídico, análisis de pruebas ofrecidas con relación directa a los hechos controvertidos, y emisión de laudos bajo principios de legalidad, verdad sabida y buena fe guardada, lo que implica que todos ellos no pueden escapar al análisis decisorio bajo las características de la subsunción.

En cambio los Juzgados de Letras en materia de trabajo de la República de Chile en aplicación de los lineamientos que en cuanto hace a la validez de los derechos fundamentales encierra cuentan con el procedimiento de tutela laboral cuyas reglas facilitan la impartición de justicia en esta materia motivada por aspectos como el interés legítimo para promover la acción ya se por parte de sindicatos en favor de un agremiado y la propia inspección de trabajo. De igual forma la recepción de la prueba indiciaria permite abordar el análisis de procedencia de los reclamos hechos por el trabajador sin necesidad de la prueba directa, esto es dicho procedimiento concibe como valido el recibir pruebas que si bien no acreditan concretamente el hecho del que se adolece, permiten inferir su existencia, lo cual para situaciones de vulneración de derechos fundamentales resulta útil en virtud de la poca posibilidad de que de éstos se prueba reconstituir una prueba que contundentemente les acredite. Por último el principio de ponderación al que las reglas especiales de este procedimiento comisiona a todo juez para su implementación en la solución de estos conflictos evoca el principio más importante en que recae esta jurisdicción, púes de este derivan el análisis de idoneidad, imprescindibilidad y proporcionalidad de los actos empresariales de los cuales se impugne su legalidad.

En conclusión podemos sostener que el avance de la República Chilena en cuanto al tratamiento de los derechos fundamentales en las relaciones de trabajo en comparación con nuestro país lleva una ventaja la creación de instancias a nivel ordinario con facultades suficientes tanto para la investigación como para resolver vía juicio cualquier controversia que en materia de derechos fundamentales que se susciten en el seno de las fuentes de empleo permiten servir de base para la concepción del paradigma que nuestro país requiere para estar en condiciones de poder dotar de eficacia a los derechos fundamentales reconocidos en el ámbito laboral.

La inaplicación de nuestro juicio de amparo para la tutela de estos derechos deja de manifiesto que es en la sede ordinaria en donde se debe de atender con mayor abundancia estos conflictos, si bien el derecho sustantivo y la interpretación jurisprudencial confirma la validez de los derechos fundamentales, la eficacia no ha sido alcanzada por falta de reglas específicas tanto en nuestra legislación federal

del trabajo como en los procedimientos que aplican nuestras instancias administrativas y jurisdiccionales para estas controversias que en el mejor de los casos escapan a la sede laboral para buscar ser protegidas en otras instancias como se evidencio en el conflicto que originó la tesis jurisprudencial 1ª CDXXVIII/2014.

La inclusión de una solución similar a la adoptada por el modelo chileno resulta importante para el efecto de garantizar la eficacia de las normas fundamentales en las relaciones laborales mexicanas en donde las autoridades sean dotadas de normas y procedimientos fortalecidos en cuanto hace al tratamiento de estos derechos por motivos de actos relacionados con el vínculo laboral ya sea en la etapa precontractual como ocurre con los criterios emitidos por nuestra Suprema Corte de Justicia de la Nación, aquellos con relación de trabajo vigente y en su caso los que den fin a ésta para que sean nuestras autoridades administrativas y jurisdiccionales las que estén en condiciones de analizar y resolver dichas controversias de un modo amplio y eficiente.

CAPÍTULO CUARTO

4 fenomenología organizacional y jurídica de incidencia en derechos fundamentales y nuestro marco jurídico

Como se ha advertido, las características de los derechos fundamentales los ubican preponderantemente dentro de los textos constitucionales de manera general, esto es, adquieren el carácter fundamental, cuando a normas nos referimos, en el momento justo de su constitucionalización.

En ese sentido corresponde a este apartado, exponer la ubicación de éstos derechos dentro de nuestro marco constitucional y en caso de considerar el carácter fundamental de algún otro que por su naturaleza cuente con características de principios a su vez fundamentales, se hará precisión correspondiente.

4.1Derechos fundamentales específicos

Hablar de la característica de derecho específico, es concebir la idea de estatus que concibe Luigi Ferrajolli para la actualización de los derechos fundamentales. Esto es, la relación entre el derecho y el sujeto parte de la condición personal que guarda el sujeto frente a una condición como lo es la ciudadanía para el caso concreto.

Así, el estatus que impera en los derechos fundamentales del trabajo lo es la condición de sujeto de la relación laboral, preponderantemente trabajador.

Los derechos fundamentales específicos en el trabajo, son aquellos que se adquieren por una condición específica determinada (en este caso la de trabajador) rigiendo en un contexto muy particular (las relaciones de trabajo) que son el motivo de la existencia de estos derechos y sin los cuales los derechos laborales no tendrían razón de ser.²³⁴

En ese sentido, la vigencia de los derechos laborales específicos emana a partir de existencia de la relación de trabajo, pues tienen el condicionamiento ce que solo se explican y pueden ejercitarse en el marco de la relación laboral.²³⁵ Sin la existencia de la relación laboral no se actualiza la vigencia de los mismos al no generarse el estatus para ello.

²³⁵ Sagardoy Bengoechea, Juan A. op. cit.. nota 67 p. 12

²³⁴ Colmenares Bastida, Ana María. *op. cit.*. nota 90, p. 68.

Así las cosas, tomando en consideración las cuatro áreas empleadas por la Organización Internacional del Trabajo para el estudio de los derechos fundamentales del trabajo, podemos ubicar de la siguiente forma a los derechos fundamentales del trabajo en nuestra constitución política:

- a) Libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento de efectivo del derecho de negociación colectiva: artículo 123 apartado a f. XVI (derecho de asociación) f. XVI y XVIII (derecho a la negociación colectiva y huelga), apartado B f. XI (libertad de asociación y negociación sindical en relaciones burocráticas)
- b) Eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio: artículo 5 p. tercero, cuarto y quinto (eliminación de trabajo forzoso, sacrificio de la libertad y trabajo civil obligatorio)
- c) Abolición efectiva del trabajo infantil: artículo 123 apartado a f. II y III (edad mínima para labora y condiciones laborales para menores de 16 años).
- d) Eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación: artículo 1 p. 5, (prohibición de discriminación) artículo 123 apartado a f. VII (igualdad en remuneración) apartado b f. V (remuneración idéntica sin importar sexo) f. VII (igualdad de escalfón y ascensos).

Pese a no ser considerado por la declaración de principios y derechos fundamentales en el trabajo, considero importante destacar a su vez el derecho de formación o capacitación para el empleo como una prerrogativa de reciente ingreso a los derechos fundamentales de índole laboral, en atención al propio carácter de interés público con el que la constitución la prevé (artículo 123 apartado a f. XIII en concordancia a su vez con los artículos 2 y 153 A-X).

Ello obedece en primer término a la obligación existente a proporcionarla, el objetivo que lleva implícito la misma que es el de elevar el nivel de vida y competencia laboral frente a la existencia de la creación de nuevas fuentes de empleo, la sujeción a contrataciones a prueba o capacitación inicial que comprometen la propia estabilidad en el empleo. Así las cosas, la necesidad de adoptar el carácter de fundamentales tanto a la formación y capacitación en el empleo, obedece a que constituye el medio adecuado para hacer frente a los requerimientos económicos que impone a las relaciones laborales la competencia

de los mercados ante la necesidad de condicionar la estabilidad a la aptitud para desarrollar el empleo. En ausencia de formación y capacitación, se carece de aptitud para desarrollar el empleo cuya consecuencia lo es limitar las posibilidades de acceder y permanecer en el trabajo.

La legislación laboral evidentemente desarrolla aspectos concernientes a este tipo de derechos, pero desafortunadamente los encierra exclusivamente en el carácter de norma positiva, sin analizar la trascendencia de los mismos a manera de principios, como puede ser la concepción de la capacitación y formación como derecho fundamental. La actualidad concibe su existencia y regulación; sin embargo la falta de adecuación de las garantías para su protección frente a los fenómenos imperantes en la realidad, genera vacíos que en ocasiones privan de la posibilidad de su debida protección.

La doctrina se ha esforzado por analizar la vigencia y eficacia de los derechos laborales inespecíficos a manera de una visión vanguardista, la cual se festeja sin duda, pero ha permitido en cambio el debilitamiento de los mecanismos creados para la protección de los derechos específicos en materia laboral, o bien, ha desdeñado modernizarlos para que en esencia puedan velar por los mismos bajo los actuales modelos de relaciones de trabajo; ejemplo de ello es la crisis y pérdida de capacidad negociadora o representativa de las asociaciones sindicales frente a los modelos de descentralización empresarial, tercerización por citar un ejemplo.

4.2 Derechos fundamentales inespecíficos

Hablar sobre los derechos fundamentales inespecíficos laborales, es avocarnos a determinar la conservación de la condición humana al interior de la relación de trabajo. Los derechos atribuidos con el carácter general a los ciudadanos, que son ejercitados en el seno de una relación jurídica laboral por ciudadanos, que al propio tiempo, son trabajadores y, por lo tanto se convierten en verdaderos derechos

laborales por razón del sujeto y la naturaleza de la relación jurídica en que se hacen valer.²³⁶

Recordemos la característica de inalienabilidad que le asiste a los derechos fundamentales; es decir aquella que permite concebir la imposibilidad de que estos derechos se escindan del individuo. En ese sentido los derechos fundamentales de la persona al ingresar a la esfera laboral subsisten con él, constituyendo así derechos atribuidos con el carácter general a los ciudadanos que, al propio tiempo, son trabajadores.²³⁷ Esto es, derechos del ciudadano bajo el ejercicio de una labor.

El propósito de esta conceptualización de derechos fundamentales desde la óptica ajena al carácter plenamente laboral, obedece al principio de universalidad de éstos derechos, ello en el sentido de que ninguna persona puede encontrarse excluida de los derechos de esta naturaleza por ninguna circunstancia. Es por ello que el ingreso del ciudadano a cualquier centro de trabajo en donde se ponga a disposición del empresario, puede resultar óbice para la vigencia de los derechos fundamentales que originalmente disfrutaba.

La titularidad de los derechos fundamentales puede ejercerse en todas y cada una de las actividades que realice el hombre en su vida cotidiana. La relación laboral es uno de esos supuestos, en donde como más adelante veremos, constituirán el elemento que permita establecer el parámetro de limitación al ejercicio de los poderes empresariales dentro de la relación de trabajo.

Al ser inespecíficos, estos derechos pueden comprender infinidad de derechos reconocidos en el marco constitucional sin la necesidad de apegarse en concreto con la calidad de laborales; siempre y cuando los mismos se encuentren en posibilidad de colisionar con las facultades que el empleador pueda tener por motivos del poder jurídico de mando con el que se inviste por motivos de una

²³⁶ Goñi Sein, José Luis. "Los derechos fundamentales inespecíficos en la relación de trabajo", Los derechos fundamentales inespecíficos en la relación laboral y en materia de protección social. Pamplona, Cinca, 2014, p. 21

²³⁷ Sagardoy Bengoechea, Juan A. op. cit.. nota 67, p. 13

relación de trabajo. Así, de entre los derechos fundamentales inespecíficos en la relación de trabajo, podemos tener²³⁸:

- a) Derecho a la vida, salud e integridad física
- b) Libertad ideológica y religiosa
- c) Derecho a la intimidad y honor
- d) Derecho al secreto de las comunicaciones
- e) Libertad informática (protección de datos personales)
- f) Libertad de expresión.

Dicho listado no procura ser limitativo, pues como se ha referido deben de considerarse vigentes todos y cada uno de los derechos cuyas condiciones de fundamentales, inespecíficos y laborales²³⁹ puedan desprenderse de nuestra normatividad. Así, otros autores incluyen a su vez derechos como la tutela judicial efectiva (como analizaremos en el caso de la descentralización laboral), la educación (desde el ámbito de compatibilidad entre educación y empleo) imagen personal, igualdad, no discriminación, entre otros más que dependiendo de la condición particular puedan en determinado momento encuadrar como tales.

La importancia que guardan los derechos fundamentales inespecíficos en las relaciones de trabajo, deviene de que a través de estos, se materializa la eficacia horizontal de los derechos fundamentales de en las relaciones de trabajo, en virtud de que al concebirse en primer término su vigencia, se genera la consecuencia de que éstos impongan límites al poder empresarial.

4.3 La dirección empresarial y sus prácticas nocivas a los derechos fundamentales Existen prácticas en el ejercicio de la actividad empresarial que de manera directa (atribuible a una omisión discrecional) o bien indirecta (bajo el empleo de esquemas legales notoriamente mal intencionados) generan lesiones a derechos fundamentales al interior de las relaciones de trabajo, en donde algunas de ellas

176

²³⁸ Gutierrez Pérez Miguel. op. cit.. nota 67, p.94

²³⁹ *Ibidem*, p.87

trascienden más allá de las esfera personal del trabajador, para convertirse en verdaderos fenómenos lesivos de interés social.

En razón de ellos, considero tratar brevemente algunos que de ellos que, o bien han cobrado auge en los últimos años, o bien se encuentra propensos a convertirse por motivos de cambios que imperan en las relaciones laborales de nuestro país.

4.3.1La descentralización de la relación de trabajo

En atención al propósito de reducir los gastos de operación mediante esta descentralización, tenemos que la globalización ha propiciado la distribución y encadenamiento de los procesos productivos, relocalizados desde, los grandes centros económicos hacia los países de periferia, con su atractivo de mano de obra de menor costo, virtual ventaja comparativa.²⁴⁰

En ese tenor, la descentralización de la empresa ha implicado el cambio de paradigma relacionado con el empleador subordinado, el cual de tener a su cargo y bajo la subordinación directa a los trabajadores que desempeñan su labores en beneficio del objeto productivo; ha venido a ser desplazado por distintas formas de estructura organizativa de entre las cuales; siguiendo el estudio de Ojeda Avilés consideramos atender tres:

- 1.- Subcontratación
- 2.- Grupos de empresas
- 3.- Redes de Empresas

Cada una de esas figuras de organización con características propias que propician distintas formas de interacción con el proceso de producción y por ende con sus trabajadores; cuyo impacto en gran medida a su vez puede ser distinto en las relaciones de trabajo.

La subcontratación consiste en la medida de descentralización productiva de mayor arraigo en el ámbito laboral, aunque paulatinamente otras figuras comienzan a ganarle terreno, en virtud de que la legislación parece estar más al pendiente del fenómeno de subcontratación que de otros igualmente nocivos se son

²⁴⁰ Murga Toraza, Rolando. op. cit.. nota 157, p. 99

materializados de manera arbitraria e irracional. Materializada entre empresas distintas empresa cliente (receptor del servicio) y Subcontratista (proveedor de fuerza laboral) puede ser concebido como un arrendamiento de servicios o de obra, que vincula a una empresa principal o usuaria con una empresa tercera, cuyos trabajadores son los que realizan la labor extrenalizada.²⁴¹

Dicha figura, ha sido tema de discusión a nivel nacional a partir de la reforma a nuestra Ley Federal del Trabajo en el año 2012; a consecuencia de ello, pese a existir el fenómeno de la subcontratación en México desde hace décadas, es hasta esa modificación a la legislación en donde se establecen los lineamientos para la actualización de la misma. El artículo 15-A de nuestra legislación establece como condicionante pacto:

- a) No podrá abarcar la totalidad de las actividades, iguales o similares en su totalidad, que se desarrollen en el centro de trabajo.
 - b) Deberá justificarse por su carácter especializado.
- c) No podrá comprender tareas iguales o similares a las que realizan el resto de los trabajadores al servicio del contratante.

En ese sentido, prevé requisitos de racionalidad de la medida (necesaria especialización de los servicios recibidos y tareas distintas al núcleo productivo) así como una característica de proporcionalidad como lo es la exigencia de que no se abarque la totalidad de los trabajadores. A su vez, la legislación prevé formalidades particulares para su legalidad, como lo es contratación entre empresa cliente y prestador del servicio de manera escrita, fiscalización de cumplimiento de obligaciones patronales de seguridad social y que la subcontratación no opere por una escisión de trabajadores de la empresa cliente para la subcontratista, pues se entendería dolosa la medida.

_

²⁴¹ Raso Delgue, Juan. "Outsourcing la respuesta uruguaya", En De Buen Lozano, Nestor *El Outsourcing visión Iberoamericana*, México, Porrúa , 2011, p. 145

La subcontratación cuenta con características deconstructivas de la concepción clásica del derecho del trabajo al de entre las que destacan:²⁴²

- a) Pérdida de la identidad empresarial al delegar a otras empresas parte del producto o servicio.
- b) Escasa garantía y reducción de condiciones laborales.
- c) Relajamiento de controles y medidas de seguridad en la prestación del servicio.
- d) Menoscabo en la capacidad de decisión y poder directivo del subcontratista frente al trabajador (parasubordinación: mediante la cual innegablemente la empresa cliente ejecuta actos directivos)
- e) Reducción de mano de obra
- f) Precaridad en los trabajadores de las empresas auxiliares
- g) Debilitamiento de la protección colectivo

En lo que respecta a los grupos y las redes de empresas, me permito advertir que se encuentra en notoria expansión en nuestro país, motivado por su efecto difuso en cuanto hace a las responsabilidades que puedan desprenderse de sus actividades. En cuanto a los grupos de empresas, podemos citar que consiste en el sometimiento a órdenes de la empresa matriz por parte de la filial considerando como elemento clave de esto el grado de control que una empresa ejerce sobre la otra. ²⁴³ En ese sentido, es de inferirse que constituye una organización de empresas o personas jurídicas cometidas a la decisión de una sola que conserva para sí el control de éstas, generalmente el económico adquirido por la adquisición mayoritaria de sus acciones; con el ánimo de ejercitar un dominio organizacional.

Sobre este particular, destaca Reynoso Castillo que a diferencia de la legislación fiscal, el derecho del trabajo se ha quedado desfasado frente a este fenómeno; puesto que la materia tributaria, con el ánimo de evitar el inacatamiento de obligaciones fiscales ha considerado en su respectivo código a la consolidación

²⁴² Véase Ojeda Avilés, Antonio. op.cit. nota 115, p. 139.

²⁴³ *Ibidem*, p. 210

fiscal como figura para agrupar y unificar a dichas empresas como una sola responsable.²⁴⁴

Ejemplos de estos esquemas podemos encontrarlos en las grandes corporaciones transnacionales e incluso las nacionales en donde particularmente me permito exponer el ejemplo de las tiendas de autoservicio Comercial Mexicana. De acuerdo a su página web corporativa http://www.comerci.com.mx/ Controladora Comercial Mexicana S.A. de C.V.²⁴⁵ constituye la compañía controladora que opera en el sector detallista en México. La empresa opera 199 tiendas localizadas en todo el territorio nacional y tiene como objetivo servir a diversos grupos de consumidores a través de siete diferentes formatos de tienda con las marcas Comercial Mexicana, Mega, Bodega Comercial Mexicana, Sumesa, City Market, Fresko y Alprecio.

A su vez, la empresa controladora constituye la empresa dominante o dueña en la totalidad de las empresas subsidiarias en atención a lo siguiente:

La tabla siguiente presenta la estructura corporativa de la Compañía (incluye el porcentaje de tenencia de cada subsidiaria) al 31 de diciembre de 2013:

Estructura Corporativa

Subsidiarias	Participación	Actividad	Actividad	
			-	
Tiendas	100%	Cadena de		
Comercial		tiendas de		

cfr. Reynoso Castillo, Carlos. "Las transformaciones del concepto de empresa",
 Revista Latinoamericana de derecho social, número 18, enero-junio 2014 pp. 133 en http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoSocial/18/art/art5.pdf
 consultado el 15 de marzo de 2015

Disponible en

http://www.comerci.com.mx/index.php?option=com_content&view=article&id=61< emid=58&lang=es consultado el 16 de marzo de 2015

	Mexicana,		autoservicio con
	S.A. de C.V		hipermercados
	C.7 1. de C. V		•
			y
			supermercados.
	Restaurantes	100%	Cadena de
	California,		restaurantes
	S.A. de C.V.		tipo cafetería y
			comida casual.
	Subsidiarias	100%	Grupo de
	inmobiliarias		empresas en
			cuyos
			propiedades se
			localizan gran
			parte de las
			tiendas y
			restaurantes.
	Afiliadas y	Varios	Grupo de
	subsidiarias		empresas
	prestadoras		dedicadas a la
	de servicio		prestación de
			servicios
			administrativos.
	Úlica a sacrada a Praesida a a Liberara	40 1. A 1. 004444	0.4.040

Última actualización el Lunes, 18 de Agosto de 2014 11:21246

Por otra parte, la red de empresas constituye un fenómeno similar de simbiosis de empresas todas beneficiarias de un solo proceso de producción, pero sin que exista una que domine a las demás; consisten en una coordinación empresarial estable de medios instrumentales con repercusión laboral para impulsar los objetivos propios de cada empresa miembro.²⁴⁷ Dicha figura, al prescindir del elemento de control de una empresa controladora, establece una estructura aún más difusa que la anterior pues cada empresa es responsable de su operación y

246 Disponible en

http://www.comerci.com.mx/index.php?option=com_content&view=article&id=80< emid=126&lang=es consultado el 16 de marzo de 2015.

181

²⁴⁷ Ojeda Avilés, Antonio. op. cit.. nota 117 p. 311

solo hasta la consumación del proceso productivo puede concebirse la interrelación que pudiese mediar con las otras.

Dichos fenómenos también pueden ser susceptibles de apreciar en los establecimientos de supermercado de manera menos documentada pero si visible, como lo es el desarrollo de actividades de personal de ventas de productos lácteos o embutidos, en donde sin mediar suministro de personal propiamente, ambas empresas (supermercado y proveedor de insumos) comparten el establecimiento para el desarrollo de sus ventas, el supermercado cobra los productos que vende el personal del proveedor para después transferir los costos de los productos al precio acordado al proveedor; la tienda de supermercado beneficiaria retiene su porcentaje de ganancia.

La libertad empresarial para adoptar el esquema organizacional resulta legítimo; sin embargo, lo que debemos concebir es que éste no puede ser motivo concretamente de circunstancias traducidas en afectaciones desproporcionadas de los derechos fundamentales de los trabajadores que conforman los elementos de operación humana de la empresa; así el papel que debe desempeñar el aparato gubernamental debe de enfocarse a tomar consideraciones reglamentarias y legislativas para atenuar esas posibilidades.

Dentro de los efectos que produce la organización descentralizada de la empresa sobre los cuales debe dirigirse el enfoque de acción estatal para su protección, tenemos la pérdida de fortaleza de la negociación colectiva, los obstáculos a que se originan para la tutela judicial efectiva; así como un menoscabo en las obligaciones de capacitación, seguridad e higiene que deben de considerarse para un medio ambiente sano en el desarrollo de la actividad laboral y sobre las cuales a continuación expondremos consideraciones particularmente.

4.3.1.1 Crisis de la negociación colectiva

Hablar de crisis en la negociación colectiva es tratar lo relacionado a la reducción de la capacidad de decisión de los trabajadores al interior de la empresa. Es decir, un detrimento a su estatus de ciudadano de la empresa. Dicha condición prevé esa

capacidad solucionar conflictos de intereses que se susciten en las relaciones laborales. La colisión de los intereses preponderantemente económicos entre trabajadores y patrones resulta afectada por el hecho de quedar excluidos del núcleo empresarial al encontrarse adscritos a empresas externas al centro operativo para quien va dirigido sus servicios.

El modelo clásico de la relación de trabajo subordinado como el taylorista-fordista con sus elementos rígidos –fábrica, subordinación, categoría, salario fijo-contribuyeron al desarrollo y fortalecimiento de la organización sindical.²⁴⁸ Es por eso que el rompimiento de esa relación directa obrero-patronal, cambia el modelo interactivo de dichos sujetos, privando con ello la dificultad de llevar a cabo una representación, pues únicamente se concibe dicha legitimación con la empresa tutelar de la relación contractual subordinada.

Con ello los cambios generados por motivos económicos impactan en definitiva con las nociones tradicionales del derecho, en el caso particular el laboral y la institución de negociación colectiva; ha descubierto la inadecuación de las instituciones políticas tradicionales frente a las realidades sociales complejas, como es el caso de la sociedad heterogénea en la que los grupos vulnerables se ven excluidos de la participación pública necesaria para conformar las acciones de su vida cotidiana²⁴⁹ como en este caso sucede a trabajadores frente a sus relaciones de trabajo.

Por esto último, el fenómeno de la descentralización o exteriorización de las relaciones laborales produce que los trabajadores cada vez más se encuentren alejados de la participación en ellas, encontrándose al arbitrio de las decisiones de la empresa o bien encontrarse impedidos para actuar y ser representados frente a la empresa cliente.

El efecto de ello es dejar fuera de la productividad toda posible influencia que pudiesen tener las asociaciones sindicales puesto que los conflictos que pudiesen surgir de la relación colectiva con éste, están siempre en condiciones de afectar la

²⁴⁹ Gómez Rodríguez, Juan Manuel. *op. cit.,* nota 166, p. 39

²⁴⁸ Raso Delgue, Juan. op. cit.. nota 239, p. 138

productividad, es por ello que, las presiones hacia la descentralización han llevado a muchas empresas a cambiar su gestión regional o estructuras de unidad de negocio para ganar flexibilidad en la administración de las relaciones industriales y, en algunos casos, ventajas en el poder de negociación.²⁵⁰

La pérdida de poder decisivo del trabajador en ejercicio de la negociación colectiva, evidentemente trae consigo un efecto negativo en su esfera jurídica, la fuerza protectora que le brinda la colectividad, muta a la habilidad negociadora individualista del trabajador frente al patrón, que tratándose de personas con aptitudes para ello pareciera no ser tan grave, sin embargo, tratándose del grueso de la población obrera cuyo grado de conocimientos les impide la protección necesaria en lo individual, constituye un obstáculo para el pleno goce de sus derechos.

En la actualidad el rebase de la realidad frente a la negociación colectiva a usanza y sostenida en la relación de subordinación directa y formas de representación habitual como la sindical; hacen prever la necesidad de concebir una nueva fórmula de participación; coincidiendo con Gómez Rodríguez quien se decanta por una concepción de representación que se defina ya no en función de su pertenencia, sino de su participación activa en la dirección futura de su comunidad por medio de la participación en las nuevas formas de trabajo así como en la toma de decisiones que corresponden a su calidad de vida, bienestar, derechos laborales y protección social;²⁵¹ ya sea extendiendo la legitimación de representación de las agrupaciones sindicales frente a sujetos distintos al patrón subordinado, o bien robustecer el carácter representativo de las coaliciones frente a las necesidades participativas de los sujetos que intervienen en los procesos de producción en una empresa.

_

²⁵⁰ Katz, Harry et al. (coord.) "La polémica de la convergencia o divergencia en las relaciones laborales en el ámbito internacional", *Los nuevos estudios laborales en México perspectivas actuales*, México, Miguel Ángel Porrúa, 2014, p. 38

²⁵¹cfr. Gómez Rodríguez, Juan Manuel. op.cit., nota 168, p.43

4.3.1.2 Tutela judicial efectiva

Una forma en la cual el derecho en las sociedades occidentales ha desarrollado un roll ideológico, ha sido creando estructuras jurídicas que detrás de su pretendida imparcialidad a la identidad social de los sujetos, esconden estructuras de privilegio y desventaja; a su vez, toda proclamación formal de derechos desprovista de un efectivo acceso a los bienes que son objeto de dichos derechos no es más que eso²⁵² una simple proclamación ineficaz. En ese sentido, toda norma que presuma de eficacia debe de proporcionar las mecanismos efectivos para su observancia.

En ese sentido, tenemos que el fenómeno de la descentralización, ha permitido crear vacíos en la posibilidad de que las controversias al interior de las relaciones laborales, sean susceptibles de ser resueltas satisfactoriamente por las autoridades jurisdiccionales, particularmente en lo relacionado a la constitución de los sujetos obligados a responder por las responsabilidades que devengan de las relaciones laborales.

En la práctica, la concepción de titularidad de las relaciones de trabajo sobre poniendo el elemento de subordinación y formalidad en su contratación, priva del acceso a constituirse en acreedor laboral de aquellas empresas que se ven beneficiadas de las prestación del servicio, en cualquiera de las modalidades atípicas de él. Dicha circunstancia varía en mayor medida de un formato a otro; en donde encontramos mayor margen de ello, particularmente en las relacionadas a los grupos o redes de empresas al tenor de las características que ya hemos tratado.

La falta de claridad en los derechos y obligaciones de los trabajadores y los empleadores, la simulación de una relación de trabajo a través de otras figuras, como la prestación de servicios profesionales y ante las deficiencias con la interpretación y aplicación de la noción de la relación de trabajo, son algunos de los elementos que motivaron la adopción de una recomendación en la materia, ²⁵³ como

²⁵² Muñoz León Fernando. op. cit.. nota 50 pp. 373-404

²⁵³ Reynoso Castillo, Carlos op. cit., nota 156, p. 13

resulta la adoptada por la Organización Internacional del Trabajo bajo el número 198 sobre la relación de trabajo

El Preámbulo de dicho instrumento manifiesta su preocupación por los acontecimientos enfocados obstaculizar la actualización de relaciones de trabajo y la protección de los derechos que ésta engloba; destaca que las dificultades que supone determinar la existencia de una relación de trabajo cuando no resultan claros los derechos y obligaciones respectivos de las partes interesadas, cuando se ha intentado encubrir la relación de trabajo, o cuando hay insuficiencias o limitaciones en la legislación, en su interpretación o en su aplicación.

De igual manera advierte que hay situaciones en las cuales los acuerdos contractuales pueden tener como consecuencia privar a los trabajadores de la protección a la que tienen derecho y que dicha incertidumbre acerca de la existencia de una relación de trabajo tiene que resolverse de modo que se garantice una competencia leal y la protección efectiva de los trabajadores vinculados por una relación de trabajo de una manera conforme con la legislación o la práctica nacionales.

Bajo esa idea, reconoce la norma que las políticas de mercado y administración de las relaciones de trabajo, recurren a prácticas tendientes a difuminar la responsabilidad que existen con sus trabajadores, bajo la adopción de esquemas poco claros. Para el asunto que nos ocupa, la descentralización es uno de ellos. La constitución de entidades patronales difusas, mediante la segmentación de sus áreas y la poca transparencia con la que se manejan con sus trabajadores; muchas veces trasciende en la posibilidad de contar con la satisfacción de sus necesidades.

Destacamos lo expuesto en relación a la determinación de la existencia de una relación de trabajo, mediante la cual en atención a supremacía de la realidad, se trata de establecer la vinculación real del trabajador con la empresa bajo la concepción de elementos que oriente a su determinación material; es por ello que la mayoría de esos elementos se encuentran alrededor de quién ostenta el control del trabajo, el grado de integración del trabajo a la empresa, el grado de

dependencia²⁵⁴ lo cual permite acercarse más a la eficacia de la protección de los derechos laborales en ejercicio de una tutela judicial efectiva.

4.3.1.3 Capacitación, seguridad e higiene

De la Cueva y de la Rosa expone en su tratado sobre el Nuevo derecho del mexicano del trabajo que las entidades patronales contaban con obligaciones de características especiales que distancian del concepto clásico del derecho civil, encausado a considerar a éstas como retributivas y compensatorias de una prestación; en cambio el derecho del trabajo advierte obligaciones, valga la expresión, imperativas impuestas por el estatuto legar; siguiendo una suerte de velo protector de la salud, vida y dignidad de los trabajadores; encaminadas a su vez a la elevación presente y futura de sus niveles de vida.²⁵⁵

Entre dichas obligaciones describe a su vez aquellas que particularmente realizan funciones educacionales ya sea para contribuir con la enseñanza y alfabetización de los trabajadores; así como en el campo de la capacitación profesional. Sostiene que el hombre tiene derecho, a cambio de la energía de trabajo que entrega a la comunidad, e independientemente del sistema económico, a que la sociedad le proporciones los elementos indispensables para que pueda alcanzar una existencia decorosa.²⁵⁶ Tal aseveración fue incluida en la Ley Federal del Trabajo en su artículo 3 último párrafo.

A su vez, la seguridad y la higiene en los establecimientos de trabajo constituyen otra obligación patronal destinada particularmente a prevenir los posibles riesgos de trabajo que puedan suscitarse al interior del centro de empleo; atendiendo a doctrinas tradicionales del riesgo creado. Con ello, el propósito salvaguardar la salud del trabajador en todos sus aspectos.

²⁵⁴ *Ibidem.* p. 19

²⁵⁵ cfr. De la Cueva, Mario. op. cit., nota 83 p. 399-400

²⁵⁶ De la Cueva, Mario. op.cit., 83 p. 403

La capacitación es una obligación que se dirige personalmente hacia el trabajador, mientras que las obligaciones de seguridad e higiene se enfocan particularmente en el centro de trabajo propiamente. Sin embargo, ambas son correlativas. Nos referimos con ello a que toda medida de riesgo expuesta en un centro de trabajo, deberá de ser atendida ya sea corrigiéndolo o bien tomar las medidas pertinentes para advertir al personal sobre su existencia así como las medidas reactivas en caso de quedar expuesto a él; dicho acto únicamente surge a partir de la debida capacitación que se imparta para su atención.

En ese sentido, estrecha vinculación entre el patrón y los centros de trabajo para que sean observadas ambas obligaciones; por lo menos en lo que respecta a los modelos latinoamericanos, se ve afectada por el fenómeno de la descentralización productiva al existir tanto desconocimiento del entorno donde se ubican a los trabajadores por parte del contratista; así como la difusa responsabilidad que frente a ellos pueda adquirir la empresa cliente propietaria del centro de trabajo y por consecuencia, el medio ambiente que en él se constituye.

El cumplimiento de ambas obligaciones constituye parte de los elementos concebidos para que el trabajo sea considerado como trabajo digno; principio necesario para la transición del trabajo decente de acuerdo a como hemos visto en el capítulo primero del presente trabajo de investigación.

El apartado relacionado a la subcontratación concebido en nuestra Ley Federal del Trabajo, destaca como obligación de la empresa cliente a constatarse de que la contratista cumple con las disposiciones seguridad, salud e higiene respecto de sus trabajadores (artículo 15-C); sin embargo; no resulta clara la forma para hacerlo, la periodicidad, o bien su obligación de advertirle cualquier tipo de información que por motivos de la titularidad del centro de trabajo; estuviese en condiciones de brindarle a la empresa subcontratista con el propósito de que sean tomadas en consideración.

En ese sentido, el desenvolvimiento de modelos descentralizados de permite crear un escenario difuso respecto de la responsabilidad sobre ambos supuestos; en cuanto hace a la seguridad y salud en el empleo, la empresa cliente queda supeditada exclusivamente a percatarse del cumplimiento de normas (sin ningún

mecanismo para exigir el mismo o bien realizar ese cercioramiento) sin quedar vinculado concretamente haciendo difícil la exigibilidad de conservar un medio ambiente seguro hacia personas ajenas propiamente a su subordinación directa.

A su vez, la subcontratación al consistir en el empleo de trabajadores para el desarrollo de una actividad especializada, necesita de la capacitación para estar en condiciones de la ejecución del servicio de manera segura. La preparación para el ejercicio aunado a la debida información que se les proporciones respecto de los riesgos y condiciones a los que se expondrán en el lugar al que se les comisiones desarrollar sus actividades, notoriamente los coloca en una situación vulnerable principalmente en cuanto a salud se refiere, puesto que estarían privados de procurar, en cumplimiento a lineamientos de seguridad, un debido cuidado de la salud.

Resulta importante conocer esta consecuencia de la descentralización laboral, con el propósito de advertir las irregulares conducentes colocan en inminente riesgo al trabajador por motivos del desacato de las obligaciones laborales de capacitación, salud y seguridad en el empleo, por lo cual, la vigilancia sobre el particular resulta un menester trascendente a ejecutar eficientemente por la autoridad, con el propósito de constituirse en un ente capaz de adaptarse a las nuevas necesidades del entorno laboral.

4.3.2 El Derecho de formación; nuevo paradigma de estabilidad en el empleo

La reciente adecuación de la legislación mexicana a las exigencias del mercado global cuya justificación radicó en la necesaria elevación de la competitividad laboral; de manera indirecta vino a robustecer la importancia de una obligación por mucho tiempo ausente de protagonismo en las relaciones de trabajo. Paradójicamente, dela mano del interés social de la capacitación, adiestramiento y formación de los trabajadores para instruirse en el empleo ya sea el ejecutado, el que se pretende ejecutar o al que se aspira acceder; la obligación patronal relativa a la capacitación del empleado adquiere gran importancia particularmente en cuanto a la esfera del acceso a la estabilidad laboral.

Forzado por una estulta interpretación de artículos 47 f. I y 153 M²⁵⁷ de nuestra Ley Federal del Trabajo; en la práctica los asesores patronalistas habían concebido la existencia de contratos a prueba y de capacitación del trabajo como condicionante a adquirir en definitiva el derecho a preservar el empleo. El propósito de ello, concediendo desde luego buena fe en la medida; evitar caer en la posibilidad de contratar a personas que, bajo engaños, aparentasen ser capaces de desarrollar el empleo cuando en realidad no lo eran.

No obstante el erróneo matiz que se le pretendió atribuir a dichos cardinales; el fenómeno en la praxis laboral era latente, por lo que el derecho del trabajo debió asumir una postura ante los cambios, desempleo, competitividad empresarial imperante en una sociedad globalizada, procurando que con ello no se materialice una violación a derechos humanos, puesto que no cabe duda que en forma silenciosa el derecho laboral se había ya transformado, por lo que la falta de regulación de estos fenómenos generaría relaciones de trabajo propensas a la

²⁵⁷ Artículo 47.- Son causas de rescisión de la relación de trabajo, sin responsabilidad para el patrón:

I. Engañarlo el trabajador o en su caso, el sindicato que lo hubiese propuesto o recomendado con certificados falsos o referencias en los que se atribuyan al trabajador capacidad, aptitudes o facultades de que carezca. Esta causa de rescisión dejará de tener efecto después de treinta días de prestar sus servicios el trabajador;...

Artículo 153-M.- En los contratos colectivos deberán incluirse cláusulas relativas a la obligación patronal de proporcionar capacitación y adiestramiento a los trabajadores, conforme a planes y programas que satisfagan los requisitos establecidos en este Capítulo.

Además, podrá consignarse en los propios contratos el procedimiento conforme al cual el patrón capacitará y adiestrará a quienes pretendan ingresar a laborar en la empresa, tomando en cuenta, en su caso, la cláusula de admisión.

clandestinidad.²⁵⁸ En atención a eso, surgen nuevos modelos tendientes a legitimar nuevas modalidades en las contrataciones basadas en la competencia del trabajador ya sea la adquirida o bien aquella que adquiera por mérito de la gestión empresarial.

En ambos supuestos el papel que desempeña la obligación patronal de proporcionar competencias al trabajador, para el efecto de hacerlo apto en el empleo invariablemente dota de fundamentalidad al derecho de formación como vía de acceso a la estabilidad laboral.

Con el propósito de especificar el sentido por el cual consideramos la importancia del derecho de formación como acceso a la estabilidad laboral; conviene particularizas sobre las características de la modalidad de contrato de trabajo sujeto a periodo de prueba y aquél de capacitación inicial. Así tenemos que nuestra norma laboral establece en su artículo 39-A que para efectos de relaciones de trabajo indeterminada y en su caso, aquellas que por tiempo determinado excedan de 180 días; se podrá pactarse un periodo a prueba por treinta días o bien ampliarse a 180 días cuando se trate de puestos de dirección gerenciales entre otras de naturaleza similar; para el efecto de que al término de dicho periodo de no acreditar el trabajador que satisface los requisitos y conocimientos para el desempeño de su categoría, a juicio del patrón y en opinión de una comisión mixta de productividad capacitación y adiestramiento se podrá dar por terminada la relación de trabajo.

De dicho contexto se desprende que de acuerdo a la literalidad del articulo el pacto de periodo a prueba no constituye un contrato autónomo o independiente sino que es consecuencia a una cláusula que se establece dentro de un contrato individual de trabajo en los términos antes expuestos; haciendo la aclaración que para estar en condiciones de acreditar dicha modalidad la legislación impone la obligación de que dicho contrato deba de hacerse constar por escrito, pues de lo

²⁵⁸cfr. Carrasco Fernández, Felipe. "Análisis del Contrato a prueba en la legislación mexicana y centroamericana", En García Flores, Jacinto. Carrasco Fernández Felipe (coords) *El derecho del Trabajo y la seguridad social en la globalización,* México, Porrúa, 2011, p. 84

contrario, se entenderá que es por tiempo indeterminada sin sujeción a dicho periodo probatorio.

Por otra parte cabe advertir dos supuestos importantes para el efecto de regular la posibilidad de la conclusión del vínculo como lo es la acreditación a cuenta del trabajador de contar con los conocimientos para desarrollar el trabajo que va a ser el sustento objetivo para que el patrón concluya; de manera cierta y respetando la estabilidad en el empleo, la relación de trabajo.

Otro punto importante para la observancia de este modelo de contrato lo es la situación jurídica que guarda la comisión mixta, pues pese a que el ordenamiento requiere una opinión de esta, de manera sistemática la legislación federal tiene lagunas que privan de certeza jurídica el efecto de la participación del citado órgano; lo anterior se argumenta derivado de que el artículo 153-E de la Ley Federal del Trabajo actualmente contempla que dicha comisión será creada cuando la empresa tenga más de 50 trabajadores a su servicio, en cambio tratándose de micro y pequeñas empresas que no cuenten con dicho número de trabajadores surge la obligación de la secretaría del trabajo y previsión social en conjunto a la Secretaría de Economía de incentivar la capacitación de los trabajadores de dichas entidades patronales; situación crea un vacío para el efecto de observar cabalmente la forma de terminación de un contrato de trabajo sujeto a un periodo probatorio.

Ahora bien, en relación a la modalidad de contratación, bajo la modalidad de capacitación inicial, deberá de entenderse a esta última como aquella por la cual un trabajador se obliga a prestar un servicio subordinado a un patrón con el fin de que adquiera conocimientos o habilidades necesarias para la actividad para la que vaya a ser contratado de conformidad con el cardinal 39-B. De lo anterior se desprende la naturaleza autónoma de dicho contrato, es decir el pacto es independiente a la contratación por tiempo indeterminado que pudiera recaer al término de la capacitación la vigencia de dicho contrato tendrá un duración máxima de tres meses para trabajadores ordinarios y en su caso de 6 meses cuando se trate de puestos gerenciales o de naturaleza similar. Al término de dicho periodo, de no acreditar competencia el trabajador a juicio de patrón y considerando la opinión de la citada

comisión mixta así como la naturaleza de la categoría o puesto se dará por terminada la relación de trabajo.

Al igual que la contratación sujeta a periodo a prueba, corresponde al trabajador acreditar haber adquirido competencia para el desarrollo de su trabajo, sin embargo, derivado de la connotación de capacitación y adiestramiento que conlleva la naturaleza del presente modelo de contratación se desprende hipótesis importantes a considerar para que se tenga certeza jurídica al momento de establecer la modalidad de contratación y en su caso darla por terminada.

Acorde a las particularidades de cada una de las modalidades de contratación antes descritas, el derecho de formación se encuentra presente en ambas, aunque de manera distinta. En el contrato sujeto a periodo a prueba, éste derecho debió de haberse materializado con anterioridad a la prestación del servicio en la nueva relación laboral, ello consecuencia de las obligaciones que a todo trabajador le corresponden para adiestrar a una persona en el empleo que desarrolla acorde al artículo 153-C, el cual establece como su objeto el de Actualizar y perfeccionar los conocimientos y habilidades de los trabajadores y proporcionarles información para que puedan aplicar en sus actividades las nuevas tecnologías y en general mejorar el nivel educativo, la competencia laboral y las habilidades de los trabajadores. En esa guisa, dichos nuevos conocimientos acompañarán al trabajador a lo largo de su vida laboral independientemente del empleador que reciba sus servicios.

En cambio, el en el contrato de capacitación inicial el derecho de formación cobra vigencia a partir del inicio de la prestación del servicio, puesto que la capacitación opera cuando tiene por objeto preparar a los trabajadores de nueva contratación y a los demás interesados en ocupar las vacantes o puestos de nueva creación; así como formar parte de los programas de capacitación el apoyo que el patrón preste a los trabajadores para iniciar, continuar o completar ciclos escolares de los niveles básicos, medio o superior.

Así las cosas, más allá del impacto que podamos concebir de estas modalidades en la contratación inherentes al debilitamiento de la estructura y alcance del contrato de trabajo en cuanto a su duración; me permito señalar que en donde considero existe la posible constitución de la lesión de derechos fundamentales, lo

es precisamente en la irrogación del derecho de formación del trabajador anta la omisión de cumplir con la obligación de capacitar y adiestrar en el empleo.

Lo anterior se hace mención en consecuencia en que artículo tercero de la ley federal de trabajo en su último párrafo establece que resulta de interés social promover y vigilar la capacitación, adiestramiento, certificación de competencias laborales calidad en el trabajo así como los beneficios que estos deban de dar a los trabajadores sujetos a una relación de trabajo; en este sentido considero que para efectos de un cabal cumplimiento a la naturaleza de este contrato, la entidad patronal deberá de establecer en el escrito de contratación los programas, cursos o técnicas por medio de las cuales proporcionara al trabajador la instrucción necesaria para el efecto de que adquiera la competencia necesaria para desarrollar su trabajo, por tal motivo la obligación del trabajador de acreditar haber adquirido dicha competencia va intrínsecamente relacionada con la obligación patronal de proporcionar la debida capacitación y adiestramiento en el trabajo. O bien hablando de contratación a periodo a prueba, el establecimiento claro y preciso de los mecanismos para hacer constar la existencia o no de la competencia del trabajador para el desenvolvimiento del empleo asignado.

A su vez, la participación en este modelo de contratación de la comisión mixta, constituye pieza importante para proporcionar certeza jurídica de manera concreta a la relación de terminación de trabajo que en su caso se suscite; de ahí que la ambigüedad contenida en el citado artículo 153-E, va en detrimento a las esferas patronales ante la actual ausencia de los mecanismos y programas por parte de las secretarias responsables para llevar a cabo el incentivo de la capacitaciones en mención.

Es a consecuencia de lo anterior que el derecho de formación representa el surgimiento de un derecho fundamental imperante en toda relación laboral, al resultar necesaria su implementación y acatamiento para el efecto de dotar de los conocimientos necesarios al empleado para que cuente con la competencia necesaria para el ejercicio de la labor; por ende resulta vital para la debida concesión de los elementos necesarios para que pueda comprobar sus habilidades el debido cumplimiento de la puesta a disposición de dichos conocimientos seguidos

de la expedición de las constancias de habilidades y competencias a las que alude el artículo 153-V.

Como referimos, el cercioramiento del acatamiento de estas obligaciones laborales a cargo de la autoridad laboral, en la mayoría de los casos únicamente constituye en una simple apreciación de "escritorio" en la que la autoridad de inspección exclusivamente valora la existencia de integración de comisiones mixtas, planes y proyectos de capacitación; sin embargo no hace un análisis valorativo de los mismos ni vigila de manera cabal la impartición y puesta en práctica de los mismos; lo que implica entender un notorio desdé hacia esta derecho fundamental a pesar de su actual posicionamiento para adquirir a su vez el derecho de estabilidad en el empleo.

Por otra parte, frente al cumplimiento de las obligaciones de formación frente al contrato de trabajo; no debemos pasar por alto la idoneidad que debe de preceder la toma de decisión sostenida en la libertad de contratación del poder empresarial. En ese sentido, particularmente sostenemos que habrá relaciones de trabajo en las que no pueda permitirse la alguno de las modalidades de contratación tratada. En especial quiero referirme a la procedencia del contrato sujeto a periodo a prueba cuando medie la subcontratación en el servicio a desarrollar, dadas las características de trabajo especial que debe ser proporcionado por el subcontratista.

Como recordamos, la racionalidad en el poder empresarial para la constitución de la subcontratación acorde a nuestra legislación, surge por motivos de un servicio u objeto de carácter especializado. Es decir, la empresa cliente recibirá personal debidamente instruido en el área a ejecutar. Entonces, ¿Cuál sería la justificación razonable de subcontratar personal, sujeto a una condicionante a acreditar los conocimientos suficientes para la adquisición del empleo frente al subcontratista? Es decir, ¿Resulta válida la recepción de los servicios de personal cuya competencia en el desempeño de la labora es originariamente puesta en duda por la propia empleadora subcontratista?

En ese sentido sostenemos que particularmente en el empleo de trabajadores subcontratados sería irracional emplear personas para desempeñar un servicio especializado sin tener la certeza de su competencia; lo que implica que al no existir

esa justificación, innegablemente podríamos evidenciar que la determinación empresarial se encuentra afectada de ilegitimidad en la medida, lo cual conduce a calificar de lesivo su ejercicio frente a derechos fundamentales del trabajador. Tal afirmación carece de espacio en la legislación, por lo que es sostenida acorde a un análisis teleológico de la norma; si la subcontratación se destina a la optimización de recursos empresariales y no distraerlos en el empleo de servicios ajenos a su productividad, y que éstos deben de constituir en una actividad especializada, lo menos que se pueda esperar es que los trabajadores subcontratados, tengan desde el inicio de la prestación el debido reconocimiento de sus competencias y no hacerlo durante el ejercicio de la misma.

En opinión personal para la satisfacción de los requisitos legales para dar por concluida dicha relación de trabajo basta que el patrón se allegue de elementos objetivos como lo son exámenes teóricos, prácticos, actas circunstanciadas o cualquier otra análoga que ermita robustecer su juicio de separar al trabajador ante la falta de conocimientos y habilidades para desarrollar su empleo, estando quizá en la necesidad de que pese a no contar con el número de trabajadores para la constitución de la citada comisión mixta en los términos legales, se erija dicha comisión para efectos de fatigar la necesidad de la opinión de la misma para robustecer la procedencia de la separación evitando con ello decisiones empresariales basadas en la abstracción, dogma y arbitrariedad.

Tras el argumento de que estos tipos de contratos laborales permitirán modernizar el proceso productivo mexicano, y para ello se le concede al empleador manejar con mayor margen las contrataciones y despidos, sobre todo para contratar a los mejores capacitados con el objeto de elevar la productividad y la competitividad,²⁵⁹ la importancia de que esa libertad de contratación vaya precedida de la interpretación de fundamentalidad en el derecho de formación de los

_

²⁵⁹ Macías Vázquez, Ma. Carmen. "Las nuevas formas de contratación y sus repercusiones en los derechos laborales. Estudio desde el marco jurídico laboral vigente", *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, México, número 16, enerojunio 2013, pp. 83-121

trabajadores producto de la propia obligación patronal de brindarla y fomentarla; resulta medular para estar en condiciones de que con su ausencia o detrimento se están irrogando derechos fundamentales del trabajo que ponen en riesgo el acceso al empleo o la estabilidad en él; así como la capacidad de una persona de procurarse el mínimo vital.

4.3.3 Discriminación y acoso laboral

Innegablemente, el tema de la discriminación en el trato de las relaciones laborales y su entorno; constituye uno de los problemas en la materia más difíciles de tratar, en atención a la complicada determinación muchas veces de su existencia. Formalmente se ha procurado establecer en la mayoría de los aspectos la igualdad de trato a las personas; sin importar su condición; sin embargo, es en la materialización de las acciones en donde la realidad se distancia de la norma. A su vez, resulta conveniente decir, que el empeño de orientar la norma hacia horizontes igualitarios, algunas veces no resulta eficiente pues, existen circunstancias que requiere paradójicamente trato desigual para poder generar equidad; es decir dotar de las condiciones necesarias para poner en un mismo nivel a quien lo carece.

La experiencia indica que los seres humanos no se convierten en iguales con la sola afirmación constitucional o legislativa de que lo son;²⁶⁰ ello en atención a que invariablemente la naturaleza heterogénea de las sociedades permite la diversidad de personas colocadas en condiciones cada una diferente a la otra; de las cuales habrá quienes concuerden con el perfil generalizado de la sociedad y sus normas; y otras que por cualquier motivo cuente con una desventaja para ello y quede parcial o totalmente excluida.

Los sujetos excluidos en los términos anteriores, pueden ser definidos como:

de trabajo y seguridad social, México, Unam, 2012 pp. 237-264

197

²⁶⁰ Camacho Solís, Julio Ismael. "Mecanismos y normas de protección en las relaciones laborales" en Mendizabal Bermúdez, Gabriela et al (coord.) *Condiciones*

Las personas o colectivos que se encuentran en condiciones de precaridad y carentes de opciones para realizar una actividad que les permita subsistir y ejercitar su ciudadanía en un contexto sociopolítico... y que han perdido de participar en todas las formas de intercambio reglamentado y por consiguiente no encuentran una posición en la sociedad.²⁶¹

En ese sentido, la exclusión es el resultado de actos denominados discriminatorios, los cuales son considerados en su aspecto negativo como cualquier distinción arbitraria e infundada, intencional o no, que implica la exclusión de una persona o grupo de personas basado en factores²⁶² raza, color, estado civil, género entre muchos otros que constituyan un prejuicio, estigma o estereotipo. En cambio, la discriminación positiva es consecuencia del trato favorecido de personas o grupos tradicionalmente discriminados negativamente ejercidos para proporcionar una igualdad de oportunidades²⁶³

Lo trascendente de situar a esta acción como actividad empresarial trasgresora de derechos fundamentales, deviene de que es a consecuencia de este estudio, en donde como hemos comentado con anterioridad, nuestra Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido categóricamente la eficacia de los derechos fundamentales al interior de las relaciones de trabajo, lo que constituye un efecto irradiador de naturaleza horizontal pese a la distinción de subordinación de los sujetos. Con ello, amplia el panorama de los efectos que las medidas discriminatorias tiene hacia las personas que la padecen bajo el argumento de una

_

²⁶¹ Ávila Guerrero María Elena et al. "el carácter socio histórico del género: cultura roles, ética y moral", en Mendizabal Bermúdez, Gabriela. (coord.) Equidad de Género y protección social, México, Porrúa, 2014, pp. 23-40

²⁶² Machado Gonçalves da Silva, Luciana Aboim. "La discriminación de género en las relaciones laborales y medidas para la implementación del empleo digno", en Mendizabal Bermúdez, Gabriela (coord.) Equidad de Género y protección social, México, Porrúa, 2014, pp. 207-232

²⁶³ *Idem*

afectación al derecho fundamental de dignidad, así como el concebido en nuestro artículo 1º constitucional.

Como destaca la medida adoptada por la Corte, existen elementos dentro del aspecto positivo de la discriminación, que legitiman la admisibilidad de las medidas diferenciadoras, Barroso es citado por Machado Gonçalves argumentando que existen dos pruebas para la admisión de la discriminación en su aspecto positivo, razonabilidad interna; es decir la adecuación de la medida de carácter proporcional y la razonabilidad externa constitutiva de medio empleado acorde a los contenidos constitucionales.²⁶⁴

El razonamiento de nuestro máximo órgano garante de la justicia, emana en un momento histórico importante de nuestra sociedad, contrario al fenómeno de envejecimiento poblacional, las relaciones laborales tienden conservar la apertura y acceso a empleos preponderantemente a grupos cuya característica etaria se ve reducida frente a la tendencia de edad media de la población en condiciones de laborar. Es decir, las entidades empleadoras acostumbran a restringir la contratación irracional y desproporcionalmente a sectores particulares de edad, que generalmente toman como edad máxima de propuesta los 35 años de edad. Medida que sin atender a justificaciones razonables fue considerada por nuestra corte como discriminativas, en cuanto a la naturaleza del trabajo ofertado.

La trascendencia de la medida constituye un adelanto para atenuar los efectos negativos del envejecimiento poblacional pues sienta condiciones para su tratamiento anticipado en cuanto al grado de vulnerabilidad que llega con la adquisición de la edad particularmente en el ámbito laboral. Fenómeno que Gómez Rodríguez cataloga como una carencia de reconocimiento social de los adultos mayores debido a una concepción cultural y jurídica preestablecida de la vejez.²⁶⁵

 ²⁶⁴cfr Machado Gonçalves da Silva, Luciana Aboim. op. cit., nota 262, pp. 207-232
 ²⁶⁵ Gómez Rodríguez, Juan Manuel "El papel de los adultos mayores en la conciliación de la vida laboral y familiar. Una perspectiva de su autonomía" en Mendizabal Bermúdez, Gabriela (coord.) Equidad de Género y protección social, México, Porrúa, 2014, pp. 207-232

El propósito de ello, continúa sosteniendo el autor, es superar los estereotipos de una concepción negativa de la vejez, basada en la reducción de sus capacidades tanto físicas, mentales y económicas, cuyo resultado es la generación de un conjunto de restricciones que afectan su autonomía y generan una cultura de dependencia.²⁶⁶

Con ello, el control de este tipo de prácticas discriminatorias empresariales, dentro de las muchas existentes; generan la necesidad de un fortalecimiento de la legislación en atención al sentido de la decisión tomada por nuestra corte para que a partir de esto, se tomen las medidas pertinentes para inhibir, reparar este tipo de lesiones que impiden la empleabilidad de sectores de la población en grado de madurez etaria.

Por otra parte, el carácter pluriofensivo, de entre los cuales destaca la discriminación misma, ubica a la figura del acoso laboral como otra conducta perniciosa de los derechos fundamentales laborales e inespecíficos. Al concebir la interacción del poder empresarial y los derechos fundamentales del trabajador debemos de considerar la existencia de elementos y principios que caractericen dicha actividad con el propósito de dotarle legitimidad para el efecto de que se mantenga como un derecho propio del poder empresarial y no devenga en conductas arbitrarias y vejatorias de los derechos fundamentales del trabajador.

En ese sentido, tenemos que toda actividad generada por el poder empresarial en ejercicio de su facultad de dirección debe de estar caracterizada de los siguientes principios:

- a) Idoneidad: aquella decisión que se toma cuando no exista otra más moderada.
- b) Imprescindibilidad: implica un criterio de razonabilidad, que corresponde cuando existe una justificación objetiva en el sentido del acto empresarial.

²⁶⁶ Idem

c) Así como la proporcionalidad, la cual es determinada con el grado o margen de actuación adecuado sin que se abuse del ejercicio del derecho de dirección empresarial.

Los principios mencionados constituyen los lineamientos que todo acto de dirección debe de contemplar para con ello no generar una vulneración de los derechos fundamentales en el trabajador, de lo contrario la conducta se encontraría afectada de ilegitimidad y con ello estar en condiciones de que sea considerada un acto que vulnere el núcleo de dignidad o cualquier otro derecho fundamental del trabajador.

En ese sentido, la pérdida de la legitimidad del ejercicio del poder de dirección, así como la vulneración que estas medidas causan a los derechos fundamentales en el ejercicio de la relación de trabajo; provocan el traspaso de del derecho de dirección empresarial y devienen en afectaciones a la esfera de dignidad de los trabajadores que pueden comprender entre otras; al propio acoso laboral.²⁶⁷

Mendizabal Bermúdez define al acoso laboral como:

El fenómeno demostrable producido en el ejercicio o con motivo del trabajo que se caracteriza por una serie de comportamientos acosadores, que atentan contra la dignidad y la salud física o mental de un trabajador, de forma sistemática y recurrente, durante un tiempo prolongado, ejercida por parte de un empleador, un jefe o superior jerárquico inmediato o mediato, un compañero de trabajo o subalterno y tiene por objeto que a víctima sea eliminada de la organización o del entorno laboral del acosado²⁶⁸.

La definición anterior, destaca elementos tendientes a sostener diversas direcciones que pueden tomar la conducta acosadora y los respectivos perpetradores o sujetos activos que la ejecutan. Por ende, cuando referimos al acoso como una consecuencia de un ejercicio ilegítimo y lesivo del poder de

²⁶⁸ Mendizabal Bermúdez, Gabriela. *El acoso laboral y la seguridad social*, México, Porrúa, 2013, p. 7

²⁶⁷ Fabela Méndez, op.cit. nota 72, p. 103

dirección empresarial, innegablemente abordamos a éste en su naturaleza vertical descendente; es decir aquel que procede de un superior jerárquico.

La separación del acoso laboral del ejercicio arbitrario de los poderes empresariales es centrada en la existencia de la legitimidad del ejercicio del derecho de dirección empresarial ubicada en respecto de la dignidad humana; por ende se está en una medida acosadora cuando el poder se ejerza para socavar o vulnerar un derecho fundamental de manera focalizada en una persona.²⁶⁹

La línea que divide al ejercicio arbitrario del poder empresarial con relación a las acciones consideradas como acoso laboral, obedecen a la intencionalidad de vulnerar el ámbito de dignidad denotando con dicha conducta las siguientes características:²⁷⁰

- a) Trato humillante y vejatorio
- b) Habitualidad o reiteración
- c) Intencionalidad lesiva o ánimo desestabilizador
- d) Objetividad en la conducta.

De lo anterior podemos exponer que la conducta acosadora se caracteriza por una doble intención relacionadas con esa irrogación de derechos sobajando la dignidad de la persona, así como esa voluntad de generar en el sujeto pasivo o víctima una perturbación emocional como consecuencia de la sistematicidad en la realización del acoso. En lo que respecta a la última de las características mencionadas tenemos que advertir que constituye la más importante, pues de ella depende que surja la posibilidad de tutela, y esto obedece a que el acoso debe de consistir en una conducta sea lo suficientemente grave para provocar efectos comprobables en la víctima.

4.3.4 Privación de la Seguridad Social

²⁶⁹cfr. Urrutikoetxea Barrutia, Mikel. *Acoso laboral y lesión de derechos fundamentales*, Albacete, Bomarzo, 2014 p. 109

202

²⁷⁰ Sagardoy Bengoechea, Juan A., *op. cit..* nota 67, p. 98

Dentro de los efectos nocivos de la informalidad de las relaciones laborales, la omisión de proporcionar constituye una de afectaciones más perjudiciales para los trabajadores. Sin justificar o reprochar la condicionante nacional de ser sujeto a una relación de trabajo para la posibilidad de afiliación obligatoria a los seguros sociales, dicho postura concomitante genera que la informalidad impacte en derechos relativos a la salud, el retiro y subsistencia de familia del empleado.

Por trabajo informal podemos concebir la actividad laboral física o mental mediante la cual se obtiene un ingreso económico, realizado bajo condiciones fuera del marco legal, sin las prestaciones correspondientes sobre todo las de seguridad social.²⁷¹ Fenómeno que en nuestra sociedad representa entre el 58 y 60 por ciento de la actividad laboral en México; cantidad que fluctúa de acuerdo a las características de la definición que se emplee como informalidad.

Éste fenómeno se distingue por el deterioro de la calidad en el trabajo, es decir, el trabajo por cuenta propia (y subordinado) en actividades de supervivencia, con ingresos insuficientes y nulo nivel de productividad, en pequeñas unidades, con el uso de tecnologías simples, con escaso requerimiento de capital, sin prestaciones ni conexión con los sistemas de seguridad social.²⁷²

La exclusión de la seguridad social particularmente de su herramienta más importante como lo son los seguros sociales; de la que son víctimas los trabajadores informales irroga derechos fundamentales vinculados a los elementos necesarios de acceso a la salud, vivienda y retiro; pues todas ellas se encuentran vinculadas

marzo de 2015

²⁷¹ Mendizabal Bermúdez, Gabriela, Tufiño Gómez, Brenda. "Prestaciones de seguridad social para los trabajadores informales de la tercera edad en México", *Revista Internacional y comparada de relaciones laborales y derecho del empleo*, volumen 2 número 4, octubre-diciembre de 2014, p. 4, en http://adapt.it/EJCLS/index.php/rlde_adapt/article/view/245 consultado el 30 de

²⁷² Gómez Rodríguez, Juan Manuel. Los Efectos de la economía informal, en Mendizabal Bermúdez, Gabriela et al (coord.) Condiciones de trabajo y seguridad social, México, Unam, 2012 pp. 237-264

inescindibles del derecho del trabajo como se observa en nuestro sistema jurídico. Consecuencia a ello; la ausencia de la seguridad social de los trabajadores priva de las condiciones necesarias para la elevación de la calidad de vida de cada uno de los individuos de la sociedad mediante la protección de la salud y la protección de los medios de subsistencia.²⁷³

El tratamiento que la legislación y las entidades públicas a este fenómeno no es más que el desdén y en ocasiones hasta la tolerancia de dichas prácticas pese a que el efecto que tienen la omisión de esta obligación trasciende más allá de los propios derechos del individuo; sino que persiste en un factor importante en las bajas de la cargas fiscales y la consecuentes limitaciones presupuestarias a la hora de adoptar medidas eficaces para la extensión de la seguridad social,²⁷⁴ lo que termina convirtiéndose en círculos viciosos.

Cabe referir, que el tratamiento del incumplimiento de la obligación de afiliación a la seguridad de los trabajadores, ha establecido numerosos criterios jurisprudenciales por motivos de la tramitación de conflictos laborales; los cuales en ocasiones suelen ser omisos en el estudio de la naturaleza del derecho que comprende ésta, la limitación de su acceso a consecuencia exclusiva de una relación laboral; así como los factores a los que se expone el trabajador ante su omisión; pues criterios como ofrecimiento de trabajo. la omisión de prometer la inscripción del trabajador ante el instituto mexicano del seguro social no implica su mala fe.²⁷⁵ u Ofrecimiento De Trabajo, Calificación Del.²⁷⁶ particularmente sostienen que el disfrute de ese beneficio de seguridad social no constituye una condición de trabajo que pueda pactarse para la prestación de los servicios, ni que afecte los derechos del trabajador y contraríe la ley, así como tampoco modifica los términos

_

²⁷³ Mendizabal Bermúdez, Gabriela, Tufiño Gómez, Brenda. op. cit., nota 268, p. 6

²⁷⁴ Gómez Rodríguez, Juan Manuel. *op. cit.*, nota 272, pp. 237-264

²⁷⁵ Tesis 2a./J. 210/2007, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, T. XXVI, Diciembre de 2007, p. 211, Registro lus 170680

²⁷⁶ Tesis I.10o.T.24 L Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta , Novena Época, T. XI, Enero de 2000, p. 1024, Registro lus 192526

y condiciones de trabajo en perjuicio del trabajador, como son el salario, la categoría y el horario, pues la inscripción ante dicho organismo es una obligación a cargo del patrón impuesta por la Ley del Seguro Social, cuyo incumplimiento puede subsanarla el trabajador; dejando atrás con ello su obligación tutelar de la medida.

Así las cosas, la privación de las seguridad social en perjuicio del trabajador debe de constituirse en una circunstancias que tenga mayores sanciones e interpretaciones adecuadas en medida del derecho fundamental basado en la propia seguridad social, así como en sus derivados como lo es la salud y calidad de vida del individuo.

4.4 La eficacia de la norma jurídica laboral

En atención a las anteriores circunstancias que median en el desarrollo de las relaciones laborales, es importante concentrarse en el papel de la norma laboral para la atención de éstos. Es decir, la eficacia que la regulación imprime en dichos fenómenos con el propósito de encontrar las respuestas necesarias para su justiciabilidad. Recordemos que se ha expuesto que por eficacia debemos entender el grado de la operatividad de los derechos fundamentales al que se arriba ejerciendo los medios de protección dotados por la ley; el grado de protección de los mismos para salvaguardarlos. De esta manera resulta importante valorar los aspectos y principios en los que deber de sustentarse la norma para obtener el mejor grado de protección y dotar.

Con del devenir del contexto globalizado el derecho del trabajo en su forma original ha venido cayendo en una especie de limitación en cuanto a su aspecto preponderantemente de principios jurídicos para ser encasillado en un marco normativo estricto y basado en la disposición legal. Esto es, como a firma Ugarte Cataldo los principios del derecho del trabajo se transformaron en el mueble incómodo que no tenía lugar en la casa que el positivismo construyó para el jurista laboral.²⁷⁷ Los principios del derecho laboral que imperaron para la constitución de

205

²⁷⁷ Ugarte Cataldo, José Luis. Derecho del Trabajo: Invención, teoría y crítica. Santiago, Thomson Reuters, 2014, p. 12

la nueva rama del derecho que distanciaba el contrato de trabajo de los aspectos civilistas, y lo convertía en un acto jurídico con aspectos propios proteccionistas; han sido poco a poco desdeñados en cuanto a su alcance y muchas veces en el mejor de los casos, considerados como aspectos aspiracionales para la norma y no plenos mandatos de optimización.

A mayor reglamentación formal, menor oportunidad se da a los principios de participar el discurso sobre el que se sustentan las resoluciones emitidas en conflictos laborales. La norma que debe estar sustentada en esos principios no siempre se encuentra impregnada de ellos; por lo que la capacidad discursiva que sobre ella se pueda plantear debe de considerarse óptima para dotar de plena eficacia a la norma, en cuanto al su aspecto relacionado con la materia del trabajo.

La posibilidad de observar una verdadera eficacia transversal de los derechos fundamentales en las relaciones de trabajo, emana precisamente de esa capacidad de valorar la norma no solo por su aspecto formal (establecimiento y sanción a manera de ley) sino como consecuencia del ámbito de su contenido, esto es, introducir tanto en la capacidad de legislar como en la facultad jurisdiccional una función interpretativa más completa, capaz de analizar las normas y los actos desde el aspecto de los principios del derecho del trabajo.

Dichos principios son los que permiten expresar el modo en que las distintas comunidades jurídicas han de concebir el "deber ser" de esta disciplina.²⁷⁸ Es decir, los principios son aquellos valores y directrices que las normas deben de estar encaminadas de conformidad a cada una de sus funciones. Lo anterior distingue tres funciones características de los principios como lo son:

a) Función informativa o de validez: sirven de base para la gestión del legislador, ²⁷⁹ su intención es inspirar a legislador, lo que se ve reforzado cuando éstos están recogidos en la Constitución. ²⁸⁰ A consecuencia de ello, se imponen

²⁷⁸ *Ibidem*, p. 21

²⁷⁹ Cfr Camacho Solís, Julio Ismael. "op. cit., nota 260, pp. 237-264

²⁸⁰ Gamonal Contreras, Sergio. op. cit., nota 59, p. 151

como criterios de validez del resto de las normas del sistema, por lo que de controvertirles, dichas normas carecen de reconocimiento como válidas.²⁸¹

- b) Función interpretativa: sirven de sustento para establecer el sentido de la norma para orientar la aplicación de la misma ante la intervención de las autoridades del trabajo al momento de aplicarlas. Esta función destaca sobre todo en la solución de casos difíciles en donde guían la operación de aplicación del derecho hacia una respuesta correcta o justificada.²⁸²
- c) Función normativa o integradora: Orienta igualmente en el caso de lagunas²⁸³ en la ley. Adquiere significativa importancia al suplir la norma cuando esta es deficiente o contraria al principio.

En ese contexto la doctrina ha destacado diversos principios del derecho del trabajo, poco a poco recogidos por las constituciones y legislaciones del trabajo, con el propósito de establecer los mandatos y directrices que tanto las normas así como los aplicadores del derecho deberán de observar. Destacamos los siguientes.

4.4.1 Principio de protección

El origen del derecho del trabajo se fundamenta en la búsqueda de equilibrar las diferencias entre el capital y el trabajo. Diferencias fundamentadas en la vulnerabilidad de una de las clases constitutivas de la relación de trabajo, la trabajadora. Tenemos entonces a este principio tuitivo o protectorio como aquel que se funda como señala Camacho Solís en:

Principios que tienden al mejoramiento de las condiciones de vida de los trabajadores, y se desarrolla también en una función tutelar o protectora de todas las disposiciones laborales relativas a derechos básicos del trabajador en materia de jornadas, descansos, salarios, vacaciones, días de descanso, capacitación y

²⁸¹ Ugarte Cataldo, José Luis. op. cit., nota 277, p. 23

²⁸² *Ibidem*, p. 27

²⁸³ Gamonal Contreras, Sergio. op. cit., nota 59, p. 151

adiestramiento, y aquellas normas que establecen prohibiciones u obligaciones, destinadas a regular la conducta de las partes y evitar perjuicios al trabajador.²⁸⁴

El origen de la necesidad de este principio lo es que en las relaciones sociales se dan vínculos de poder y uno de los más intensos es probablemente el de las relaciones de trabajo, ²⁸⁵esto a consecuencia a que pese a constituir en un acuerdo entre dos sujetos de índole particular, el elemento de subordinación como hemos sostenido, en automático rompe con toda posibilidad de coordinación característica de los vínculos entre particulares, sometiendo el trabajador circunstancias de sometimiento a la potestad del empleador, constituyendo una transversalidad en la relación.

Es preciso entonces, conceder el mayor grado de protección para que exista la posibilidad de que la libertad del trabajador pueda subsistir frente al poder empresarial. Este principio constituye la función social de nuestro derecho del trabajo. Puede ser considerado a su vez como el fin del derecho del trabajo, el cual puede conformarse a su vez por otros principios que innecesariamente devienen en un aspecto de protección; la primacía de la realizada, irrenunciabilidad, estabilidad, racionalidad; entre otros constituyen directrices particulares tendientes en todo momento a devenir en aspectos tutelares de los intereses del trabajador. Por ende, el principio de protección tiene por objeto fundamentar de plano cualquier norma que ostente el adjetivo de laboral.

La actualidad este principio constituye el principal aspecto a considerar frente a los intereses económicos de las normas que en el presente se dictan con el propósito de deconstruir el derecho del trabajo, de escaparse la actualización de este principio en la labor legislativa, corresponde a las autoridad jurisdiccionales si materialización.

²⁸⁴ Camacho Solís, Julio Ismael. op. cit.. 260, pp. 237-264

²⁸⁵ Gamonal Contreras, Sergio. op. cit., nota 59, p. 153

En nuestro sistema jurídico nacional el interés social de la norma laboral, el indubio pro operario, la interpretación más favorable al trabajador de la norma (artículo 2, 6 y 18 de la Ley Federal del Trabajo) reflejan la voluntad del legislador para la actualización de derecho del trabajo bajo el marco de protección característico del derecho de clase.

4.4.2 Principio de Irrenunciabilidad

Constituye la imposibilidad jurídica de privarse voluntariamente de una o más ventajas consentidas por el derecho del trabajo en beneficio propio, ²⁸⁶ constituye una medida de conservación del derecho del trabajo con el propósito de no sucumbir ante cualquier pacto. Este principio es la principal antítesis del principio de la autonomía de la voluntad de las partes característico de las relaciones civiles. Esto es, la voluntad de los contratantes laborales no puede ir en detrimento de los mínimos reconocidos por la legislación laboral.

La trasgresión a este principio trae como consecuencia la afectación de nulidad del acto jurídico en la que sustente; siempre que éste sea sancionado como renuncia por una autoridad competente. Este principio guarda justificación en razón a la presunción de que el trabajador carece de suficiente poder negociador al empleador; por lo que se encuentra en desventaja para pactar condiciones laborales manifiesta dos plena libertad. En ese sentido la irrenunciabilidad fundamentaciones como establece Gamonal Contreras, 287 la primera a manera de noción de orden público puesto que abarca un aspecto de inderogabilidad de la ley laboral, es decir, la norma del trabajo no podrá rechazarse por su condición de norma jurídica, y en segundo término considera que la desventaja negociadora del trabajado frente a su empleador establece vicios en el consentimiento.

Nuestra disposición nacional aborda este principio, particularmente en sus artículo 5 y 33 de la Ley Federal del Trabajo al establecer como nula cualquier estipulación en los contratos que impida el goce y ejercicio de los derechos

²⁸⁶ Camacho Solís, Julio Ismael. op. cit., nota 260, p.237-264

²⁸⁷ Gamonal Contreras, Sergio. op. cit., nota 59, p. 166

concebidos en la ley como los relacionados a duración máxima, salario inferior al mínimo, retenciones salariales; entre otras. De igual manera, aduce la norma que devienen en nulos cualquier clase de convenios que impliquen con ellos la renuncia expresa de un derecho en concreto, para lo cual la intervención de la autoridad jurisdiccional resulta necesaria para el análisis de dicha circunstancia.

La irrenunciablidad de los derechos laborales, obedece a una aspecto de protección de la norma a favor de los trabajadores con el propósito de salvaguardarles de cualquier vicio de la voluntad producido por su falta de capacidad negociadora frente al empleador en la elaboración del contrato de trabajo.

4.4.3 Principio de primacía de la realidad

El contrato de trabajo muchas veces es denominado un contrato realidad. Esto lo diferencia de otras ramas jurídicas, en atención a que lo establecido en un contrato de trabajo al apartarse de lo materialmente producido, pierde su fuerza para ceder espacio a la los hechos. Las formas son en todo momento vencidas por los hechos.

Ello significa que en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de documentos o acuerdos, debe de darse preferencia a lo que sucede en el terreno fáctico.²⁸⁸ Lo anterior es así, en atención a que la preferencia de lo material sobre lo formal es justificada con el propósito de evitar la aparición de fraudes laborales o simulaciones en perjuicio de los trabajadores como refiere Camacho Solís. Por una parte, la falta de formalidad en el contrato no perjudica la relación laboral y en su caso dicha omisión solo podrá ser atribuible al empleador, pues la simple prestación del servicio actualiza el vínculo laboral.

Al respecto, nuestro marco normativo destaca aspectos como la presunción de la relación de trabajo por el desarrollo de la actividad subordinada (artículo 21) o bien la imputación al patrón sobre la falta de elaboración del contrato del trabajo y

_

²⁸⁸ *Ibidem*, p. 178

la presunción de certeza sobre las condiciones expuestas por el trabajador ante su ausencia (artículo 25 de la Ley Federal del Trabajo)

Este supuesto en la actualidad guarda especial trascendencia frente a esquemas corporativos que tienen por objeto encubrir relaciones de trabajo, la titularidad de las mismas así como el propio beneficio de los servicios prestados por el trabajador; en ese sentido, este principio se convierte en un aspecto argumentativo relacionado con la determinación de los aspectos reales que constituyeron el vínculo laboral. De igual manera, aspectos tendientes a disimular la subordinación o no de una persona por motivos de la prestación de un servicio, conlleva a los tribunales a valorar a conciencia cada uno de los hechos que rodearon el vínculo.²⁸⁹

Continúa relatando Gamonal Contreras que los hechos son capaces de revelar la verdadera intención de los contratantes, ya que si un contrato se cumple de una manera determinada, es porque así lo consienten cada una de las dos partes que intervienen en él. De lo contrario, estarían en condiciones de acudir a la autoridad competente a ejercitar sus derechos en contra de dicha prestación irregular del servicio.

El principio de primacía de la realidad es entonces la característica del derecho del trabajo enfocada a salvaguardar la prestación material del servicio por encima de los formalismos jurídicos; dando prioridad a las condiciones fácticas en las que se desarrolla el empleo.

4.4.4 Principio de Razonabilidad

Este aspecto del derecho del trabajo resulta relevante en atención a que actualiza la vigencia de los derechos fundamentales al interior de las relaciones de trabajo, pues con éste se destacan los lineamientos sobre los cuales todo poder de dirección deberá de ceñirse al respeto de los derechos y libertades del trabajador como persona.

La subordinación característica de las relaciones de trabajo no constituye facultades irrestrictas del empleador para requerir de sus trabajadores

²⁸⁹ Gamonal Contreras, Sergio. op. cit., nota 59, p. 179

circunstancias que exceden el marco del trabajo encomendado; ni estos actos sobre pasar a la esfera personal del trabajador teniendo las facultades empresariales como pretexto.

Este principio va encaminado a su vez a un criterio de interpretación del derecho del trabajo, tendiente a dotar de legitimidad el poder de mando de un empleador en el desarrollo de las relaciones de trabajo, bajo el ejercicio de valorar justificación de los actos de dirección en contraposición con las libertades del trabajador. Es en este principio donde encontramos la razón de ser tanto de la vigencia como de la eficacia transversal de los derechos fundamentales en las relaciones de trabajo; esa posibilidad de coexistir de manera proporcional tanto la facultad de mando patronal, así como las libertades y derechos considerados como fundamentales de los trabajadores tanto en su aspecto específico como inespecífico.

Las normas y actos de naturaleza laboral deben encaminarse a consumar el uso racional de un derecho²⁹⁰ para lo cual se debe de comprender que el principio actúa en dos sentidos particularmente acorde lo que sostiene Camacho Solís:²⁹¹

- a) Como criterio de distinción entre en situaciones límites o confusas en las cuales deba de distinguirse entre la realidad y una simulación.
- b) Como límite o freno de facultades empresariales con el propósito de que no devengan en actos arbitrarios en la toma de decisiones que involucre el desempeño o las tareas contratadas con el empleado.

En cuanto al primero de los aspectos, constituye una herramienta para la actualización del principio de supremacía de la realidad; en cambio en cuanto a las segunda de las acepciones, constituye la característica de toda facultad empresarial; el apego al objeto de la subordinación en respeto de los derechos fundamentales del trabajador en su sentido amplio.

_

²⁹⁰ Cfr Ibidem, p. 193

²⁹¹ Camacho Solís, Julio Ismael. op. cit., nota 260, pp. 237-264

La razonabilidad en cuanto se refiere a la limitación del poder del empleador frente a las libertades fundamentales del trabajador, carece de referencia expresa en nuestras disposiciones laborales; sin embargo, la interpretación judicial en términos del amparo directo en revisión 992/2014 en donde se actualiza la vigencia sustantiva de la necesaria razonabilidad en el ejercicio de la función de dirección del empleador. De igual forma el párrafo séptimo del artículo 5º constitucional destaca que la prestación del servicio no podrá extenderse más allá del término que indique la ley (particularmente la Ley reglamentaria; Ley Federal del Trabajo) y que esa prestación del servicio no podrá extenderse, en ningún caso, a la renuncia, pérdida o menoscabo de los derechos políticos y civiles del trabajador.

En ese sentido, la legislación absorbe ese principio de razonabilidad en la prestación del servicio personal subordinado con el propósito de evitar la imposición condiciones de trabajo lesivas para el trabajador, que aún aceptadas por él por motivos familiares o sociales, pueda liberarse de ellas cuando a su libertad o interés no convenga su cumplimiento en los términos de la obligación contraída, ya sea por necesidad o por desconocimiento de sus derechos.²⁹²

Los anteriores principios citados constituyen la esencia del derecho del trabajo, pues ellos son el enfoque que principalmente escinde al derecho laboral de las materias de naturaliza privada. Es con ellos que se busca el ámbito de eficacia pertinente de las normas y la regulación de los conflictos para con ello alcanzar el propósito de equilibrio necesario entre los factores de la producción.

La orientación de los principios del derecho del trabajo permitirá sostener los diferentes criterios de justiciabilidad necesarios para resolver controversias tanto de índole puramente laboral, como aquellas relacionadas a la colisión de derechos fundamentales en el ejercicio de las relaciones de trabajo.

213

-

UNAM, 1992, pp. 25-31

²⁹²Barajas Montes de Oca, De Andrea Sánchez, Francisco José, *artículo 5*, en Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos Comentada, 3a edición,

4.5 Propuesta de reforma normativa para la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones de trabajo

En la actualidad la normativa laboral en nuestro país, atraviesa por la necesidad de un replanteamiento en cuanto hace a su roll de protección de los derechos fundamentales en el seno de las relaciones laborales. La entrada en vigor de la reforma constitucional en materia de los derechos humanos, enuncia la obligación de todas las autoridades para promover, vigilar y restituir los derechos humanos en el marco de sus respectivas competencias.

De igual manera, los recientes criterios judiciales abordados con anterioridad relativos a la vigencia de los derechos fundamentales en el marco de las transversalidad laboral; marcan la tendencia a promover la eficacia de éstos en la resolución de conflictos laborales en todas sus índoles, ya sea de manera previa a la relación de trabajo (ofertas de trabajo) en plena vigencia del vínculo laboral (como los derivados del empleo ilegítimo de las facultades empresariales) o bien, una vez concluida la relación de trabajo.

En ese sentido, resulta menester analizar el papel que en la actualidad realiza la norma frente a las eventualidades laborales con el propósito ilustrar su inexacta adecuación al entorno actual de los fenómenos laborales, para concluir con la necesaria adecuación de ésta, para brindar la debida eficacia de los derechos fundamentales.

4.5.1 La eficacia normativa laboral frente a actos previos a la relación de trabajo

La novedosa tesis de jurisprudencia emitida por la primera sala de las Suprema Corte de la Nación tras resolver el amparo directo en revisión número 992/2014 en la que se resuelve la trasgresión de los derechos fundamentales por discriminación de aspirantes a un empleo; sienta las bases para la validez del control de proporcionalidad, necesidad e idoneidad en las facultades de los empleadores para requerir personal. Dicho criterio jurisprudencial, enuncia que la tutela de estos derechos puede sujetarse incluso previo a la vigencia del vínculo laboral como es el caso de las ofertas de trabajo.

En ese sentido, enuncia la sentencia que corresponderá a la inspección del trabajo acorde al artículo 540 de la Ley Federal del Trabajo, vigilar el cumplimiento de las normas laborales, entre ellas lo relacionado al principio de no discriminación, sugerir la corrección de las mismas, y en su caso imponer las sanciones pertinentes bajo los parámetros de la legislación. La sentencia destaca que el análisis correspondiente a estos supuestos deben de realizarse mediante un análisis técnico de ponderación (disminución de un derecho en la medida de que otro oponible subsista) y razonabilidad (justificación de una medida) de los supuestos a vigilar. Con ello emana un aspecto a considerar sobre el papel de esta dependencia en cuanto a la aplicación de la norma.

Acorde a lo anterior resultará necesario concebir una facultad de escrutinio sobre las ofertas laborales seguida de una necesaria coordinación entre la propia Inspección del Trabajo y el Servicio Nacional de Empleo con el propósito de establecer una base datos que facilite la consulta y análisis de las propuestas laborales al ser éste último organismo el encargado de promover de empleo y colocación de trabajadores en las distintas fuentes de empleos con vacantes.

Es por conducto de esta autoridad donde se puede perseguir el fin buscado en cuanto a la permanente supervisión del respeto a los derechos fundamentales en específico destinado a las propuestas laborales y sus criterios discriminatorios, lo que en la actualidad acentúan una limitante para el acceso puestos de empleo de determinados grupos que caen en la vulneración al no poder adquirir empleo, sobre todo por el factor de edad.

4.5.2 La eficacia normativa laboral frente a actos con relación de trabajo vigente La dificultad de poder solicitar la tutela de cualquier derecho con la plena vigencia de un contrato, cualquiera que sea su naturaleza, constituye un obstáculo para su eficacia. Las relaciones de trabajo constituyen un escenario en donde habitualmente

la represalia laboral es factor de inhibición para realizar este tipo de inconformidades. En este sentido, la naturaleza de la queja puede ser hecha valer tanto en sede administrativa como jurisdiccional. En este contexto, la necesaria adopción de una garantía de protección de ese derecho de instar a la autoridad laboral con la plena protección no puede quedar únicamente en las secrecía de las quejas llevadas a la inspección del trabajo como ocurre de conformidad al Reglamente General de Inspecciones del Trabajo y Aplicación de Sanciones.

La indemnidad chilena es un factor que puede ser tomada en consideración para robustecer el alcance de la tutela de los derechos fundamentales en el ámbito de la vigencia de las relaciones de trabajo por dos motivos. Por un lado propiciaría derribar el obstáculo y temor a represalias del empleador ante la queja laboral en cualquiera de sus niveles y por otro lado garantizaría a los trabajadores el no recibir una represalia directa por ejercer su derecho de acción. En ambos caso la función de la autoridad laboral vería beneficiada con la confianza de su facultad resolutora de conflictos ya sea mediante la propia inspección del trabajo o bien por motivos de la instauración de un procedimiento ante las la jurisdicción de las Juntas de Conciliación y Arbitraje (próximos tribunales laborales) competentes.

Por su parte, los principios para emitir las resoluciones laborales, deberán de ampliar su margen de acción al ejercicio de la ponderación o juicio de proporcionalidad respecto de los conflictos sometidos a su jurisdicción. En ambos autoridades ya sea administrativa o jurisdiccional deberán de encontrar la justificación de sus resoluciones más allá de la aplicación de la norma, la buena fe o el estudio a conciencia de los hechos. La determinación de la legitimidad en las acciones de los sujetos laborales, deberán de descartar cualquier situación desproporcionada en cuanto al ejercicio de un derecho. Por consecuencia a ello, el ingreso de la ponderación de los derechos fundamentales deberá constituir pieza importante para el mejoramiento de la ley u su aplicación al caso concreto.

Por motivo de las anteriores aseveraciones, se proponen adecuaciones que, a manera de reforma a artículos tanto en el plano constitucional como de Leyes reglamentarias, deberán de propiciar avance legislativo necesario para la validez concreta de los derechos fundamentales en las relaciones de trabajo, así como para

dotar las mismas de la eficacia respectiva con el efecto transversal propio de los vínculos laborales.

4.5.3 Modificación de artículos constitucionales.

Dentro del catálogo de derechos fundamentales establecidos en la norma constitucional de nuestro país, el artículo 5 inicia con la perspectiva de protección de los derechos fundamentales por motivos de un contrato laboral, sin embargo su efecto es tenue al enfocar su acción a derechos políticos o civiles del trabajador, una visión que aborda derechos exclusivamente de primera generación, quizá siendo arrastrada desde la redacción misma de la constitución. Siendo que para que el efecto buscado de la presente investigación el texto deberá de desarrollarse de la siguiente manera:

Texto Vigente	Texto Modificado		
Artículo 5	Artículo 5		
El contrato de trabajo sólo obligará a prestar	El contrato de trabajo sólo obligará a prestar		
el servicio convenido por el tiempo que fije la	el servicio convenido por el tiempo que fije la		
ley, sin poder exceder de un año en perjuicio del	ley, sin poder exceder de un año en perjuicio del		
trabajador, y no podrá extenderse, en ningún	trabajador, y no podrá extenderse, en ningún		
caso, a la renuncia, pérdida o menoscabo de	caso, a la renuncia, pérdida o menoscabo de		
cualquiera de los derechos políticos o civiles.	cualquiera de los derechos fundamentales		
	contenidos en la presente constitución así como		
	los derivados de las respectivas leyes		
	generales que de ésta emanen.		

La ampliación de ese efecto permite abarcar derechos fundamentales de reciente creación y acordes a las características de protección de circunstancias emergentes en cuanto al tratamiento de relaciones de poder entre los sujetos particulares como lo es la relación de trabajo.

Por su parte el artículo 123 de la constitución deberá facultar el ejercicio de ponderación en sus resoluciones así como la necesaria tutela de los derechos fundamentales al interior del seno laboral de la siguiente forma:

Texto Vigente	Texto Modificado		
Artículo 123	Artículo 123		
A	A		
XXVII. Serán condiciones nulas y no obligan	XXVII. Serán condiciones nulas y no obligan		
a los contrayentes aunque se expresen en el	a los contrayentes aunque se expresen en el		
contrato:	contrato:		
h) Todas las demás estipulaciones que	h) Todas las demás estipulaciones que		
impliquen renuncia de algún derecho	impliquen renuncia o menoscabo		
consagrado a favor del obrero en las leyes de	desproporcionado de algún derecho		
protección y auxilio a los trabajadores.	fundamental concebido en esta constitución.		
	Dicha circunstancia operará a su vez cuando		
	por motivos de la aplicación de una cláusula o		
	ejercicio de dirección por parte del empleador,		
	se incurra en una medida desproporcionada		
	frente a los derechos fundamentales del		
	trabajador.		

4.5.4. Modificación de la Ley Federal del Trabajo.

La naturaleza híbrida de la Ley Federal del Trabajo concebida desde el punto de vista de constituir un código que enumera aspectos sustantivos, orgánicos y adjetivos de la materia laboral, encierra una necesidad de ser adecuada en diversos artículos con el propósito de fomentar la actualización de la eficacia de los derechos fundamentales, pudiendo ser clasificado de la siguiente manera.

4.5.4.1 Articulado Sustantivo

Partiendo del supuesto de que la jurisprudencia mexicana refiere la plena vigencia del efecto transversal de los derechos fundamentales al observar principios de dignidad y no discriminación en sus artículos, lo cierto es que es necesaria la impresión de esa característica de manera clara y precisa en cardinales como los siguientes:

Texto Actual

Artículo 3o.- El trabajo es un derecho y un deber sociales. No es artículo de comercio. No podrán establecerse condiciones que impliquen discriminación entre los trabajadores por motivo de origen étnico o nacional, género, edad, discapacidad, condición social, condiciones de salud, religión, condición migratoria, opiniones, preferencias sexuales, estado civil o cualquier otro que atente contra la dignidad humana. No considerarán discriminatorias distinciones, exclusiones o preferencias que se sustenten en las calificaciones particulares que exija una labor determinada. Es de interés social promover y vigilar la capacitación, el adiestramiento, la formación para y en el trabajo, la certificación de competencias laborales, la productividad y la calidad en el trabajo, la sustentabilidad ambiental, así como

Texto Modificado

Artículo 3o.- El trabajo es un derecho y un deber sociales. No es artículo de comercio. En toda oferta laboral, contrato de trabajo o acto en vigencia de la relación de trabajo, no podrán establecerse condiciones que impliquen discriminación por motivo de origen étnico o nacional, género, edad, discapacidad, condición social, condiciones de salud, religión, condición migratoria, opiniones, preferencias sexuales, estado civil o cualquier otro que atente contra la dignidad humana. No se considerarán discriminatorias las distinciones, exclusiones o preferencias que se sustenten en las calificaciones particulares que exija una labor determinada. Es de interés social promover y vigilar la capacitación, adiestramiento, la formación para y en el trabajo, la certificación de competencias laborales, la productividad y la calidad en el

los beneficios que éstas deban generar tanto a los trabajadores como a los patrones. trabajo, la sustentabilidad ambiental, así como los beneficios que éstas deban generar tanto a los trabajadores como a los patrones.

Artículo 18.- En la interpretación de las normas de trabajo se tomarán en consideración sus finalidades señaladas en los artículos 2o. y 3o. En caso de duda, prevalecerá la interpretación más favorable al trabajador.

Artículo 18.- En la interpretación de las normas de trabajo se tomarán en consideración sus finalidades señaladas en los artículos 2o. y 3o. así como el ejercicio de ponderación de los derechos fundamentales cuando los derechos del trabajador entren en colisión con las facultades del de mando y dirección del empleador. En caso de duda, prevalecerá la interpretación más favorable al trabajador.

Artículo 20.- 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. Contrato individual de trabajo, cualquiera que sea su forma o denominación, es aquel por virtud del cual una persona se obliga a prestar a otra un trabajo personal subordinado, mediante el pago de un salario. La prestación de un trabajo a que se refiere el párrafo primero y el contrato celebrado producen los mismos efectos.

Artículo 20.- 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. Contrato individual de trabajo, cualquiera que sea su forma o denominación, es aquel por virtud del cual una persona se obliga a prestar a otra un trabajo personal subordinado, mediante el pago de un salario. La prestación de un trabajo a que se refiere el párrafo primero y el contrato celebrado producen los mismos efectos.

La subordinación y su correspondiente poder jurídico de mando a cargo del empleador, observarán los principios de idoneidad, imprescindibilidad y proporcionalidad; a manera de limitante de su ejercicio frente a los derechos fundamentales del trabajador.

En el rubro sustantivo de nuestra legislación, dichos aspectos robustecerían la validez de los derechos fundamentales frente al poder del empleador para sentar las bases para una apropiada eficacia de éstos. Las modificaciones al texto introducen el necesario juicio de proporcionalidad en las facultades de dirección ejercidas por el empleador frente a los derechos

fundamentales del trabajador. Incorpora a su vez la tutela de estos derechos en el ámbito precontractual al prohibir actos de discriminación aun cuando ello implique solo una oferta laboral, circunstancias que además de un respeto por la dignidad humana, reivindica a muchos grupos que caen en vulnerabilidad ante la ausencia de posibilidades de incorporarse a un mercado laboral que impone limitantes irracionales en sus propuestas laborales.

4.5.4.2 Articulado Orgánico

En particular, aquí se origina el aspecto de eficacia de la norma. El dotar a los órganos laborales de facultades para la justiciabilidad en cuanto a los derechos fundamentales en cada una de las esferas de sus atribuciones y competencias.

La Procuraduría de la Defensa del Trabajo como órgano estatal de tutela del sector obrero, deberá de incluir en su campo de acción no solo la asistencia en cuanto a la necesaria aplicación de la norma de trabajo, sino en función de la promoción y sustanciación de procedimientos tutelares de derechos fundamentales.

	\ /' ·
1 0 1/40	\/IAAA
$I \rightarrow XIC$	Vigente
1 OALO	VIGOLICO

Artículo 530.- La procuraduría de la Defensa del Trabajo tiene las funciones siguientes: I. Representar o asesorar a los trabajadores y a sus sindicatos, siempre que lo soliciten, ante cualquier autoridad, en las cuestiones que se relacionen con la aplicación de las normas de trabajo;

- II. Interponer los recursos ordinarios y extraordinarios procedentes, para la defensa del trabajador o sindicato; y
- III. Proponer a las partes interesadas soluciones amistosas para el arreglo de sus

Texto Modificado

Artículo 530.- La procuraduría de la Defensa del Trabajo tiene las funciones siguientes: I. Representar o asesorar a los trabajadores y a sus sindicatos, siempre que lo soliciten, ante cualquier autoridad, en las cuestiones que se relacionen con la aplicación de las normas de trabajo así como la protección de los derechos fundamentales del trabajador en los términos que marque la Ley;

 II. Interponer los recursos ordinarios y extraordinarios procedentes, para la defensa del trabajador o sindicato; y conflictos y hacer constar los resultados en actas autorizadas.

III. Proponer a las partes interesadas soluciones amistosas para el arreglo de sus conflictos y hacer constar los resultados en actas autorizadas.

El Servicio Nacional de Empleo al constituir el órgano que entre sus facultades tiene las de promoción del empleo y la colocación de trabajadores, le permite llevar a su cargo la autorización y registro de agencias privadas de colocación y por consecuencia a ello deberá de atenerse a la vigilancia de la legalidad de las ofertas laborales, constituyéndose así en autoridad coadyuvante en el control precontractual de los derechos fundamentales. Cabe recordar que el origen de nuestra interpretación judicial en pro de la validez de estos derechos en el seno del trabajo, surge sobre el tratamiento judicial de ofertas de trabajo discriminatorias. Entonces para poder seguir los lineamientos de la jurisprudencia basta con incluir a esta autoridad en las gestiones de protección.

Texto Vigente

Artículo 539.- De conformidad con lo que dispone el artículo que antecede y para los efectos del 537, a la Secretaría del Trabajo y Previsión Social corresponden las siguientes actividades:

I. En materia de promoción de empleos:

•••

II. En materia de colocación de trabajadores:

- a) Orientar a los buscadores de empleo hacia las vacantes ofertadas por los empleadores con base a su formación y aptitudes;
- b) Autorizar y registrar, en su caso, el funcionamiento de agencias privadas que se dediquen a la colocación de personas;

Texto Modificado

Artículo 539.- De conformidad con lo que dispone el artículo que antecede y para los efectos del 537, a la Secretaría del Trabajo y Previsión Social corresponden las siguientes actividades:

I. En materia de promoción de empleos:

...

- II. En materia de colocación de trabajadores:
- a) Orientar a los buscadores de empleo hacia las vacantes ofertadas por los empleadores con base a su formación y aptitudes;
- b) Autorizar y registrar, en su caso, el funcionamiento de agencias privadas que se dediquen a la colocación de personas. *Dicha autorización puede ser revocada para el caso*

c) Vigilar que las entidades privadas a que alude el inciso anterior, cumplan las obligaciones que les impongan esta ley, sus reglamentos y las disposiciones administrativas de las autoridades laborales:

de actos discriminatorios en perjuicio de los aspirantes;

c) Vigilar que las entidades privadas a que alude el inciso anterior, cumplan las obligaciones que les impongan esta ley, sus reglamentos y las disposiciones administrativas de las autoridades laborales; particularmente en el ámbito de no discriminación tanto en la oferta de empleo así como en la adquisición del mismo.

La inspección del trabajo deberá de sumarse a este refuerzo de funciones orgánicas en protección a los derechos fundamentales al ser la institución encargada de tutelar el cumplimiento de las disposiciones legales en materia del trabajo. De igual manera deberá de ampliar su campo jurisdiccional al análisis de validez de cláusulas contractuales durante la vigencia de la relación cuanto éstas se encuentren soslayando derechos inalienables a la persona en el ámbito de un relación de trabajo.

l exto vi	g	er	ite
-----------	---	----	-----

Artículo 540.- La Inspección del Trabajo tiene las funciones siguientes:

- I. Vigilar el cumplimiento de las normas de trabajo;
- II. Facilitar información técnica y asesorar a los trabajadores y a los patrones sobre la manera más efectiva de cumplir las normas de trabajo;

• • •

...

Texto modificado

Artículo 540.- La Inspección del Trabajo tiene las funciones siguientes:

I. Vigilar el cumplimiento de las normas de trabajo;

En el cumplimiento de esta fracción, deberá de asegurarse que por motivos del desarrollo de la relación laboral, no se establezcan condiciones o cláusulas contractuales que menoscaben los derechos fundamentales de los trabajadores en el ejercicio de su empleo. En todo momento velará por el legítimo ejercicio de los derechos fundamentales del trabajador. En caso de colisión de éstos con los del empleador, deberá de determinar la proporcionalidad del ejercicio de unos y otros.

II. Facilitar información técnica y asesorar a los trabajadores y a los patrones sobre la manera más efectiva de cumplir las normas de trabajo;

•••

Artículo 541.- Los Inspectores del Trabajo tienen los deberes y atribuciones siguientes:

I. 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;

II. Visitar las empresas y establecimientos durante las horas de trabajo, diurno o nocturno, previa identificación; Artículo 541.- Los Inspectores del Trabajo tienen los deberes y atribuciones siguientes:

I. 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. Ponderar en todo caso el ejercicio de la subordinación, cláusulas contractuales o actos que impliquen colisión de derechos fundamentales entre el patrón y empleador para procurar legitimidad en el ejercicio de las facultades de dirección patronal.

II. Visitar las empresas y establecimientos durante las horas de trabajo, diurno o nocturno, previa identificación;

Dichas ampliaciones de facultades traerían un nuevo rol a desempeñar para la Inspección del trabajo. Además del papel legalista de simple observancia del cumplimiento de la norma, dotaría de un carácter propio de autoridad garante y protectora de los derechos fundamentales de manera mediata, esto es, le conduciría a tomar jurisdicción para resolver hipótesis en donde la aplicación una medida patronal desproporcionada que genere vulneración al núcleo de dignidad del trabajador pudiera subsanarse vía juicio de proporcionalidad. La Constitución de nuestro país reclama que todos los órganos jurisdiccionales dentro de su esfera competencial así lo realice, por

ello es menester que esta instancia administrativa cuente con esas facultades para promover el respeto de dichas prerrogativas de manera oportuna.

Por su parte, la Juntas de Conciliación y Arbitraje, y en su caso los tribunales laborales que constituyan, deberán de ampliar su marco decisorio en las contiendas laborales para permitirse avocarse al análisis de proporcionalidad de las medidas patronales en el ejercicio de la relación de trabajo. La aplicación irrestricta de la ley, vía subsunción y pese a la existencia de los cada vez atenuados principios de buena fe guardada; deberá de adquirir facultades para poder realizar juicios de proporcionalidad en cuanto a decisiones empresariales para maximizar el alcance de las prerrogativas fundamentales y en su caso, resolver la actualización acto lesivos de derechos fundamentales.

En ese sentido destacamos que la competencia de estas autoridades deberá de precisarse en los siguientes términos:

Texto Vigente

Artículo 604. Corresponden a Tribunales del Poder Judicial de la Federación o de los Tribunales de las entidades federativas, en el ámbito de su competencia, el conocimiento y la resolución de los conflictos de trabajo que se susciten entre trabajadores y patrones, sólo entre aquéllos o sólo entre éstos, derivados de las relaciones de trabajo o de hechos relacionados con ellas.

Texto Modificado

Artículo 604. Corresponden a la Tribunales del Poder Judicial de la Federación o de los Tribunales de las entidades federativas, en el ámbito de su competencia, el conocimiento y la resolución de los conflictos de trabajo que se susciten entre trabajadores y patrones, sólo entre aquéllos o sólo entre éstos, derivados de las relaciones de trabajo o de hechos relacionados con ellas.

Los conflictos relacionados con la aplicación de una norma, cláusulas contractuales o cualquier acto que lesionen derechos fundamentales; deberán ser sometidos a la estimación correspondiente a juicio de proporcionalidad y en su caso a la ponderación respectiva para salvaguardar en la menor medida el menoscabo de los derechos colisionados.

Por disposición del artículo 623 de la Ley Federal del Trabajo, las autoridades laborales a nivel local sustentarán el ejercicio de su jurisdicción acorde a los lineamientos antes establecidos en el texto citado con anterioridad, por lo que la modificación prevista a éste, impactará a su vez en las funciones jurisdiccionales a nivel local.

Los cambios sustantivos y estructurales constituyen la consolidación de la vigencia de los derechos fundamentales en la relación laboral, preparando el camino a la eficacia buscada. Por ende, al enfocar este estudio en la eficacia como medio de garantía para la justiciabilidad de estos derechos en el ámbito de las relaciones de trabajo, el subtema siguiente relativo a la norma adjetiva, constituye la materialización de la eficacia transversal de los derechos fundamentales en las relaciones de trabajo al constituir con ello el propio mecanismo para la resolución y eficacia mediata de estos derechos.

4.5.4.3 Articulado Adjetivo

El apartado adjetivo o procesal de la Ley Federal del Trabajo deberá de asumir los cambios pertinentes para la obtención concreta de la eficacia de los derechos fundamentales. Es en este apartado de la ley en donde se constituirán las reglas de procedimiento idóneas para satisfacer las pretensiones de justicia en el plano constitucional que se necesitan para acompañar de eficacia aquella validez de los derechos fundamentales que ha sostenido nuestra Corte, en lo tendiente al interior del centro de trabajo. La adecuación del procedimiento ordinario a reglas más adecuadas a la tutela de los derechos fundamentales sigue como sustento y modelo, el adoptado por la república chilena en cuanto hace su procedimiento de tutela laboral. Deberán entonces ser reestructurados los siguientes relacionados al procedimiento:

Texto Vigente	Texto modificado
---------------	------------------

Artículo 689. Son partes en el proceso del trabajo, las personas físicas o morales que acrediten su interés jurídico en el proceso y ejerciten acciones u opongan excepciones.

Artículo 689. Son partes en el proceso del trabajo, las personas físicas o morales que acrediten su interés jurídico en el proceso y ejerciten acciones u opongan excepciones.

Cuando se trate de conflictos en donde se tutelen derechos fundamentales, podrá incoar el procedimiento y constituirse como parte el trabajador u organización sindical que, invocando un derecho o interés legítimo, considere lesionados derechos fundamentales en el ámbito de las relaciones jurídicas que guardan con el patrón.

Artículo 777.- Las pruebas deben referirse a los hechos controvertidos cuando no hayan sido confesados por las partes.

Artículo 777.- Las pruebas deben referirse a los hechos controvertidos cuando no hayan sido confesados por las partes.

Sólo se recibirá prueba indirecta o indico, tratándose de actos sobre los que se alegue vulneración de derechos fundamentales. Si de ellos, así como de los antecedentes de los hechos aportados por la parte actora se evidencian actos lesivos de estos derechos, corresponderá al demandado acreditar la idoneidad, imprescindibilidad y proporcionalidad de ellos.

Artículo 841. Las sentencias se dictarán a verdad sabida y buena fe guardada, y apreciando los hechos en conciencia, sin necesidad de sujetarse a reglas o formulismos sobre estimación de las pruebas, pero los tribunales están obligadas estudiar pormenorizadamente las rendidas, haciendo la valoración de las mismas. Asimismo. expresarán los motivos y fundamentos legales en que se apoyan.

Artículo 841. Las sentencias se dictarán a verdad sabida y buena fe guardada, apreciando los hechos en conciencia. Cuando se aduzca menos cabo de derechos fundamentales por un acto o aplicación de una norma, se resolverá previo juicio de proporcionalidad y en su caso ponderando los derechos en colisión de las partes.

Para ello no necesitará de sujetarse a reglas o formulismos sobre estimación de las pruebas, salvo a la sana crítica, pero los tribunales están obligados a estudiar pormenorizadamente las rendidas, haciendo la valoración de las mismas.

Asimismo, expresarán los motivos y fundamentos legales en que se apoyan.

Artículo 857.- El secretario instructor del Tribunal, a petición de parte, podrán decretar las siguientes providencias cautelares: I. Arraigo, cuando haya temor de que se ausente u oculte la persona contra quien se entable o se haya entablado una demanda; y

II. Embargo precautorio, cuando sea necesario asegurar los bienes de una persona, empresa o establecimiento. Artículo 857.- El secretario instructor del Tribunal, a petición de parte, podrán decretar las siguientes providencias cautelares: I. Arraigo, cuando haya temor de que se ausente u oculte la persona contra quien se entable o se haya entablado una demanda; y

- II. Embargo precautorio, cuando sea necesario asegurar los bienes de una persona, empresa o establecimiento.
- III. Suspensión del acto motivo de reclamación, para aquellos casos en que de la demanda se advierta que el acto constituye una violación o menoscabo de derechos fundamentales, cuya continuidad pueda devenir en afectaciones irreversibles.

Procedimiento ordinario

Artículo 870.- Las disposiciones de este capítulo rigen para el procedimiento ordinario y en lo que resulte aplicable a los procedimientos especiales.

El procedimiento ordinario aplicará en aquellos conflictos individuales y colectivos de naturaleza jurídica que no tengan una tramitación especial en esta Ley.

Procedimiento ordinario

Artículo 870.- Las disposiciones de este capítulo rigen para el procedimiento ordinario y en lo que resulte aplicable a los procedimientos especiales.

El procedimiento ordinario aplicará en aquellos conflictos individuales y colectivos de naturaleza jurídica que no tengan una tramitación especial en esta Ley., así como los que busquen dirimir las controversias en relación laboral por aplicación de las normas laborales, que afecten los derechos fundamentales de los trabajadores, aquellos que devengan en actos discriminatorios y en general todo contra todo acto que lesione la esfera del trabajador cuando el ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador limita el pleno ejercicio de aquéllas sin justificación suficiente, en forma arbitraria o

desproporcionada, o sin respeto a su contenido esencial de dignidad.

Toda represalia en perjuicio del trabajador por motivos del ejercicio de una queja o acción en términos del presente artículo, será considerada lesiva de derechos fundamentales de igual manera.

Las adiciones anteriores prevén el interés legítimo para actuar con la calidad de parte en el juicio laboral, por lo que amplía con ello la posibilidad de que no baste la afectación concreta de un derecho, sino abre la oportunidad a organizaciones como las sindicales a constituirse como parte por motivos de la relación jurídica que guardan con los centros de trabajo donde se origina el acto lesivo.

La amplitud en cuanto hace a la prueba indirecta, permite facilitar el acceso a demostrar ante la autoridad laboral los indicios necesarios para valoración de los principios de proporcionalidad que debe de investir a todo acto patronal en ejercicio de sus facultades de mando y dirección. Se salvaguarda de igual manera el derecho de acción de tutela de los derechos fundamentales frente a posibles represalias patronales y se precisa la competencia del procedimiento ordinario para la aplicación de reglas especiales tratándose de controversias en donde se dirima la protección de derechos fundamentales.

Sirvan estas especificaciones en la ley para procurar con ello el surgimiento concreto de la eficacia transversal y mediata de los derechos fundamentales en las relaciones de trabajo, como parte de las propuestas a las que esta investigación buscó llegar en razón al análisis de la legislación nacional vigente.

Conclusiones Generales

Primera: La dignidad de la persona constituye el núcleo implícito en todo derecho humano.

Segunda: La fundamentalización de un derecho implica la proyección de éste a manera de principio rector en todo el derecho sustantivo propio del marco jurídico en donde guarda vigencia.

Tercera: Los derechos fundamentales en su condición de límites al poder, adquieren vigencia en las relaciones entre particulares constituyendo así una eficacia horizontal cuando la relación de coordinación entre los sujetos se desequilibre por factores materiales o económicos.

Cuarta: Los vínculos de trabajo constituyen relaciones de poder que por ley, establecen un desequilibrio entre los contratantes al quedar sometido uno de ellos al poder jurídico de mando del otro. La relación de los contratantes crea un vínculo transversal, al carecer de la horizontalidad de las relaciones de coordinación o bien la verticalidad que impera entre los gobernados y los entes soberanos del estado.

Quinta: El derecho sustantivo admite la plena validez de los derechos fundamentales en el trabajo, es decir la actualización de estas prerrogativas como límites a las voluntades patronales en el ejercicio del vínculo laboral. Por ende media la dirección transversal entre los sujetos que integran las relaciones de trabajo.

Sexta: Todo derecho fundamental que adquiere validez en un sistema jurídico, debe de contar con la debida garantía para su protección. En este sentido el aspecto de eficacia de los derechos fundamentales requiere de los mecanismos jurisdiccionales adecuados para su tratamiento, pues de lo contrario se contemplaría un derecho vacío.

Séptima: La eficacia de los derechos fundamentales puede devenir en dos vertientes, directa o inmediata (como en el caso de la no discriminación) o bien mediata o indirecta (aquella que requiere de la valoración de un órgano jurisdiccional que resuelva sobre la legitimidad de un acto).

Octava: La eficacia transversal de los derechos Fundamentales en el Trabajo es necesaria para la adaptación de la protección de los derechos fundamentales frente a los cambios y retos que presentan las nuevas normas del trabajo, los nuevos medios de administrar la relación de trabajo así como los fenómenos que se generan por las nuevas formas de ejercer el poder de dirección del empleador o patrón.

Novena: La nueva reflexión que las normas haces respecto de los principios clásicos del derecho del trabajo, denota la necesidad de que la justicia laboral robustezca la tutela de los derechos fundamentales en el trabajo.

Décima: Pese a que México constituyó fuente de innovación para la validez y justiciabilidad de los derechos sociales, en la actualidad la materia del trabajo presenta un rezago en cuanto a la tutela de los derechos fundamentales en las relaciones laborales.

Décimo primera: Del estudio comparado de legislaciones México - Chile se desprende que a nivel constitucional ambas naciones prevén la vigencia de los derechos fundamentales en su aspecto específico laboral.

Décimo segunda: En ambos países, la jurisprudencia destaca la vigencia de los derechos fundamentales en el seno del centro de trabajo; con la salvedad que es en el país andino en donde se tienen mayor cantidad de criterios con casi una década de experiencia. La experiencia mexicana a nivel jurisprudencial emana de criterios sostenidos a partir del año 2014.

Décimo tercera: Es en las legislaciones ordinarias laborales donde ambos países presentan mayor distanciamiento. La Ley 19,759 de Chile adicionó al Código de Trabajo el reconocimiento en el derecho sustantivo de la validez de los derechos fundamentales como límites a los derechos del empleador frente a sus empleados; así como la prohibición de actos discriminatorios por el ejercicio del poder de dirección. La Legislación mexicana únicamente ha asimilado el principio de no discriminación, privándose del estudio de la proporcionalidad de los actos empresariales frente a los derechos fundamentales de los trabajadores.

Décimo Cuarta: Las acciones generales de amparo en ambos países, carecen de eficacia normativa para el tratamiento de los derechos fundamentales en el ámbito laboral, siendo que en Chile sus efectos no son suficientes y en México carece de aplicación al no ser de aplicación general para actos de particulares. Dichas deficiencias son resueltas por el país andino mediante la concreción de un juicio ad hoc a las relaciones laborales.

Décimo quinta: El juicio de tutela laboral previsto en el artículo 485 del Código Laboral Chileno sienta las bases de un mecanismo de protección de derechos fundamentales con vigencia de la relación del trabajo o con ocasión al despido. México cuenta con la necesidad de avanzar en esa línea para perfeccionar su procedimiento y estar en condiciones de resolver conflictos de esta naturaleza.

Décimo sexta: México cuenta con la necesidad de avanzar en esa línea para perfeccionar sus procedimientos y estar en condiciones de resolver conflictos de esta naturaleza. Por tal motivo es necesario una modernización tanto en el organismo de fiscalización por conducto de la Inspección del Trabajo, el Servicio Nacional de empleo; cuando se trate de violaciones precontractuales y con relación laboral vigente.

Décimo séptima: Tratándose de Juntas de Conciliación y Arbitraje o en su momento los tribunales laborales, la legislación deberá de dotarles de un procedimiento con características especiales para la resolución de conflictos sobre menoscabo de derechos fundamentales en las relaciones de trabajo. Cambios en materia probatoria, de legitimación activa y juicio de proporcionalidad y ponderación deberán de robustecer esta garantía procesal.

Décimo octava: La Eficacia Transversal de los Derechos Fundamentales en las Relaciones de Trabajo, se encuentra en desarrollo en el país, el primer avance parte del reconocimiento de vigencia de estos derechos al interior del centro de trabajo a partir de la tesis jurisprudencial 1a. CDXXVIII/2014 de

rubro Derechos fundamentales en el ámbito empresarial. Reconocimiento de los derechos que como personas poseen los trabajadores. Donde se reconoce que por lo menos en el derecho sustantivo se produce. La eficacia se alcanzaría a partir de que se dote de una garantía procesal adecuada las características de tratamiento de estos conflictos. La república chilena es un buen paradigma inicial para su constitución.

BIBLIOGRAFÍA

- Alexy, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2ª edición, Madrid, 2012
- Ávila Guerrego Maria Elena et al. "el carácter socio histórico del género: cultura roles, ética y moral", en Mendizabal Bermúdez, Gabriela. (coord.) Equidad de Género y protección social, México, Porrúa, 2014
- Brenes Rosales, Raymundo. *Antología Introducción a los Derechos Humanos.* 1ª. Reimpresión de 1ª. Edición. Costa Rica. Euned. 1993.
- Camacho Solís, Julio Ismael. "Mecanismos y normas de protección en las relaciones laborales" en Mendizabal Bermúdez, Gabriela et al (coord.) Condiciones de trabajo y seguridad social, México, Unam, 2012
- Carrasco Fernández, Felipe. "Análisis del Contrato a prueba en la legislación mexicana y centroamericana". En García Flores, Jacinto et al (coords.)El derecho del Trabajo y la seguridad social en la globalización, México, Porrúa, 2011
- Caamaño Rojo, Eduardo. "La eficacia de los Derechos Fundamentales en las relaciones laborales y su reconocimiento por la dirección del trabajo", Revista de Derecho
- Cilia López José Francisco. Los Jueces Nacionales Frente a Derechos Humanos. México. Porrúa 2013.
- Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México
- Confederación Federal del Trabajo de la República de la Argentina. Trabajo decente para una vida digna. Buenos Aires. Organización Internacional del Trabajo. 2011. En

- http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-buenos_aires/documents/publication/wcms_bai_pub_130.pdf
- Colmenares Bastidas, Ana María. Los Derechos Laborales Inespecíficos. Enfoque en el Derecho Venezolano. Revista Latinoamericana del Derecho Social. México. num. 13 julio diciembre 2011
- Declaración Universal de los Derechos Humanos
- De la Cueva Mario. El Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo. 22ª.ed.. Porrúa. México.2009 t.1
- De la Cueva Mario. EL nuevo derecho del trabajo, 15^a ed. México, Porrúa, 2008 t. II
- Del Rosario Rodríguez Marcos. *La Universalidad y Primacía de los derechos humanos*. México. Ubijus 2012.
- Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española
- Diccionario jurídico El Derecho. 2ª ed. Madrid. El derecho y Quantor. 2009.
- Enciclopedia Jurídica Latinoamericana. México Universidad Nacional Autónoma de México-Porrua, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006. t.IV
- Esquella Agustín et al, Derechos Humanos: ¿invento o descubrimiento? Fontamara Madrid-México 2013
- Fierro Ferraez, Ana Elena y Abreu Sacramento, José Pablo. Derechos Humanos, Derechos Fundamentales y Garantías Individuales. México. Oxford University Press. 2012.
- Ferrajoli, Luigi. "Contra los poderes salvajes del mercado" en Carbonell, Miguel. Estrategias y propuestas para la reforma del Estado, 2ª ed., México, IIJ-UNAM, 2002,
- Ferrajolli, Luigi. Derechos y garantías. Trotta 7ª edición Madrid. 2010
- Fernández de Oliviera, Michelle Vieira. La Ciudadanía Incompleta los Derechos Económicos y Sociales en la periferia Urbana de Brasil. Universidad de Salamanca. Salamanca. 2014
- Gaceta del Semanario Judicial de la Federación
- García Schwarz, Rodrigo. Los Derechos Sociales como Derechos Humanos Fundamentales. México. Porrúa. 2011
- Gómez Rodríguez, Juan Manuel. "El papel de los adultos mayores en la conciliación de la vida laboral y familiar. Una perspectiva de su autonomía" en Mendizabal Bermúdez, Gabriela (coord.) Equidad de Género y protección social, México, Porrúa, 2014
- Mendizabal Bermúdez, Gabriela. *El acoso laboral y la seguridad social*, México, Porrúa, 2013,

- Gómez Rodríguez, Juan Manuel. Los Efectos de la economía informal, en Mendizabal Bermúdez, Gabriela et al (coord.) Condiciones de trabajo y seguridad social, México, Unam, 2012
- Gómez Rodríguez Juan Manuel. "¿una ciudadanía laboral para la globalización? Retos y Perspectivas." En González Chévez, Hector (coord.) Derechos Humanos, Reforma Constitucional y Globalización. México, Fontamara, 2014.
- Goñi Sein, José Luis. "Los derechos fundamentales inespecíficos en la relación de trabajo" en Los derechos fundamentales inespecíficos en la relación laboral y en materia de protección social. Pamplona, Cinca, 2014.
- Gutiérrez Pérez Miguel. Ciudadanía en la empresa y derechos fundamentales inespecíficos, Murcia, Laborum, 2011
- Gutiérrez Gutiérrez, Ignacio. Criterios de eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares.
- Hernández Cruz Armando. Los Derechos Económicos Sociales y su Justiciabilidad en el Derecho Mexicano. UNAM-IIJ 2010 en biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2810/pl2810.htm
- Herrera Ortiz, Margarita. Manual de Derechos Humanos. 5^a. Ed. México, Porrúa 2011
- Islas Colín, Alfredo. Sánchez Cano, Julieta Evangelina. (coords.) Derechos Humanos Frente a una Sociedad Globalizada. México., Porrúa. 2013
- J. Bastida Francisco. "Son los derechos sociales derechos fundamentales" Derechos sociales y su ponderación. 2ª ed. Fontamara. Madrid-México 2013
- José Luis Ugarte Cataldo. El Nuevo Derecho del Trabajo Santiago de Chile Editorial Universitaria. 2004
- Katz, Harry et al. "La polémica de la convergencia o divergencia en las relaciones laborales en el ámbito internacional", en Hernández Romo, Marcela (coord.) Los nuevos estudios laborales en México perspectivas actuales, México, Miguel Ángel Porrúa, 2014,
- Kurczyn Villalobos, Patricia Apuntes sobre los derechos humanos en el ámbito laboral; los Derechos Sociales. México. Universidad Nacional Autónoma de México. 2014. En http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/8/3684/14.pdf.
- Kurczyn Villalobos, Patricia et al. Derecho Laboral Globalizado, México, Universidad Nacional Autónoma de México Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007 Ley Federal del Trabajo

- Loaiza Ponce José Armando. "Globalización, Humanismo y Derecho del Trabajo". En García Flores, Jacinto y Carrasco Fernández, Felipe. (Comp) EL Derecho del trabajo y la seguridad social en la globalización, México, Porrúa 2011, p. 260
- Macías Vázquez, Ma. Carmen. "Las nuevas formas de contratación y sus repercusiones en los derechos laborales. Estudio desde el marco jurídico laboral vigente", Revista Latinoamericana de Derecho Social, México, número 16, enero- junio 2013, pp. 83-121
- Mendizabal Bermudez, Gabriela y Ortega Maldonado, Juan Manuel (coords) Acoso Laboral Perspectivas Socio Jurídicas, México, Porrúa, 2016, Colección Acoso Laboral
- Mendizabal Bermúdez, Gabriela (coord.) Equidad de Género y protección social, México, Porrúa. 2014
- Mendizabal Bermúdez, Gabriela. Acoso laboral y seguridad social. México. Porrúa. 2013.
- Mendizabal Bermúdez, Gabriela. Prestaciones de seguridad social para los trabajadores informales de la tercera edad en México, Revista Internacional y comparada de relaciones laborales y derecho del empleo, volumen 2 número 4, octubre-diciembre de 2014
- Mendizabal Bermúdez Gabriela. Análisis de la responsabilidad empresarial en México frente a los trabajadores. Revista Latinoamericana de Derecho Social. México. Número 16 enero-junio 2013 pp. 132-133.
- Mijangos y González, Javier. Los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares. Porrúa, México, 2007 p. XXIII
- Montoya Melga, Alfredo. "Libertad de empresa y poder de dirección del empresario en las relaciones laborales". En Sánchez Trigueros, Carmen y González Díaz, Francisco A. (Directores) Libertad de empresa y poder de dirección del empresario. Navarra. Aranzadi. 2011.
- Muñoz León Fernando. Ciudadanía Laboral: crítica y defensa de un concepto jurídicopolítico Revista de Derecho Universidad Católica del Norte
- Murga Toraza, Rolando. "El Outsourcing y sus efectos en Panamá", en De Buen, Nestor (coord.) El Outsourcing visión Iberoamericana, México, Porrúa , 2011
- Ojeda Avilés, Antonio. La deconstrucción del trabajo, Madrid, La Ley, 2010
- Organización Internacional del Trabajo, misión y objetivos *en* Caris Gómez, Roberto. La Organización Internacional del Trabajo, su actividad normativa y sus convenios fundamentales Revista de la Facultad de Derecho de México. México, Número 241 2004

- Otero Parga, Milagros. *Dignidad y solidaridad dos derechos fundamentales*. México Porrua.2006
- Pablo Camargo, Pedro. Manual de Derechos Humanos. 4ª ed. Bogotá. Leyer. 2012
- Poquet Catalá, Raquel. *El Actual Poder de Dirección y Control del Empresario*, Navarra, Aranzadi, 2013
- ¿Qué es la globalización? En http://www.bancomundial.org/temas/globalizacion/cuestiones1.htm
- R. Beitz Charles. La idea de los derechos humanos. Trad. Hugo Omar Seleme/a. Fatauros. Madrid. Marcial Pons. 2012.
- Ramírez Luis Enrique (coord.). *Derecho del Trabajo y Derechos Humanos*. El derecho del trabajo y los Derechos Fundamentales del Hombre. Buenos Aires. 2008.
- Raso Delgue, Juan. "Outsourcing la respuesta uruguaya", en De Buen, Nestor (coord.) El Outsourcing visión Iberoamericana, México, Porrúa, 2011
- Reynoso Castillo, Carlos et al. Subcontratación un fenómeno global, México, UNAM-IIJ, 2011
- Reynoso Castillo, Carlos. Las transformaciones del concepto de empresa, revista Latinoamericana de derecho social, número 18, enero-junio 2014
- Rodríguez, Moreno Alonso, Origen y Positivización de los Derechos Humanos en México,
- Rojas Caballero, Ariel Alberto. Los Derechos Humanos en México. México. Porrúa. 2012.
- Sagardoy Bengoechea, Juan A. Los derechos fundamentales y el contrato de trabajo, Navarra, Aranzadi, 2005.
- Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta
- Tinoco García, Alicia Margarita. "El trabajo en las sociedades actuales", en Hernández Romo, Marcela (coord.) El trabajo en las sociedades actuales condiciones y ambientes laborales salud y vida cotidiana, México, Miguel Ángel Porrúa, 2014.
- Urrutikoetxea Barrutia, Mikel. *Acoso laboral y lesión de derechos fundamentales*, Albacete, Bomarzo, 2014 p. 109
- Vega Ruíz, María Luz y Martínez, Daniel. Los principios y derechos fundamentales Ginebra Organización internacional del Trabajo 2002

CUERNAVACA, MORELOS, A 24 DE MARZO DE 2016

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DEL ESTADO DE MORELOS FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DIVISIÓN DE ESTUDIOS SUPERIORES DR. FRANCISCO XAVIER GARCÍA JIMÉNEZ DIRECTOR DE LA DIVISIÓN DE ESTUDIOS SUPERIORES PRESENTE

ASUNTO: VOTO APROBATORIO RAZONADO LICENCIADO DANIEL FABELA MÉNDEZ

Me es grato saludarlo y, conforme a la designación que fui objeto como revisor de la tesis conforme oficio 054/02/17/DESFD del alumno mencionado al rubro, estando en tiempo y forma, me permito informarle que el trabajo del licenciado citado en mi criterio está satisfactoriamente concluido –faltando solamente la corrección de redacción y estilo profesional conforme nuestros lineamientos editoriales—, esta investigación la realizó bajo la dirección atinada del distinguido doctor Juan Manuel Gómez Rodríguez.

Conforme con lo anterior en congruencia emito mi voto aprobatorio razonado, en virtud de que el mencionado alumno terminó en tiempo y forma su labor de maestria cumpliendo con lo que ordena nuestra normatividad al respecto, su trabajo intelectual produjo como resultado final se tesis dentro de nuestro programa orgullosamente inscrito en el PNPC de CONACYT.

El trabajo en comento se llevó a cabo en cuatro capítulos, así en el desarrollo de la labor de investigación en el primero construyó un marco con los conceptos fundamentales de la eficacia transversal de los derechos fundamentales en las relaciones de trabajo.

En el capítulo segundo abordó el marco histórico de los derechos humanos en las relaciones laborales y el aspecto de la dinámica de los

1

mismos con la reforma constitucional del 10 de junio de 2011 que ha sido tan importante para nuestro país.

En el tercero investigó e con base en el derechos comparado la tutela de los derechos fundamentales entre México y Chile, también la jurisprudencia y la tutela laboral ante los jueces de letras.

El capítulo cuarto abarcó la fenomenología organizacional y jurídica de la incidencia en los derechos fundamentales y nuestro marco jurídico, la seguridad e higiene en el trabajo, así como la discriminación y el acoso laboral.

Termina con diversas conclusiones generales que llegan a la décima octava considerando que la república chilena "es un buen paradigma inicial para su Constitución".

Al despedirme lo hago cordialmente deseándole lo mejor en lo personal e institucional.

DR. JUAN DE DIOS CONZÁLEZ IBARRA. PTCD. FDCS. UJEM. SNI II. PRODEP.





Morelos Cuernavaca, 4 de abril de 2017

MTRO. PEDRO HURTADO OBISPO COORDINADOR DEL PROGRAMA EDUCATIVO PROGRAMA DE MAESTRÍA EN DERECHO Presente

Estimado Mtro. Hurtado,

En relación al Oficio 054/02/17DESFD donde me solicita ser parte de la Comisión Revisora del trabajo de tesis del Lic. Daniela Fabela Méndez, del Programa de Maestría en Derecho, doy mi VOTO APROBATORIO atendiendo a los siguientes puntos:

- La investigación que revisé cuenta con el aval de su asesor principal, Dr. Juan Manuela Gómez Rodríguez, por tanto asegura el seguimiento y aplicación de recomendaciones al contenido y desarrollado de la misma.
- Mis observaciones teóricas y metodológicas al trabajo de tesis advierten que el hilo conductor de los argumentos es claro, congruente con la noción de eficacia transversal de los derechos humanos en el ámbito laboral, incluye un desarrollo exhaustivo en términos de análisis jurídico del fenómeno, así como el intento de análisis comparado con la legislación chilena, que para efectos de eficacia debió operacionalizar con la revisión de investigaciones de corte crítico, toda vez que la experiencia chilena tiene varias reservas por la orientación de las reformas y sus consecuencias sociales.
- A mi juicio los elementos perfectibles de la investigación son:
 - a) Incluir claramente la pregunta de investigación, las hipótesis y los objetivos de la misma, con el fin de que en las conclusiones se compruebe si se cumplieron los objetivos planteados, más allá de una propuesta de solución jurídica como se planeta al final del texto. Por ejemplo en términos del problema, la redacción podría quedar más o menos así "¿Cuál es el estado actual de nuestros mecanismos jurisdiccionales frente a los retos que impone la

- permanente tutela para el cumplimiento de los derechos humanos en el trabajo?.
- b) De lo anterior se desprende que el estudiante deberá analizar: cuáles serían esos retos, el papel de las normas, etc, aspecto que si se cumple en el documento.

Sin otro particular, le saluda atentamente

Dra. Daniela Cerva Cerna

EMISIÓN DE VOTO

COORDINACION DE POSGRADO DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES PRESENTE

Me es muy grato dirigirme a nuestro Posgrado para la emisión de mi voto como Director de Tesis del alumno Daniel Fabela Méndez, respecto a su Tesis de Maestría titulada, "Eficacia transversal de los derechos fundamentales en las relaciones de trabajo" que para Optar al Grado de Maestría en Derecho, Programa educativo incorporado como Programa Nacional de Posgrado de Calidad (PNPC) en el CONACYT, ha presentado ante los miembros del Comité de Examen Tutoral correspondiente y cuya entrevista ha aprobado.

I. Valoración Metodológica y estructural

El Trabajo de investigación sometido a nuestra consideración, ha sido desarrollado bajo diferentes métodos en función de la premisa planteada: analizar la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones de trabajo desde una perspectiva transversal. Por esta razón se han utilizado los métodos deductivos, comparado y fenomenológico. Es importante caracterizar en el primer capítulo el análisis del marco conceptual de los derechos humanos y los derechos fundamentales. El estudio del sustentante en el empleo de los métodos utilizados en su trabajo parte de un análisis puntual del marco conceptual de los principales conceptos que vinculan su investigación: los derechos humanos y sus características, su efecto horizontal de los derechos fundamentales y su vertiente transversal, así como el papel del trabajador y de las entidades patronales en su protección El trabajo se desarrolla en cuatro capítulos como a continuación se expone:

Flux

La tutela de los derechos fundamentales en las relaciones de trabajo. Una perspectiva comparada México- Chile

El análisis puntual de los derechos humanos, relaciones laborales y los derechos fundamentales en el trabajo, ocupan al sustentante en el segundo capítulo en el que se abordan los elementos históricos, doctrinales, legales y constitucionales del trabajo. Además, se hace una narrativa de la evolución que ha tenido dicha protección y las aportaciones jurídicas del constitucionalismo mexicano. Aquí la deconstrucción operada en los últimos años, la descentralización productiva y la deslocalización del empleo y las TICs son analizadas desde una perspectiva crítica.

El estudio comparado de la tutela de los derechos fundamentales en las relaciones de trabajo en el contexto comparado de México y Chile, ocupan al sustentante en el tercer capítulo en el que se hace una valoración del plano constitucional hacia el marco normativo ordinario, así como el análisis de la jurisprudencia y los mecanismos de protección constitucional. Aquí es relevante el análisis de los procesos administrativos de verificación en donde los avances de Chile en cuanto a la tutela laboral son de gran relevancia en un contexto de incumplimiento y omisión reiterada de la legislación laboral mexicana

El tratamiento fenomenológico de la organización de las relaciones laborales. Una propuesta de reconfiguración desde la formación

El estudio de la dirección empresarial y las prácticas nocivas que afectan el cumplimiento de los derechos fundamentales, lleva al sustentante a plantear como propuesta mecanismos de control que orienten un cambio de paradigma en la forma de normar las relaciones laborales frente a actos previos o bien a actos con relación de trabajo vigente La Justificación de esta propuesta radica en la necesidad de instaurar instrumentos eficaces hacia una cultura de protección de los derechos laborales fundamentales que involucre a todas las autoridades públicas: jurisdiccionales y administrativas en su eficacia y cumplimiento, para equilibrar los intereses en juego.

El estudio realizado incide a mi juicio, en una de las carencias más acuciantes del ámbito legal en nuestro país, la falta de una perspectiva apropiada para el cumplimiento y eficacia de los derechos laborales fundamentales en México, así como la necesidad de establecer medidas de gestión y organización para el trabajo en un contexto de transformación del modelo productivo y de la

July

regulación de las relaciones laborales, Justifica su tratamiento en un estudio de investigación del Grado de Maestría

II. Evaluación final

Porque estimo que la Tesis contribuye, sin duda, a tratar una temática indispensable para reformular el papel que la eficacia transversal de los derechos fundamentales en materia laboral puede tener en el cumplimiento del Derecho del Trabajo en México, me es grato otorgar mi voto aprobatorio como Director de Tesis para que el sustentante pueda defender su trabajo ante el Sínodo que se conforme para tal efecto, no sin antes felicitar y reconocer el trabajo realizado y agradecer a la Coordinación de Posgrado mi designación como Director de Tesis de su Trabajo de investigación.

DR. JUAN MANUEL GOMEZ RODRIGUEZ

PITC, FDCS UAEM MORELOS, PERFIL PROMEP, SNI 1, CONACYT

3

En la ciudad de Cuernavaca, Morelos a 4 de abril 2017.

Asunto: Voto aprobatorio razonado

COORDINACION DE POSGRADO

DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

PRESENTE

Me es grato dirigirme a nuestro Posgrado en respuesta al oficio 054//02/17/DESFD donde se me designa como revisor de tesis del alumno Daniel Fabela Méndez, respecto a su trabajo de investigación; titulado "Eficacia transversal de los derechos fundamentales en las relaciones de trabajo", realizado bajo la dirección del Doctor Juan Manuel Gómez Rodríguez. Tesis de investigación sustentada con el objeto de optar al Grado de Maestria en Derecho, Programa educativo incorporado como Programa Nacional de Posgrado de Calidad (PNPC) en el CONACYT. En razón a lo anterior me permito informarle que el documento se encuentra satisfactoriamente concluido por lo que extiendo mi voto aprobatorio al tenor de las siguientes consideraciones:

En cuanto a la metodología y estructura que sustenta el trabajo de investigación se desprende el empleo de los métodos deductivos, comparado y fenomenológico. Se desprende un primer capítulo que contiene marco conceptual de los derechos humanos y los derechos fundamentales para arribar al estudio de la eficacia transversal de estos al interior de las relaciones laborales; así como el papel de los sujetos laborales en el desenvolvimiento de estos derechos durante el desarrollo del vínculo laboral.

Se advierte a su vez un segundo capítulo con el desarrollo de un marco histórico en el desarrollo de las legislaciones tutelares de derechos humanos y derecho del trabajo, su proceso de elevación a rango constitucional; así como el desarrollo de la reglamentación necesaria para evidenciar la validez de estos derechos al interior de las relaciones de trabajo; ilustra con ello la necesaria búsqueda de criterios que hagan efectiva dicha tutela.

Continúa su investigación con el desarrollo de un tercer capítulo que analiza de forma comparada la situación dos países en lo que respecta al tratamiento de justiciabilidad de derechos fundamentales al interior de las relaciones de trabajo. El estudio comparado se enfoca en México y Chile desde su plano constitucional hacia el marco normativo ordinario, así como el análisis de la jurisprudencia y los mecanismos de protección constitucional, administrativos y jurisdiccionales. La importancia de dicho ejercicio, radica en que a partir de la experiencia chilena en la tutela de derechos fundamentales en las relaciones de trabajo, se puede ver los vacíos con los cuentan nuestras autoridades nacionales.

Concluye su tesis, mediante el desarrollo de un cuarto capítulo con una descripción fenomenológica de supuestos que vulneran derechos fundamentales en el desarrollo del empleo, por lo que aborda el sustentante la necesidad de plantear mecanismos de control que orienten un cambio de paradigma en la forma de normar las relaciones laborales frente a actos previos o bien a actos con relación de trabajo vigente, que cumplan con las características y principios de la justicia en materia de derechos fundamentales entres los sujetos de las relaciones laborales.

En suma, considero que la investigación analizada justifica su tratamiento documento apto para la obtención del Grado de Maestría, ello aborda un tema novedoso y apremiante como lo es la concreta eficacia transversal de los derechos fundamentales en materia laboral mediante la consolidación de las autoridades laborales, con el propósito de que incursionen en el ámbito de la justicia constitucional entre los sujetos laborales, mecanismo idóneo, efectivo y vigente para ello.

En razón a lo anterior, <u>otorgo mi voto aprobatorio a la investigación</u> para que el sustentante pueda defender su trabajo frente al Sinodo que para tal efecto esta Coordinación de Posgrado designe.

1 40111111

Dr. Juan Manuel Ortega Maldonado

PITC, FDCS UAEM. SNI I PRODEP



Universidad Autónoma del Estado de Morelos Facultad de Derecho y Ciencias Sociales



Cuernavaca, Mor., abril 29 del 2019

C. COORDINADOR DE LA DIVISIÓN DE ESTUDIOS DE POSGRADO DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE LA UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DEL ESTADO DE MORELOS. P R E S E N T E.

Muy Distinguido Coordinador:

El LIC. DANIEL FABELA MÉNDEZ, alumno del programa de Maestría en derecho, acreditada ante el PNPC (CONACYT), ha presentado al suscrito un trabajo de investigación que lleva por título "EFICACIA TRANSVERSAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LAS RELACIONES DE TRABAJO", con el cual pretende optar por el grado de Maestro en Derecho.

El Lic. Fabela Méndez, concluyo el trabajo en cuestión y que, desde mi muy particular punto de vista, reúne los requisitos reglamentarios y estatutarios, establecidos por la Legislación Universitaria de nuestra alma mater, y por este conducto le otorgo mi voto aprobatorio.

El trabajo presentado por el LIC.DANIEL FABELA MÉNDEZ, desde mi personal punto de vista, merece este voto, así como la autorización para que si usted no tiene inconveniente se le pueda conceder el derecho de presentar el exámen de grado de Maestro en Derecho.

Aprovecho la oportunidad para enviarle un afectuoso saludo y despedirme como siempre a sus respetables órdenes.

DR. JULIO CABRERA DIRCIO

PROF. INVEST. T. C. DE LA FACULTAD DE DERECHO Y C. S. DE LA U.A.E.M.

Av. Universidad 1001 Col. Chamilpa Cuernavaca, Mor. C.P. 62209 Tel (7)3297061 pagina web www.derecho.uaem.mx dr.juliocabreradircio@hotmail.com