
Diálogo sobre la protección jurisdiccional de los derechos a la salud, educación, trabajo, seguridad social y medio ambiente sano en países de América Latina

**INFORME DE TRABAJO
SEGURIDAD SOCIAL Y EDUCACIÓN**



NOMBRE DE LA PUBLICACIÓN

Diálogo sobre la protección jurisdiccional de los derechos a la salud, educación, trabajo, seguridad social y medio ambiente sano en países de América Latina

AUTORES Y AUTORAS DE INVESTIGACIONES**INFORME TRABAJO, SEGURIDAD SOCIAL Y EDUCACIÓN**

Soledad García Muñoz ©

Amanda Gutiérrez ©

Carolina Martins Marinho ©

Adriana Silva Maillart ©

Oswaldo Ernesto Feusier Ayala ©

Cristina Janeth Castellón de Feusier ©

Mario Cruz Martínez ©

Tamara Antonia Hernández Juárez ©

Viviana Krsticevic ©

COORDINADOR

Gonzalo Fibla

DIAGRAMACIÓN E IMPRESIÓN

Cipod

Registro de Propiedad Intelectual:

ISBN: 978-956-8491-67-3

Centro de Estudios de Justicia
de las Américas (CEJA)
Rodó 1950, Providencia, Santiago, Chile

EDICIÓN DE TEXTOS

Arlette Riquelme - Emerson Valenzuela

DISEÑO DE PORTADA

Camila Fisher

Año: 2019

Distribución gratuita

**Diálogo sobre la protección
jurisdiccional de los derechos
a la salud, educación, trabajo,
seguridad social y medio
ambiente sano en países de
América Latina**

INFORME DE TRABAJO, SEGURIDAD SOCIAL Y EDUCACIÓN

PROYECTO

Diálogo sobre la protección jurisdiccional de los derechos a la salud, educación, trabajo, seguridad social y medio ambiente sano en países de América Latina y el Caribe

EQUIPO GIZ - DIRAJus

Helen Ahrens, Directora Proyecto DIRAJus
Walter Albán
Manuel Jacques
Alexander Schubert

EQUIPO CENTRO DE ESTUDIOS DE JUSTICIA DE LAS**AMÉRICAS (CEJA)**

Jaime Arellano, Director Ejecutivo
Marco Fandiño, Director de Estudios y Proyectos
Paula Mesa, Directora de Comunicaciones y Relaciones Públicas
Gonzalo Fibla - Matías Sucunza, Coordinación de proyecto
Alejandra Bocardo, Investigadora
Ananías Reyes, Investigador
Juan José Martínez, Investigador
Tatiana Orantes, Pasante

ASESORÍA EXPERTA

Soledad García, REDESCA - CIDH
Horacio Etchichury, Universidad Nacional de Córdoba
Viviana Krsticevic, CEJIL

Contenido

Prólogo	7
Presentación de la publicación	9
Derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA) en el sistema interamericano desde la perspectiva de la relatoría especial sobre DESCAs de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH): la evolución de su protección, la situación actual y el acceso a la justicia. SOLEDAD GARCÍA MUÑOZ	13
Transiciones en el acceso al trabajo digno de personas privadas de libertad en Argentina: los alcances y limitaciones del fallo “Képych, Yuri Tiberiyevich y otros s/ habeas corpus”. AMANDA GUTIÉRREZ	33
La trayectoria del proceso estructural del derecho a la educación de niños en São Paulo/ Br. CAROLINA MARTINS MARINHO	53
O direito ao trabalho e às condições justas, equitativas e satisfatórias de emprego: o contrato intermitente previsto pela reforma trabalhista brasileira e seus impactos sociais e econômico. ADRIANA SILVA MAILLART	77
El acceso a la justicia en el trabajo doméstico remunerado en El Salvador. Análisis de caso. OSWALDO FEUSIER AYALA Y CRISTINA CASTELLÓN DE FEUSIER	99
La justiciabilidad del derecho humano a la seguridad social en México: el fallo de la Suprema Corte de Justicia de la Nación sobre las mujeres trabajadoras del hogar, Amparo, 9/2018. MARIO CRUZ MARTÍNEZ Y TAMARA HERNÁNDEZ JUÁREZ	117
El derecho interamericano como herramienta para la autonomía y el desarrollo: notas sobre el derecho al trabajo digno, la seguridad social y a la educación. VIVIANA KRSTICEVIC	141

Prólogo

En el año 2015, los 193 Estados miembros de las Naciones Unidas aprobaron la Agenda 2030 y sus 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS), que constituyen un enfoque integrado para abordar los desafíos del desarrollo inclusivo. “No dejar a nadie atrás” es uno de sus principios lemas. La Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) estableció en 2016 el Foro de los Países de América Latina y el Caribe sobre el Desarrollo Sostenible para dar un seguimiento específicamente al desarrollo inclusivo en la región latinoamericana. Durante su encuentro cuatrienal en Abril 2019, este Foro constató que la región sigue siendo una de las más desiguales. Ello se pone de manifiesto no solamente en las elevadas disparidades en la distribución del ingreso, sino también en múltiples brechas en los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales.

Los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA) se encuentran regulados tanto al nivel universal, como interamericano y nacional. Al nivel universal, en 1966, se promulgaron los DESC mediante la ratificación que la Asamblea General de las Naciones Unidas hizo de los dos pactos básicos de Derechos Humanos: el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Pidesc) y el Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos. Posteriormente, en 1968, al nivel interamericano, la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA) aprobó y abrió a ratificación la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH); y finalmente, se adiciona a esta Convención, en 1988, el Protocolo de San Salvador (PSS) que complementa los DESC por el derecho a un medio ambiente sano.

¿Cuánto de este impresionante paquete de DESC del Derecho Internacional Público ha sido reconocido por los países latinoamericanos? No siendo aquí el lugar apropiado para dar una respuesta detallada se puede constatar que, fuera de Cuba, todos los países de América Latina y el Caribe han ratificado el PIDESC, pero que sólo 16 de los 34 países de la OEA han ratificado el Protocolo de San Salvador. Más allá, los 25 Estados Parte de la CADH se han comprometido a “adoptar providencias (...) para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la OEA (...) por vía legislativa u otros medios apropiados” (Art.26 CADH). Y, en efecto, a partir de los años 90 del siglo pasado muchos de los DESC han sido incluidos en las nuevas Constituciones de los países latinoamericanos. En esta línea algunas califican al Estado respectivo como Estado Social de Derecho.

¿Qué es un Estado Social de Derecho? En términos muy generales, es uno que garantiza un nivel de vida justo para todos sus habitantes y mitiga los riesgos sociales a través de los DESC y apoya a grupos desfavorecidos, no por misericordia sino por sus obligaciones legales o contractuales. Los beneficios no se otorgan de forma discrecional. Más bien, las personas son titulares de derechos y, en consecuencia, pueden reclamar sus beneficios frente a la Justicia.

Surge entonces la pregunta si la ratificación de los DESC y su anclaje en las respectivas Constituciones justifica calificar el modelo estatal en América Latina efectivamente como basado en Estados Sociales de Derecho. ¿Están dirigidas las instituciones estatales a cumplir efectivamente con los DESC para beneficio de los ciudadanos? ¿Las personas son titulares de sus derechos y, en consecuencia, pueden hacer valer sus derechos vía el poder judicial en caso de incumplimiento o vulneración por estas instituciones?

El proyecto “Derecho Internacional Regional y Acceso a la Justicia – DIRAJus” de la cooperación alemana/GIZ parte del entendimiento común de que un acceso efectivo a la

justicia es importante para el goce de los derechos fundamentales. Ello vale también para los DESCAs cuando las intervenciones sociales de las instituciones estatales no los garantizan. En estos casos, las decisiones y acciones judiciales deberán promover e impulsar la interpretación judicial de los DESCAs, convirtiéndose en determinantes para la ruta recorrida por las políticas públicas. Así ellas contribuirán también a la implementación de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible.

En el año 2016, el Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA) y el proyecto DIRAJus realizaron una primera Convocatoria para estudiar con profundidad los desafíos actuales que enfrenta la plena aplicación del derecho de acceso a la justicia. Ella culminó con una publicación conjunta sobre el tema. En ella se detallan los múltiples obstáculos que enfrenta la efectiva materialización de este derecho. En el campo teórico, pero también material, los grandes ausentes que explican las carencias pareciera ser el reconocimiento y comprensión de los derechos subjetivos de las personas. En esencia, estos son la expresión de la capacidad de los individuos para expresarse frente a la comunidad y, especialmente, al Estado, para manifestarse como tales contra la no integración, exclusión, discriminación etc.

En un segundo llamado, CEJA y el proyecto DIRAJus realizamos a comienzos del año 2019 una Convocatoria de juristas y abogados, estudiosos y activistas de los DESCAs en la región de la CADH y del PSS, para iniciar un diálogo regional sobre experiencias respecto del rol del poder judicial en la materialización de estos derechos en sus respectivos países. Se presentaron más de 70 propuestas de trabajos a la Convocatoria, de los cuales se seleccionaron 20 para su elaboración detallada.

Los trabajos presentados a la Convocatoria CEJA/DIRAJUS sobre DESCAs que se encuentran publicados en este libro están dirigidos a analizar situaciones, desarrollos, lugares y formas específicas de su afectación. Se trata de discutir donde y porqué, con qué efectos y por quienes estos derechos son puestos en duda o negados. Y discutir cómo mejorar su "efectivización" o materialización. Los trabajos y los resúmenes elaborados por los expertos muestran que la necesidad de defender los DESCAs frente al Estado mediante la Justicia resulta estar llena de contradicciones y obstáculos. De allí que, en resumen, su impacto en la vida real de las naciones y el bienestar individual de sus habitantes muchas veces quede en entredicho.

Tanto la colección tan variada de trabajos sobre DESCAs como los resúmenes de los expertos que acompañaron su elaboración constituyen un rico material de análisis. Procesarlo requiere todavía una mayor consideración del debate universal sobre derechos humanos y específicamente DESCAs, y de sus expresiones locales, que aquel a los que los autores han podido recurrir y/o utilizar para sus propios trabajos. Ello se debe a la complejidad de la materia y el poco tiempo disponible para su procesamiento. Es el inicio del debate. Ha comenzado bien y de continuar promete mucho.

Corresponde agradecer al Director Ejecutivo de CEJA, Jaime Arrellano, como al Director de Estudios y Proyectos, Marco Fandiño y al equipo de CEJA conformado por Gonzalo Fibla, Ananías Reyes y Alejandra Bocado tanto por su confianza en la cooperación con el proyecto DIRAJus como por la ejecución de la Convocatoria. Agradezco también al equipo de asesores académicos de DIRAJus conformado por Walter Albán, Manuel Jacques y Alexander Schubert. Continuar la reflexión iniciada sobre el rol de los DESCAs como derechos esenciales en América Latina y el rol de la Justicia en su reconocimiento pleno seguirá constituyendo un gran desafío.

Dr. iur. Helen Ahrens
Directora del proyecto DIRAJus

Presentación de la publicación

1. INTRODUCCIÓN

En el marco del proyecto “Diálogo sobre la protección jurisdiccional de los derechos a la salud, educación, trabajo, seguridad social y medio ambiente sano en países de América Latina y el Caribe” el Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA) y el proyecto DIRAJus de la Agencia de Cooperación Alemana GIZ realizaron un llamado abierto orientado al desarrollo de estudios de caso en la región. Esta invitación estuvo dirigida a profesionales, especialistas, academia, grupos, instituciones y organizaciones activas en la promoción y defensa de los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (DESCA) de América Latina y el Caribe.

El foco del llamado estuvo dado en la exigibilidad y justiciabilidad de los DESCAs. La convocatoria retoma una cuestión que se desprende del Preámbulo del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (“Protocolo de San Salvador”):

“(...) la estrecha relación que existe entre la vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales y la de los derechos civiles y políticos, por cuanto las diferentes categorías de derechos constituyen un todo indisoluble que encuentra su base en el reconocimiento de la dignidad de la persona humana, por lo cual exigen una tutela y promoción permanente con el objeto de lograr su vigencia plena, sin que jamás pueda justificarse la violación de unos en aras de la realización de otros (...).”

Desde la exigencia de una tutela efectiva y partiendo del hecho que el Protocolo se dirige al Estado en su conjunto, surge una pregunta central: ¿en qué medida han contribuido los sistemas judiciales a asegurar que los beneficios de la proclamación de los DESCAs alcancen a toda la población de los respectivos países, garantizando su plena exigibilidad y justiciabilidad? En este contexto, CEJA y el proyecto DIRAJus, convocaron a iniciar un diálogo regional respecto del rol de la Justicia en la materialización de estos derechos. Para ello se partió del relato de una situación específica de afectación, violación o reconocimiento total o parcial de uno o más DESCAs (conflictos concretos en los que los autores y autoras hayan trabajado o conozcan), especificando cómo surgió el conflicto, de qué manera se lo identificó y cuáles son las causas a las que responden; los intereses en juego; las estrategias, actividades y acciones de abordaje y articulación con actores sociales; la construcción del conflicto en caso judicial y su institucionalización; las limitaciones y externalidades que explican y rodean la causa judicial, su procesamiento y resultado; y, los demás elementos esenciales o accesorios, estructurales o contingentes, que hayan condicionado o posibilitado en el caso en concreto, la exigibilidad y justiciabilidad de los DESCAs en cuestión.

El propósito de iniciar este diálogo fue también el de reunir distintas experiencias en varios países de la región, posibilitando una reflexión sustantiva sobre la cuestión de los DESCAs en una dimensión que trascienda la perspectiva local y permita un análisis comparado a nivel regional. Así, fruto de este llamado abierto y plural se recibieron más de 60 propuestas de investigación. En la primera fase del proyecto se seleccionaron 20 de ellas para continuar con un intenso trabajo de seguimiento. En el proceso de acompañamiento de los trabajos

participó el CEJA y la agencia GIZ. Además, se contó con la asesoría técnica de Horacio Etchichury (Universidad Nacional de Córdoba), Viviana Krsticevic (CEJIL) y Soledad García Muñoz (REDESCA – Comisión Interamericana de Derechos Humanos).

El proceso de pesquisa culminó con 19 trabajos finales que se compilan en esta publicación compuesta de tres volúmenes y que constituyen un aporte a la reflexión teórica y práctica de los DESCA en América Latina. Se suman a estos estudios locales tres informes reflexivos. El primero de ellos fue realizado por Horacio Etchichury y aborda la situación de la justiciabilidad del derecho al medioambiente. El segundo se aboca al derecho a la salud y a la alimentación y fue elaborado por Alejandra Bocado, Gonzalo Fibla y Ananías Reyes de CEJA. El tercer informe global fue preparado por Viviana Krsticevic y ahonda en algunos desafíos del derecho al trabajo, seguridad social y educación. Por su lado, la Relatora Especial DESCA Soledad García Muñoz plantea en un informe global algunas líneas de trabajo y horizontes de la agenda regional en la materia y que sirve de punto de partida a la reflexión.

2. METODOLOGÍA DE LAS INVESTIGACIONES

Investigaciones locales

La selección de los casos, así como el objetivo de estudio fue delimitado por los propios autores y autoras, teniendo en consideración la relevancia de la temática para los derechos humanos en sus respectivos países y la contingencia de los conflictos y/o afectaciones a los DESCA. El enfoque metodológico, así como las técnicas a utilizar, se ajustaron de acuerdo a las necesidades de los propios proyectos de investigación.

Sin perjuicio de las particularidades de cada caso, los trabajos responden a la identificación de cuatro grandes momentos o dimensiones que fueron propuestas como criterios rectores que debieron ser abordados con diversos niveles de intensidad de acuerdo a cada proyecto de investigación.

Primera Dimensión

Trayecto inicial de la resolución del conflicto

Esta parte de la investigación se refiere al conjunto de sucesos, acciones o hechos que conforman la ruta del caso estudiado para hacerlo exigible y/o justiciable. Se refiere al contexto político, social y cultural en el cual el conflicto emerge y cómo se desarrolla previo al ingreso al sistema de justicia u otra instancia estatal. Del mismo modo, se debe aludir al contexto normativo y cómo eventualmente el mismo influye en el conflicto.

Además, se debe referir a cómo se delimita e identifica el conflicto, así como también se espera aportar información sobre la estrategia utilizada para hacer exigible y/o justiciable el DESCA en juego. Finalmente, es necesario desarrollar cuáles son las respuestas estatales frente al conflicto.

Debe conformarse por dos aspectos:

- a) Surgimiento del conflicto, proceso de identificación como conflicto justiciable vinculado a la vulneración de DESCA, y proceso de definición de estrategia de exigibilidad o justiciabilidad implementada en el caso. Indicar el tipo de obligación del Estado infringida (respetar, proteger y realizar).
- b) Primeros pasos del caso, respuestas estatales –de instancias administrativas y/o jurisdiccionales–, obstáculos normativos y/o operativos en el transcurso del ingreso al sistema de justicia.

Segunda Dimensión	<p>Ingreso al aparato judicial y proceso</p> <p>Esta parte de la investigación se refiere al ingreso del conflicto de DESCAs a la jurisdicción. Resulta relevante en este punto indagar en cómo son los requisitos formales y/o sustanciales que facilitan –o dificultan– la justiciabilidad de los derechos; por ejemplo, plazos, requisitos de admisibilidad, procesos, etapas, acciones, etc. vistos siempre desde una perspectiva crítica sobre cómo ellos pueden impactar la vigencia de los DESCAs.</p> <p>Además, es especialmente relevante el tema de los plazos y tiempo de duración de los procesos y en qué medida esto puede afectar en los DESCAs de las personas involucradas.</p>
Tercera Dimensión	<p>Respuesta jurisdiccional</p> <p>Esta parte de la investigación se debe hacer cargo del contenido de la sentencia que resuelve el conflicto. En concreto, debe analizar la decisión, el cómo reconoce o no los DESCAs, cómo aplica los estándares internacionales –y, en particular el Protocolo de San Salvador–, la realización del control de convencionalidad, entre otros. Se debe analizar críticamente la calidad del proceso analítico de la judicatura, teniendo especial atención a que se trata de un caso de DESCAs.</p> <p>Asimismo, debe ahondar en cómo la sentencia sirve para la delimitación del contenido esencial del DESCAs en juego, así como su titularidad. Debe existir un análisis crítico respecto a la eficacia de las garantías que permiten hacerlo justiciable. Por otro lado, debe identificarse si en la sentencia se realiza un llamado a los Poderes Legislativo y Ejecutivo.</p>
Cuarta Dimensión	<p>Cumplimiento de la resolución</p> <p>Esta parte de la investigación debe abocarse a las consecuencias que trae consigo lo resuelto. Es decir, en cómo hacer operativo lo declarado en la sentencia y los mecanismos de que dispone la jurisdicción para ello. Se debe contrastar de modo crítico lo declarado en la sentencia en materia de DESCAs con aquello que ocurre en la práctica.</p> <p>Posibles preguntas asociadas con esta etapa son la relación con la dictación de posterior política pública, los efectos particulares o generales de la sentencia, la judicialización de casos similares en tiempo posterior, el carácter de leading case del caso analizado, etc.</p>

Con todo, cabe destacar que no necesariamente todos los trabajos abordan cada una de las mencionadas dimensiones o profundizan en el mismo nivel cada una de ellas. Estas dimensiones se plantearon como una propuesta para ordenar el análisis del caso de DESCAs y valorar a través de este marco la afectación al derecho o derechos del caso objeto de estudio. También permite construir un marco base para comparar los casos surgidos en diversos contextos nacionales y en los cuales hay diversos derechos involucrados.

Los casos priorizaron un enfoque cualitativo o predominantemente cualitativo.

3. LIMITACIONES Y FORTALEZAS

La presente publicación posee tanto fortalezas como limitaciones.

Entre las limitaciones podemos señalar la propia metodología empleada. Las investigaciones locales parten de una idea de estudio de caso, es decir, se representa a través de un caso ejemplificador o de especial interés el camino de exigibilidad o justiciabilidad de los DESCAs. Ello lleva a que las reflexiones emerjan desde los estudios de caso surjan desde lo particular, de manera descriptiva e inductiva. Las conclusiones y proyecciones que se

derivan de estos estudios no permiten revelar tendencias absolutas en la materia, sino que abren la discusión a áreas especialmente conflictivas y que requieren de otras investigaciones que las complementen. Cabe ser señalado que los casos no abordan necesariamente aspectos estructurales que explican las circunstancias en donde emergen las vulneraciones de los derechos, sin perjuicio de que en alguno de ellos se identifican estas circunstancias –legales, sociales, culturales o fácticas– como definitorias en la afectación o vulneración de los mismos.

A pesar de las limitaciones descritas, los trabajos resultan útiles para obtener un reflejo fidedigno del estado de situación de la región. Ello considerando que es poca la información sobre las dinámicas de interacción que hay entre las instituciones públicas involucradas y los caminos que siguen los casos de DESCA al interior del sistema de justicia. Además, plantea la posibilidad de abordar los conflictos y vulneraciones de los DESCA desde una perspectiva que va más allá de lo meramente normativo, sino que desde un enfoque social y contextualizado. Así, a través de los estudios de caso es posible detectar el camino de una vulneración mediante una estrategia de justiciabilidad o de exigibilidad de manera descriptiva y particularista, integrando en el análisis los movimientos sociales, las organizaciones de la sociedad civil, la academia y la clínica jurídica. Esta fortaleza lleva a obtener información de suma importancia para decisiones de políticas públicas, pues describen las dinámicas de poder que subyacen a las violaciones a los derechos humanos; o bien describen aquellas circunstancias del contexto que influyen ostensiblemente en cómo se exigen y hacen justiciables los DESCA.

Investigaciones globales

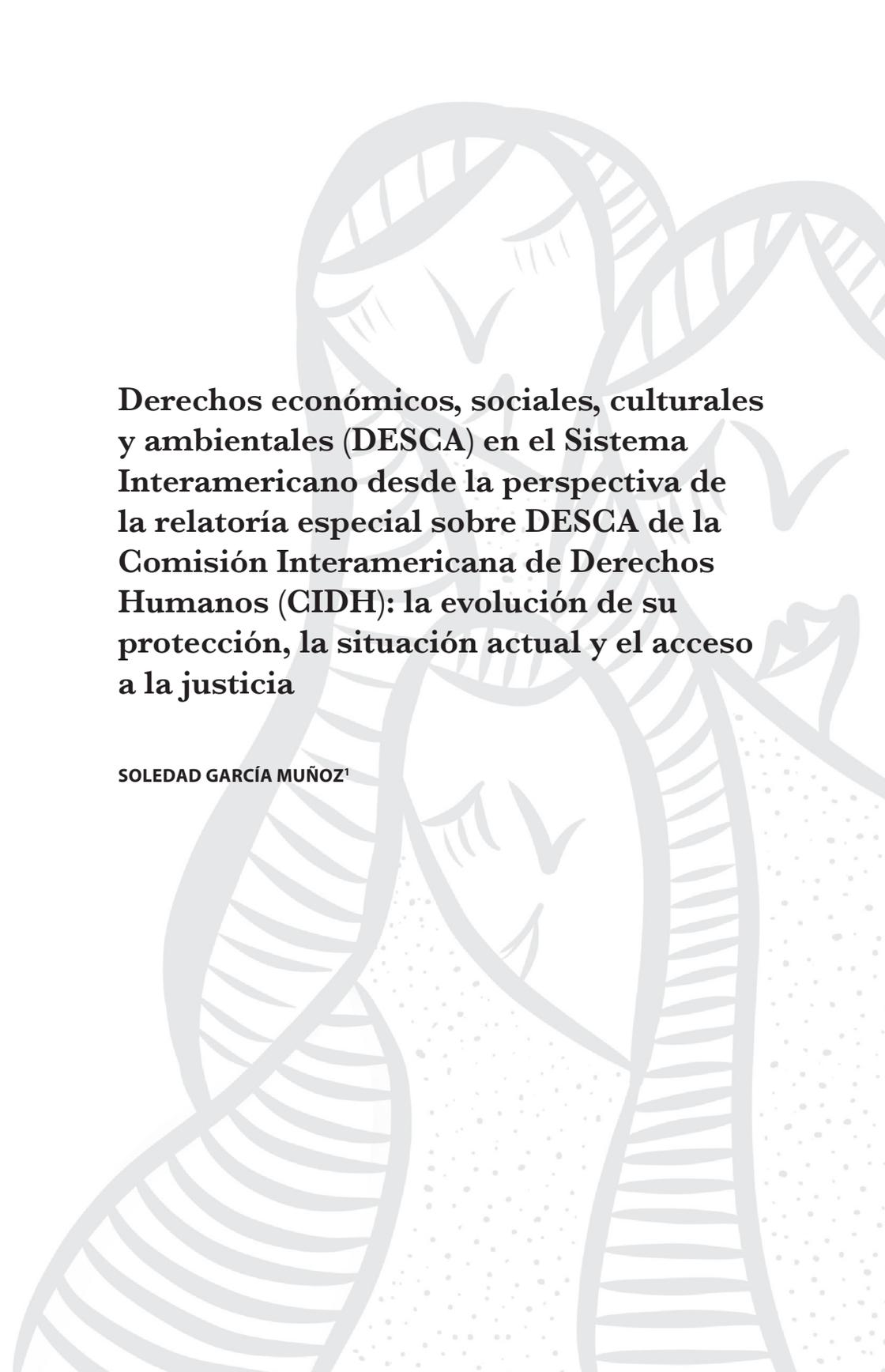
Se decidió agrupar en tres grandes grupos los 19 estudios locales, atendiendo a los derechos conculcados en los conflictos: medioambiente; salud y alimentación; y trabajo, seguridad social y educación. Estos tres trabajos implican un análisis global u holístico que busca complementar los hallazgos y reflexiones locales. Por consiguiente, se desarrollaron tres estudios globales que abordan de manera holística los elementos identificados del análisis transversal de los trabajos que componen cada uno de estos grupos.

A efectos de dar continuidad a las dimensiones presentes en los estudios de caso, se continuó con la identificación de las cuatro dimensiones en estos trabajos globales. Adicionalmente, se incluyen otras reflexiones que emergen a propósito de los estudios y de tendencias identificadas. Por ejemplo, se incluyen reflexiones sobre el rol de la judicatura y los movimientos sociales en la exigibilidad y justiciabilidad de los casos de derechos humanos; el papel de los órganos internacionales de protección de los derechos humanos en la determinación de los DESCA; el litigio estratégico; derechos humanos y empresas; entre otros.

4. ESTRUCTURA DE LA PUBLICACIÓN

Tal como fue indicado anteriormente, la publicación se divide en tres volúmenes o informes temáticos:

1. Informe de Medioambiente
2. Informe de Salud y Alimentación
3. Informe de Trabajo, Seguridad Social y Educación

A large, light gray, stylized illustration of a woman's face and hands is positioned in the background. The woman has her eyes closed and a serene expression. Her hands are raised, with fingers slightly curled, as if in a gesture of prayer or contemplation. The illustration uses simple, bold lines and is set against a background of small, scattered dots.

Derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA) en el Sistema Interamericano desde la perspectiva de la relatoría especial sobre DESCA de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH): la evolución de su protección, la situación actual y el acceso a la justicia

SOLEDAD GARCÍA MUÑOZ¹

1 Este documento de carácter académico ha sido elaborado por la REDESCA de la CIDH en el marco del proyecto diálogo regional sobre el rol de los sistemas jurisdiccionales en la materialización de los DESCAs conducido por el Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA) y el proyecto DIRAJus de la Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ). La Relatora Especial sobre DESCAs Soledad García Muñoz, deja constancia de su agradecimiento a dichas instituciones por su invitación a participar en dicho proyecto. Igualmente, subraya y agradece el destacado desempeño de Renan Bernardi Kalil, personal asociado de REDESCA, en las tareas desarrolladas bajo su supervisión por el mandato en relación con dicho proyecto, entre ellas la de redacción del presente documento*

1. INTRODUCCIÓN

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos (en adelante, "Sistema Interamericano" o "SIDH") ha avanzado en las últimas décadas en el reconocimiento y la institucionalización de los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (en adelante, "DESCA") en el continente americano. En este sentido, tuvo gran relevancia la adopción de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (en adelante, "Declaración Americana") en desarrollo de las normas sobre derechos humanos contenidas en la propia carta de la Organización de los Estados Americanos (OEA), como la inclusión del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, "CADH"; "Convención" o "Convención Americana") relativo al Desarrollo Progresivo de los DESC, o la posterior adopción del Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante, "Protocolo de San Salvador").

El presente documento, ha sido elaborado como aporte de tipo académico al proyecto de diálogo regional sobre el rol de los sistemas jurisdiccionales en la materialización de los DESC, conducido por el Centro de Estudios de Justicia de las Américas y el proyecto DIRAJus, el cual tiene el objetivo de presentar la evolución de la protección y tutela de los DESC en el Sistema Interamericano, ofrecer algunos elementos de análisis general sobre la situación de los DESC en el hemisferio y los principales estándares interamericanos sobre acceso a la justicia en materia DESC. Cabe subrayar la importancia del mencionado proyecto para visibilizar las experiencias de exigibilidad y justiciabilidad en los sistemas nacionales, así como la oportunidad que representa para la Relatoría Especial sobre Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (en adelante, "REDESCA" o "Relatoría Especial DESC") en el ánimo de ampliar sus alianzas estratégicas y promover los DESC, como el conocimiento del mandato en la región. Este documento refleja fundamentalmente la perspectiva y los aportes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, "CIDH", "Comisión" o "Comisión Interamericana") como de su REDESCA en la materia. Es una contribución que debe ser ampliamente visibilizada, siendo la Comisión el órgano principal de la OEA para la promoción y protección de los derechos humanos en los 35 países que integran la Organización, la perspectiva y desarrollos de la CIDH junto con su REDESCA. Se trata de un aporte desde luego complementario de los que lleva adelante la Corte Interamericana, como el Grupo de Trabajo del Protocolo de San Salvador –del cual la REDESCA hace parte– y otros espacios de la OEA que tienen competencias en materias relacionadas con los DESC.

En la primera parte presentamos el desarrollo institucional de la tutela de los DESC en el ámbito de la Comisión Interamericana. Así, exponemos la creación de la Unidad DESC como un paso importante en la institucionalización de los DESC en la CIDH, el involucramiento de los países y de la sociedad civil en este proceso, la decisión de la CIDH de fundar la Relatoría Especial DESC y los logros obtenidos por la REDESCA desde su creación.

En la segunda parte abordamos un análisis general sobre la situación de los DESC en las Américas y exponemos algunas de las preocupaciones del mandato a partir de información recibida durante visitas de país junto con la CIDH, como de las investigaciones realizadas de oficio, los insumos provenientes de los diferentes mecanismos a través de los cuales la CIDH ha dado seguimiento a la situación de los países –tales como audiencias públicas, visitas temáticas, solicitudes de información bajo el artículo 41 de la Convención Americana o artículo 18 de su reglamento y medidas cautelares–. También son fuentes relevantes para el mandato las decisiones y recomendaciones de organismos internacionales especializados, los informes del Grupo de Trabajo del Protocolo de San Salvador, informes de organizaciones de la sociedad civil o medios de comunicación.

En la tercera parte, presentamos las principales líneas establecidas por el Sistema Interamericano en su rol esencial de asegurar el derecho de acceder a la justicia, lo cual se configura como una garantía fundamental y como un mecanismo para el reconocimiento y aplicación de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales. Por fin, exponemos nuestras principales conclusiones en relación con los DESCAs en las Américas y el acceso a la justicia.

Las fuentes principales de este documento provienen de los trabajos de la Comisión y su REDESCA, como de otros órganos interamericanos.

2. LOS DESCAs EN LA CIDH: LA CREACIÓN DE LA REDESCA Y SU APOORTE AL SISTEMA INTERAMERICANO

La CIDH ha identificado en la última década destacados logros y avances en la región en materia de derechos sociales y ambientales, que permitieron a grandes sectores de la población salir de la pobreza y de la pobreza extrema, resulta especialmente preocupante para la REDESCA identificar que algunos de estos logros se encuentren hoy en serio riesgo de retroceso a nivel regional. Por otro lado, llevar este tema a debate es importante para reafirmar la universalidad, progresividad, indivisibilidad, interdependencia e interrelación de todos los derechos humanos, así como la relevancia de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales para disminuir la pobreza y la desigualdad en las Américas.

La CIDH ha trabajado durante décadas en el respeto y garantía de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en la región. En 2012, la Comisión creó una Unidad sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales: la Unidad DESC.

Entre sus actividades, destacó el hecho que la Unidad DESC realizase un proceso de consultas regionales sobre la situación de los DESCAs, que tuvieron lugar en Argentina, Colombia, Brasil, Costa Rica, Estados Unidos, Jamaica y México. La finalidad de dicho proceso fue recabar información sobre las prioridades temáticas identificadas en las subregiones para abordar el trabajo sobre DESCAs. Con apoyo de dicha unidad, la CIDH también ha elaborado un informe sobre "Acceso al Agua en las Américas: Una Aproximación al Derecho Humano al Agua en el Sistema Interamericano" incluido en su informe anual de 2015.

Asimismo, la Unidad DESC ha expresado su beneplácito por haber cumplido con su cometido inicial, prioritario y determinante como lo fue la plena institucionalización de los DESCAs en el Sistema Interamericano de derechos humanos con la constitución efectiva de la Relatoría Especial en la materia y la publicación del informe sobre "Pobreza y Derechos Humanos" a poco de creado dicho mandato.

Además, la CIDH es parte del Grupo de Trabajo encargado de analizar los informes periódicos de los Estados partes del Protocolo de San Salvador. Hasta la creación de la Relatoría Especial DESCAs hubo comisionados y comisionadas que lo integraron. Después, por decisión unánime de la CIDH, la Relatora Especial DESCAs resultó designada para integrar dicho Grupo de Trabajo del Protocolo de San Salvador de la OEA, funciones que empezó a desempeñar oficialmente durante el mes de julio de 2017.

El Protocolo ha sido ratificado por 16 países del continente. El Protocolo de San Salvador reconoce el derecho al trabajo, a condiciones justas, equitativas y satisfactorias de trabajo, los derechos sindicales, el derecho a la seguridad social, el derecho a la salud, a un medio ambiente sano, a la alimentación, a la educación, y a los beneficios de la cultura, entre otros. Este instrumento fue adoptado en 1988, y el texto se basó en un borrador preparado por la CIDH.

En la apuesta de la CIDH a profundizar el trabajo en materia DESCA, las numerosas demandas de organizaciones de la sociedad civil y también de varios Estados de la región en el marco del denominado proceso de fortalecimiento del Sistema Interamericano, la Comisión decidió crear una Relatoría Especial para estos derechos en 2014.

Asimismo, en función de las consultas realizadas para elaborar su Plan Estratégico, la CIDH decidió incorporar los temas ambientales como una de las áreas de trabajo de la nueva Relatoría Especial. Por un lado, con el objeto de buscar responder al progresivo y cada vez más importante foco de atención sobre la relación entre los derechos humanos y el medio ambiente, y por el otro para desarrollar integral y coherentemente los pronunciamientos de los órganos del Sistema Interamericano en los que existe una vinculación de los temas ambientales y la garantía de los derechos humanos. Además, dicha integración pone de relevancia la situación que grupos históricamente discriminados y excluidos padecen como consecuencia de desastres naturales, el cambio climático y la contaminación del suelo, el agua y el aire (CIDH, 2017b).

Identificados los recursos mínimos necesarios para su puesta en funcionamiento, en 2017 la Comisión abrió la convocatoria a un concurso público para el cargo de Relatora sobre Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales. La Relatora Especial DESCA es la responsable de apoyar a la CIDH en el cumplimiento de su mandato de promoción y protección de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en las Américas.

Con la creación de la Relatoría Especial DESCA, la Comisión Interamericana busca fortalecer y profundizar su trabajo de defensa y protección de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales. No hay dudas que este es un paso de gran trascendencia en la historia de la CIDH y de los derechos humanos en la región.

Además, la creación de la REDESCA es resultado del esfuerzo de numerables activistas y organizaciones sociales, coincidiendo también con una aspiración de los Estados de la región. En efecto, se trataba de un tema pendiente hace tiempo para el Sistema Interamericano de Derechos humanos lograr un mejor equilibrio de los mandatos temáticos de la CIDH, enfocando su labor de promoción y protección en todos los derechos humanos sin jerarquizar los de tipo civil y político o limitar la protección de los DESCA a través de un enfoque indirecto. A partir de este paso, la CIDH está avanzando hacia la promoción y protección de manera directa de los DESCA y aportando a la construcción de nuevos estándares interamericanos, lo que permite actualizar la agenda temática de la Comisión, como también ampliar su alcance, impacto y base social.

Desde su incorporación a la CIDH, la REDESCA ha comenzado a trabajar con el sistema de peticiones y casos. Tras sus reuniones iniciales con los equipos de medidas cautelares, de admisibilidad, de protección y corte, la REDESCA ha comenzado a brindar sus aportes especializados a dichos equipos y se encuentra abocada a la realización de un diagnóstico constante de litigio DESCA para identificar aquellos relacionados con la agenda estratégica para el fortalecimiento y ampliación de los estándares de la CIDH en la materia. En igual sentido, la Relatora se ha reunido con peticionarios/as y representantes de visita en la CIDH o en visitas de país o durante los periodos de sesiones, dando sus insumos durante el proceso de registro, estudio de solicitudes de medidas cautelares e informes de admisibilidad de peticiones y casos en trámite ante la CIDH.

Asimismo, a partir de la puesta en marcha de su REDESCA, la CIDH viene dando mayor tratamiento al artículo 26 de la CADH mediante la admisibilidad en peticiones que involucran derechos sociales o ambientales. Lo mismo ha ocurrido con su tratamiento en fase de fondo, en donde con apoyo de su REDESCA, la CIDH ha desarrollado importantes estándares para los DESCA o para la cuestión de empresas y derechos humanos, enmarcados en los hechos materia de litigio. Al respecto, puede subrayarse el caso 12.428, *Empleados de la Fábrica de Fuegos en Santo Antonio de Jesús y sus familiares versus Brasil*, el cual involucra temas como seguridad en el trabajo, trabajo infantil y la obligación del Estado de supervisar

actividades empresariales peligrosas. Dicho asunto se encuentra sometido a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, "Corte", "Corte IDH" o "Corte Interamericana") desde septiembre de 2018.

También, con el apoyo de la REDESCA se han logrado desarrollar nuevos estándares en relación con derechos económicos, sociales, culturales y ambientales a causa de la conexidad con los derechos civiles y políticos. De esta forma, la CIDH está mejorando su capacidad de respuesta frente a los grandes retos de derechos sociales y ambientales que afectan a los/las habitantes de América. En este sentido, la CIDH y su REDESCA sometieron a la Corte Interamericana de Derechos Humanos una solicitud de opinión consultiva. Mediante esta solicitud, se pretende obtener una interpretación conjunta de varias normas interamericanas claves sobre las obligaciones de los Estados en relación al ejercicio de la libertad sindical, y la negociación colectiva y huelga como parte de esta, en tanto catalizadores para la protección de derechos laborales, así como de la interpretación de estas normas desde un enfoque de género (CIDH, 2019a).

La CIDH y su REDESCA tienen el compromiso de colaborar con los Estados Miembros para la construcción e implementación de políticas públicas con enfoque de derechos humanos para garantizar la vida digna de las personas que viven en situación de pobreza y lograr, progresivamente, la erradicación plena de la pobreza y pobreza extrema en el continente americano. Para la REDESCA, el combate de la pobreza y la desigualdad es el paraguas superior de todo el mandato, de manera alineada con la agenda 2030 de Naciones Unidas. Por ello, la Relatoría celebra haber inaugurado sus funciones con la aprobación y lanzamiento del primer informe temático sobre Pobreza y Derechos Humanos de la CIDH en toda su historia. Además, la Relatoría se encuentra culminando la redacción del informe sobre Empresas y Derechos Humanos, para cuya elaboración ha puesto en marcha un intenso proceso de consultas y participación.

3. LA SITUACIÓN DE LOS DESCA EN EL CONTINENTE AMERICANO²

En torno a la situación general de los DESCA en la región, la REDESCA como parte fundamental de su mandato, observa con preocupación que la situación de pobreza y pobreza extrema en el continente es persistente, lo cual se traduce en un detrimento para el goce efectivo de todos los derechos humanos y en especial de los DESCA. Según datos de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe, para el 2017, el número de personas pobres en América Latina llegó a 184 millones, equivalente al 30,2% de la población, al tiempo que el número de personas en situación de pobreza extrema se situó en 62 millones, representando el 10,2% de la población. No obstante, se prevé un crecimiento de 1,3 puntos del PIB en la región, lo que podría dar lugar a una ligera reducción de la tasa de pobreza hasta el 29,6%. Como consecuencia, el número de personas en situación de pobreza se reduciría unos dos millones. A su vez, la tasa de pobreza extrema se mantendría en el mismo nivel que en 2017, con lo que la cantidad de personas en esta situación se elevaría un millón aproximadamente (CEPAL, 2018a, pp. 80-82). De manera general la pobreza a nivel regional a mediano plazo ha reducido entre 1,1, y 0,2 puntos porcentuales por año, pero esta cifra no se refleja en la pobreza extrema. El aumento de la incidencia y el incremento de la población total resultan en un aumento neto de 8 millones de personas en dicha situación (CEPAL, 2017, pp. 89-90).

Por ello, la pobreza debe ser analizada desde una perspectiva de derechos humanos, a partir del reconocimiento de las personas, grupos y colectividades que viven en esa situación como titulares de derechos humanos y los Estados deben cumplir con su obligación de adoptar medidas orientadas a erradicar la pobreza en la región para cumplir con el propósito establecido en la Carta de la Organización de Estados Americanos: promover el desarrollo económico, social, cultural y erradicar la pobreza.

Considerando que en la última década se lograron importantes avances en la región en materia DESCA, que permitieron a grandes sectores de la población salir de la pobreza y de la pobreza extrema, resulta especialmente preocupante observar que algunos de estos logros se encuentran hoy en serio riesgo de retroceso en la región. Por ello, la REDESCA recuerda que los Estados tienen la obligación de adoptar pasos deliberados y concretos para avanzar en la erradicación de la pobreza, abordando esta problemática desde un enfoque de derechos humanos y desarrollando estrategias para garantizar a toda su población contenidos por lo menos esenciales de los derechos sociales y ambientales. Tomando como base el contenido y estándares del informe de la CIDH sobre pobreza y derechos humanos, preocupa a la REDESCA la persistencia de la pobreza y la desigualdad en el continente, como el riesgo del aumento de la pobreza y la pobreza extrema en países donde se están registrando graves crisis de derechos humanos o adoptándose medidas de austeridad que disminuyen la inversión social. Asimismo, los Estados deben garantizar la participación de las personas en situación de pobreza desde sus propias perspectivas y experiencias, para lograr su empoderamiento económico y social. Especiales esfuerzos deben hacerse para garantizar los DESCA de las mujeres y combatir la feminización de la pobreza.

En el cumplimiento de su mandato, la REDESCA identifica situaciones graves de falta de acceso o contaminación del agua en el hemisferio, falta de acceso a una alimentación adecuada, desnutrición infantil y de mujeres gestantes, desafíos en materia de acceso a la vivienda, asentamientos informales, desalojos forzados, afectaciones de derechos humanos generadas por actividades empresariales, falta de acceso a la educación, a la salud y al empleo o libertad sindical en la región, como también los particulares obstáculos para las personas, grupos y colectividades viviendo en situación de vulnerabilidad o discriminación histórica.

Llama la atención de la Relatoría la relación directa entre pobreza, desigualdad y falta de oportunidades con el aumento de la movilidad humana en la región. En ese sentido, desde el mandato se está prestando particular atención a las causas y consecuencias en relación con derechos sociales y ambientales del éxodo venezolano, como de las denominadas “caravanas de migrantes” en Centro América, México y América del Norte.

Destaca cómo con el aumento de la movilidad humana en la región, los DESCA están especialmente amenazados para las personas migrantes, refugiadas y solicitantes de asilo. De igual forma, la Relatoría expresa su preocupación por las amenazas, la criminalización, las represalias y la violencia contra personas defensoras de derechos sociales y del medio ambiente en las Américas, así como por el uso desproporcionado de la fuerza y la represión policial en el contexto de manifestaciones, protestas y reclamos claramente relacionados con los DESCA. La REDESCA también viene manifestando su honda preocupación con la expansión de los grupos anti-derechos en la región, con efectos especialmente negativos en relación con los derechos sexuales y reproductivos, el acceso al aborto en condiciones compatibles con los estándares internacionales de derechos humanos, los derechos de las personas LGBTTI y el derecho a la educación con perspectiva de género.

Preocupa especialmente a la Relatoría Especial la tendencia que viene identificando en cuanto a la adopción de legislaciones, políticas sociales y fiscales, como medidas de austeridad en distintos países de la región que limitan o suponen retrocesos en el acceso y disfrute de los DESCA en especial a los sectores más vulnerabilizados de la población. En

tal sentido, la REDESCA comparte el análisis del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (2012, pp. 1y2), cuando afirma que:

“todos los cambios o ajustes propuestos en materia de políticas tienen que cumplir los siguientes requisitos: en primer lugar, la política debe ser una medida provisional que abarque solamente el periodo de crisis. En segundo lugar, debe ser necesaria y proporcional, en el sentido de que la adopción de cualquier otra política, o la simple inacción, tendría efectos más perjudiciales sobre los derechos económicos, sociales y culturales. En tercer lugar, debe tener un carácter no discriminatorio e incluir todas las iniciativas posibles, incluidas medidas fiscales, para apoyar los subsidios sociales encaminados a mitigar el posible aumento de las desigualdades en tiempos de crisis e impedir que se vean desproporcionadamente afectados los derechos de las personas y los grupos desfavorecidos y marginados. En cuarto lugar, en la política se debe especificar un contenido mínimo básico de derechos o el nivel mínimo de protección social, conceptos desarrollados por la Organización Internacional del Trabajo, y velar por que ese contenido mínimo básico siempre esté protegido”.

También, llama la atención sobre las consecuencias de los desastres naturales y la corrupción en el disfrute de los DESCAs. De hecho, la Relatoría Especial ha incorporado expresamente un enfoque anticorrupción en su agenda estratégica. En tal sentido, el mandato hizo sus aportes a la resolución 1/18 de la CIDH, introduciendo la dimensión de especial afectación que la corrupción supone para los DESCAs y las políticas sociales. Subrayamos la recomendación de:

“Fortalecer los mecanismos para monitorear y evaluar los programas sociales, con particular énfasis en aquellos ámbitos donde los actos de corrupción son más frecuentes, tales como los programas sociales y aquellos que definen la asignación y seguimiento a los grandes proyectos de infraestructura y de industrias y proyectos extractivos” (CIDH, 2018b, ítem 3, e, iv).

Así mismo la REDESCA se encuentra especialmente atenta a la relación entre las actividades de las industrias extractivas y el disfrute de los derechos humanos en las Américas, en particular los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales. Si bien la CIDH y esta Relatoría Especial reconocen que este tipo de proyectos y actividades empresariales pueden impulsar el desarrollo económico de los Estados y beneficiar a las poblaciones donde se encuentran, con frecuencia han recibido información preocupante sobre violaciones e impactos negativos de estas actividades sobre el disfrute de los derechos humanos. Esto se traduce, por ejemplo, en una situación latente de conflictividad social alrededor de la calidad y acceso a fuentes agua y suelos, las garantías de contar con procesos amplios de acceso a la participación e información en la toma de decisiones, así como deficiencia en la provisión de recursos adecuados y reparaciones efectivas para las víctimas. Esta Relatoría Especial también ha tenido conocimiento de casos de desplazamiento forzado de personas, afectaciones graves al derecho a la salud y contaminación ambiental en general por causa de dichas actividades empresariales. En muchas ocasiones, las zonas donde se encuentran una gran cantidad de recursos naturales, y por ende donde se emplazan los proyectos, son territorios históricamente habitados por comunidades indígenas, afrodescendientes y campesinas, las que comúnmente, se encuentran ya en una situación de vulnerabilidad. Sobre esta última situación, es importante mencionar, que la falta de implementación efectiva de la consulta y consentimiento previo, libre e informado como de los estudios de impacto ambiental y social de acuerdo los estándares desarrollados por la jurisprudencia intera-

mericana, recopilados además en el informe temático de la CIDH sobre Pueblos Indígenas, Comunidades Afrodescendientes e Industrias Extractivas de 2015, es una de las principales causas de vulneración a los derechos humanos de estas personas tanto de forma individual como colectivamente.

De la misma forma, la REDESCA manifiesta su preocupación respecto a la situación de las defensoras y los defensores de derechos humanos en estos sectores económicos, en particular aquellos que buscan la protección del ambiente y la tierra en el continente por ser constantemente blanco de estigmatización, amenazas y represalias debido a su oposición o tarea de visibilización de los impactos negativos de tales proyectos. Por ejemplo, durante el primer semestre de 2018 la CIDH indicó que 57 personas habrían sido asesinadas por ser defensores ambientales en Brasil, mientras que en Colombia solo en el primer trimestre de 2018 se reportaron 48 muertes de líderes sociales y defensores de la tierra. Así mismo según el informe de Global Witness (2018) (organización no gubernamental que realiza monitoreo sobre las actividades de defensoras y defensores ambientales), en su último reporte indicó que, de los 10 países más peligrosos para ser defensor o defensora del ambiente, 7 se encuentran en América Latina. En esa medida la REDESCA ha recordado a los Estados que tienen una obligación particular de respetar y proteger a las y los defensores ambientales y de la tierra, por cuanto el trabajo que este grupo realiza es primordial para todos los derechos humanos. Así mismo, la REDESCA también subraya que las actividades de extracción son realizadas tanto por empresas de origen nacional como aquellas de origen extranjero, empresas privadas como públicas o a través de diversos esquemas de asociación; también se presentan dentro del sector formal o bajo acciones informales e ilegales las cuales generan un intenso ritmo de deforestación, violencia y contaminación. Esto da cuenta de la importancia de la obligación de tener un marco normativo robusto y efectivo, una labor de vigilancia estatal oportuna y de la responsabilidad de las empresas de este sector de respetar los derechos humanos ejerciendo la debida diligencia y previniendo posibles vulneraciones a estos derechos a través de sus operaciones, sean de índole local o internacional.

La REDESCA viene siendo especialmente activa también en relación con el derecho al medio ambiente. Así, el mandato acompañó los eventos de apertura a la firma del Acuerdo Regional sobre Acceso a la Información, Participación y Justicia en material ambiental, también conocido como Acuerdo de Escazú. Este sería el primer instrumento a nivel regional que obliga a los Estados a cumplir con los preceptos del Principio 10 de la Declaración de Río sobre medio ambiente y desarrollo. Del mismo modo, la REDESCA también es parte activa de los esfuerzos respecto a la implementación de la Opinión Consultiva No. 23 sobre el contenido del Derecho al medio Ambiente Sano a la luz de los instrumentos del Sistema Interamericano de derechos humanos. Por otro lado, la REDESCA dentro de su agenda estratégica, está buscando apoyos para impulsar un proyecto regional sobre el impacto del cambio climático en los derechos humanos. Por ejemplo, en el 173 periodo de sesiones de la CIDH, se celebró una audiencia sobre “Cambio climático y DESCA de mujeres, NNA, pueblos indígenas y comunidades rurales”. Lo mismo en relación con el derecho humano al agua y saneamiento, en relación con el derecho a la alimentación.

También a respecto al derecho al medio ambiente, la REDESCA sigue con preocupación la deforestación e incendios que afectaron la Amazonía durante 2019. En particular, hizo notar que, en Brasil, según el Instituto Nacional de Investigación Espacial (DETER/INPE), una agencia del Ministerio de Ciencia, Tecnología y Comunicación, la deforestación en los meses de junio y julio de 2019 habrían aumentado considerablemente en comparación con los mismos meses en 2018. Asimismo, según un experto de la Administración Nacional de la Aeronáutica y del Espacio de los Estados Unidos (NASA por sus siglas en inglés), durante 2019, se han registrado un aumento en la cantidad e intensidad de incendios en la Amazonía brasileña. Según el experto, si bien la temporada seca juega un papel importante en la exacerbación de los incendios, la detección realizada de los incendios en este periodo es

más consistente con las acciones de limpieza de tierras. La REDESCA observa que diversas organizaciones de la sociedad civil también atribuyeron como una de las causas principales del aumento de los incendios a la quema de bosques por actores privados para expandir actividades económicas como la minería o agropecuaria sumado a políticas públicas que tenderían hacia el debilitamiento de la protección de la Amazonía y el medio ambiente. En ese marco, la CIDH advirtió que las poblaciones indígenas que conviven en la Amazonía son las principales afectadas al provocar desplazamientos forzosos de comunidades, pérdida de tierras destinadas a la subsistencia, y el grave riesgo de que pueblos indígenas en aislamiento, como los Awá del territorio indígena de Araribóia en la Amazonía de Maranhão, puedan desaparecer (CIDH, 2019b). Bajo ese mismo contexto, la REDESCA sigue los incendios forestales que también fueron extendidos y graves en Bolivia y Paraguay.

La REDESCA también expresó solidaridad al pueblo de Bahamas por los daños ocasionados por el huracán Dorian y llamó a urgente implementación de estrategias y planes para abordar la emergencia humanitaria, así como la posterior reconstrucción y rehabilitación de las zonas afectadas poniendo los derechos humanos en el centro (CIDH, 2019c)

De la información y análisis consultados sobre la región, se observa que la desigualdad habría disminuido en el último decenio. Sin embargo, se detecta un estancamiento en esa reducción de la desigualdad. Por lo que urge retomar la senda de las políticas redistributivas, potenciando la adopción de políticas fiscales de carácter progresivo que no sólo protejan los avances logrados, sino que impidan los retrocesos hacia el combate de la pobreza y la desigualdad (CEPAL, 2018b).

Para ello, es fundamental que el enfoque de derechos humanos en su indivisibilidad se aplique en todas las etapas de construcción de las políticas públicas. Esto parte por afirmar la voluntad política de todos los poderes estatales que, en cumplimiento de los compromisos asumidos con la Comunidad Internacional, como sobre todo con sus sociedades, aseguren que los Estados organizan sus aparatos para asegurar la máxima movilización de recursos, en favor de la progresividad y no regresividad en derechos. Ancladas en el principio de indivisibilidad y progresividad de los derechos humanos, las políticas públicas en DESCAs son una herramienta indispensable para la reducción de las desigualdades. De esa manera contribuyen a la construcción de sociedad más justas y democráticas.

Es por lo mismo que en este escenario regional de incertidumbre y cambios, debe ser una prioridad reforzar las políticas laborales de los países tomando especialmente en cuenta los avances de la robotización, automatización, digitalización e inteligencia artificial en América Latina. Aunque en ritmo más lento que en Europa y Estados Unidos, esas nuevas tecnologías están produciendo transformaciones e impactos en el mercado de trabajo, siendo que los efectos en la vida de las personas trabajadoras son todavía inciertos, como la creación o extinción de puestos de trabajo, las calificaciones necesarias para ejecutar nuevas tareas y el aumento de arreglos alternativos de trabajo (Banco Interamericano de Desarrollo, 2018; INFOBAE, 2018). Por ello, se hace necesario construir nuevas capacidades institucionales que busquen soluciones innovadoras a largo plazo, además de enfrentar los riesgos inminentes que se presenten en la formulación y aplicación de tales políticas.

Por lo tanto, la REDESCA observa que a nivel general en casi todos los países de América Latina y el Caribe existen programas, políticas y legislación enfocada a atender los distintos derechos que forman parte del mandato. No obstante, la efectividad de los mismos depende en varias medidas de como los Estados responden a esa necesidad. Por ejemplo, los empleos de peor calidad, como el trabajo informal y el trabajo por cuenta propia, en que las condiciones de trabajo son inseguras, son persistentes en toda la región. En el continente americano se verifica una disminución en los trabajos en el sector formal y asalariado, el avance de la informalidad y la creación más intensa de puestos de trabajo en las actividades por cuenta propia (OIT, 2017, pp. 43-44). Esta situación conspira contra la plena efectividad de las protecciones sociales asociadas con el pleno empleo y las garantías laborales.

En relación a los derechos laborales, subrayamos que la libertad sindical y la libertad de asociación son derechos humanos fundamentales que, junto con el derecho de negociación colectiva, reunión y huelga forman el núcleo básico para proteger y promover el derecho al trabajo y a sus condiciones justas, equitativas y satisfactorias (Comité DESC, 2016, párr. 1). Los derechos de sindicación y de negociación colectiva son habilitantes y permiten promover la democracia, una buena gobernanza del mercado de trabajo y unas condiciones laborales decorosas (OIT, 1998). Sin embargo, en el continente americano hay una gran cantidad de datos que comprueban la existencia de prácticas extendidas de actos antisindicales por empleadores privados, así como por los propios Estados, que crean barreras para el ejercicio de la libertad sindical. Según los datos presentados por los presidentes de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones y del Comité de Libertad Sindical de la OIT sobre el seguimiento de normas internacionales del trabajo y derechos humanos sobre las quejas presentadas ante el Comité de Libertad Sindical por regiones entre 1951 y 2015, 55% de las quejas son originadas en el continente Americano (49% de América Latina y 6% de América del Norte). Los países con mayor número de quejas son Colombia (187), Argentina (182) y Perú (170) (Oficina Internacional del Trabajo, 2016).

Por otro lado, la REDESCA pone de manifiesto su especial preocupación por la situación regional del derecho a la salud en su relación con los demás DESC. En sus trabajos de monitoreo, como con el sistema de casos de la CIDH, la REDESCA llama la atención que se trata de un derecho sobre el que ha identificado serias violaciones en distintos países de la región, resultando urgente y prioritario que se adopten medidas y acciones nacionales, como regionales para evidenciar las situaciones más graves, identificar las buenas prácticas en materia de legislación, como políticas públicas, así como articular esfuerzos en la materia. En esta línea, uno de los proyectos estratégicos de la REDESCA se articulan precisamente en torno al derecho a la salud.

Por último, la REDESCA pone de manifiesto la existencia de un marco normativo interamericano que genera distintas obligaciones en materia DESC para los 35 países de la OEA, tanto por vía de la Carta de la OEA, la Declaración Americana, como del Pacto de San José, el Protocolo de San Salvador y otros tratados adoptados en la OEA. Siendo mayor el grado de compromiso con los DESC en la medida que se hayan ratificado los tratados del sistema que los reconocen, la REDESCA reitera su especial llamado a la ratificación de la Convención Americana de Derechos Humanos, como a la firma y ratificación del Protocolo de San Salvador y demás tratados de derechos humanos del sistema. La REDESCA se encuentra especialmente a disposición, junto con el Grupo de Trabajo del Protocolo de San Salvador para generar procesos de asistencia técnica e incidencia en aquellos países que aún no han ratificado dicho Protocolo.

4. ACCESO AL SISTEMA DE JUSTICIA EN MATERIA DESC

El Sistema Interamericano tiene un rol esencial para asegurar el derecho de acceder a la justicia, lo cual se configura como una garantía fundamental y es un medio para el reconocimiento de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales. El SIDH ha desarrollado estándares sobre los alcances del debido proceso judicial y de la tutela judicial efectiva en casos que buscan la exigibilidad de los DESC. Los estándares son instrumentos importantes para guiar la interpretación de la Convención Americana por los tribunales nacionales en casos de acceso a la justicia que involucran los DESC y para contribuir en la mejoría de la institucionalidad de las políticas y servicios sociales en los países americanos, fortalecer los sistemas de fiscalización, transparencia y rendición de cuentas y los mecanismos de participación y vigilancia social de las políticas públicas en esta materia.

En el Sistema Interamericano, derecho de acceso a la justicia está contemplado de manera específica en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana y en el artículo XVIII de la Declaración, así como en el artículo 7, numerales c, d, e, f, g de la Convención de Belém do Pará. En los órganos del Sistema Interamericano se encuentra evidenciado a través del sistema de peticiones individuales, informes anuales, temáticos y de país y en las Opiniones Consultivas emitidas por la Corte.

Existen cuatro temas centrales y prioritarios respecto a la protección judicial de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales: 1) la obligación de remover obstáculos económicos para garantizar el acceso a los tribunales; 2) los componentes del debido proceso en los procedimientos administrativos relativos a los DESCAs; 3) los componentes del debido proceso en los procedimientos judiciales relativos a los DESCAs; y 4) los componentes del derecho a la tutela judicial efectiva de los DESCAs.

Sobre la obligación de remover obstáculos económicos para garantizar el acceso a los tribunales, los Estados tienen la obligación de proveer servicios jurídicos gratuitos a las personas sin recursos en ciertas circunstancias, a fin de que la desigualdad económica o social de los litigantes no sea una barrera para la posibilidad de protección judicial efectiva y de garantizar su acceso a la justicia. Situaciones cotidianas que las personas en situación de vulnerabilidad, de pobreza o pobreza extrema enfrentan son las dificultades involucradas con los costos del proceso, administrativo o judicial, como las tasas de justicia y la localización e insuficiente presencia de los tribunales. Cuando es necesario para tener un acceso eficaz, que los demandantes deban estar representados por un abogado que pueda sustentar sus reclamos, deberá aumentarse el número que defensores públicos disponibles, de manera tal que este servicio esté al alcance de toda persona que lo necesite (CIDH, 2007, párrs. 5 y 6; CIDH, 2017c, párrs. 504, 514 y 520; CIDH, 2002, párrs. 50, 53, 54 y 55).

Además, la CIDH ha identificado casos estructurales de desigualdad que restringen el acceso a la justicia de ciertos grupos. En esas situaciones, existe la obligación de los Estados de proveer servicios legales gratuitos, de reforzar los dispositivos comunitarios al efecto y de ofrecer información adecuada sobre los derechos que poseen y los recursos judiciales disponibles para su tutela, a fin de disminuir la vulnerabilidad de sectores sociales en situación de desventaja y desigualdad (CIDH, 2007, párrs. 8 y 9).

La CIDH ha establecido criterios para la determinación de la asistencia legal gratuita en casos concretos: a) la disponibilidad de recursos por parte de la persona afectada; b) la complejidad de las cuestiones involucradas en el caso; y c) la importancia de los derechos afectados. Además, la Comisión ha identificado que ciertas acciones judiciales complejas, como algunas acciones constitucionales, exigen que los Estados proporcionen asistencia legal gratuita para permitir su efectiva promoción (CIDH, 2007, párrs. 6 y 7; CIDH, párr. 514).

Sobre los componentes del debido proceso en los procedimientos administrativos relativos a los DESCAs, hay que tener en cuenta que la mayoría de las adjudicaciones de prestaciones sociales se resuelve en la esfera administrativa. En parte de los países de la región la organización de las políticas y servicios sociales no ocurre por una perspectiva de derechos, pero bajo una lógica asistencial, lo que ofrece un amplio espacio de discrecionalidad y selectividad política por la administración pública de los Estados, aunque existan algunos controles institucionales. De este modo, el SIDH apunta a la necesidad de establecer reglas del debido proceso legal en los procedimientos administrativos en materia DESCAs y la obligación de los Estados de establecer reglas claras de conducta para sus agentes, con el objetivo de evitar el uso de la discrecionalidad para discriminar ciertos grupos de personas (CIDH, 2007, párrs. 10 y 11; CIDH, 2017c, párr. 524).

De acuerdo con el SIDH, el debido proceso legal administrativo tiene como elementos: a) la garantía de una audiencia para la determinación de los derechos en juego, lo que incluye el derecho a ser asistido jurídicamente, a la notificación previa sobre la existencia misma del proceso, a ejercer una defensa, a disponer de un plazo razonable para preparar

los alegatos y formalizarlos y para promover y evacuar las correspondientes pruebas; b) el derecho a contar con una decisión fundada sobre el fondo del asunto; c) la necesidad de garantizar la publicidad de la actuación administrativa; d) el derecho al plazo razonable, teniendo en cuenta que un retraso prolongado en un procedimiento administrativo configura una vulneración del artículo 8 de la Convención en principio; e) el derecho a la revisión judicial de decisiones administrativas, incluyendo la necesidad de justificar debidamente toda norma o medida que obstaculice el acceso a los tribunales, la necesidad de la justicia ocuparse de realizar al menos la supervisión esencial de la legalidad y racionalidad de las decisiones de la Administración. Es relevante subrayar que la falta de recursos judiciales efectivos contra las consecuencias negativas de las políticas sociales en sectores de educación, salud, vivienda, trabajo y seguridad social o contra decisiones administrativas relativas a la asistencia social o migraciones, conlleva a que las personas no puedan obtener reparación en caso de violación de sus derechos. Eso es un obstáculo al acceso a la justicia de las personas en situación de pobreza y que se ven afectadas por estas políticas (CIDH, 2007, párrs. 14, 15 y 16; CIDH, 2017c, párr. 525).

Sobre los componentes del debido proceso en los procedimientos judiciales relativos a los DESCAs, debe considerarse la obligación de los Estados en diseñar y consagrar normativamente recursos efectivos para la protección de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales y en asegurar la debida aplicación de dichos recursos por parte de las autoridades judiciales, en procedimientos con las garantías adecuadas. Un aspecto importante para el análisis del derecho al debido proceso en procedimientos judiciales es la relación directa entre la idoneidad de los recursos judiciales y la posibilidad real de exigibilidad de los DESCAs, teniendo en cuenta las características diferenciales de los procedimientos de índole social (CIDH, 2007, párr. 17 y 18; CIDH, 2017c, párr. 526).

El derecho al debido proceso en los procedimientos judiciales en materia DESCAs tiene tres grandes elementos. El primero es el principio de igualdad de armas, ocupando un rol relevante por cuanto el tipo de relaciones reguladas por los DESCAs suelen presentar y presuponer condiciones de desigualdad entre las partes de un conflicto (como ocurre entre en la relación entre trabajadores y empleadores) o entre el de beneficiario de un servicio social y el Estado prestador de servicio, en que esa desigualdad suele traducirse en desventajas en los procedimientos judiciales y crea el deber estatal de adoptar medidas que permitan aminorar las carencias que imposibiliten el efectivo resguardo de los propios intereses. Las particulares circunstancias de un caso pueden determinar la necesidad de contar con garantías adicionales a las prescritas explícitamente en los instrumentos de derechos humanos, a fin de garantizar un juicio justo. (CIDH, 2007, párrs. 17, 18, 19 y 20; CIDH, 2017c, párrs. 527 y 528).

El segundo es el derecho a contar con una decisión fundada relativa al fondo del asunto, siendo que tras la etapa de prueba y debate, los órganos judiciales deben razonar sus decisiones y determinar así la procedencia o no de la pretensión jurídica que da base al recurso y que los Estados deben garantizar que los recursos judiciales efectivos sean resueltos conforme el artículo 8.1 de la CADH, por lo que los tribunales de justicia deben adoptar decisiones que permitan resolver el fondo de las controversias que se le planteen (CIDH, 2007, párr. 21).

El tercero es el derecho al plazo razonable del proceso, siendo que el SIDH ha identificado como criterios para evaluar la razonabilidad del plazo de un proceso la complejidad del asunto, la actividad procesal del interesado, la conducta de las autoridades judiciales, la finalidad judicial del procedimiento judicial respectivo y la naturaleza de los derechos en juego. En casos sobre DESCAs, la CIDH ha destacado como elemento esencial de la efectividad del recurso su oportunidad y que el derecho a la protección judicial exige que los tribunales dictaminen y decidan con celeridad, en especial en casos urgentes. En este orden de ideas, la Comisión ha puntualizado que el elemento relevante para evaluar el plazo razona-

ble de los procesos es su eficacia y no la cantidad de actos que se plasmen en el expediente. Otro aspecto que se toma en cuenta en el análisis de ese derecho es la etapa de ejecución de las sentencias, pues el derecho de acceder a la justicia exige que la solución final de toda controversia tenga lugar en un plazo razonable.

Ese punto es central para los DESCA puesto que una amplia gama de procesos sociales –en particular en materia de seguridad social– los trámites de ejecución de sentencias se han vistos seriamente demorados y obstaculizados por normas de emergencia y defensas dilatorias a favor de los Estados. En este sentido, el SIDH ha considerado que una demora prolongada en el proceso, incluyendo los procedimientos de ejecución de sentencias judiciales firmes, puede llegar a constituir, por sí misma, una violación a las garantías judiciales. Específicamente sobre la etapa de ejecución de sentencias, el plazo debe ser más breve debido a la existencia de una decisión firme con una materia concreta. (CIDH, 2007, párrs. 22, 23, 24 y 26; Corte IDH, 2019, párr. 154 y 157).

Sobre los componentes del derecho a la tutela judicial efectiva de los DESCA, el Estado tiene la obligación de brindar mecanismos judiciales idóneos y efectivos para la protección de los derechos sociales, tanto en su dimensión individual como colectiva. Tradicionalmente las acciones judiciales tipificadas en los ordenamientos jurídicos de los países de la región, así como las medidas sencillas y rápidas para amparar violaciones en casos graves y urgentes han sido diseñadas para la protección de los derechos civiles y políticos. En relación con los DESCA, las acciones y medidas frecuentemente no funcionan de manera adecuada por los siguientes motivos: a) la limitación en la posibilidad de accionar de grupos o colectivos de víctimas afectadas por las violaciones; b) las demoras burocráticas en los procedimientos judiciales que les hacen perder efectividad; c) la exclusión de la tutela de algunos DESCA que no se consideran derecho fundamentales; d) la imposición de requisitos procesales excesivos para admisión de acciones judiciales para la tutela de algunos DESCA (CIDH, 2007, párr. 27; CIDH, 2017c, párrs. 529 y 530).

El SIDH ha intentado fijar algunos principios básicos que las acciones de protección urgente deben cumplir para ajustarse a la CADH. El derecho a la tutela judicial efectiva requiere que los procedimientos judiciales destinados a proteger los DESCA no presenten condiciones o barreras que le quiten efectividad para cumplir con sus fines. El SIDH ha identificado casos de fuertes obstáculos y restricciones para la ejecución de sentencias firmes contra los Estados, en especial cuando se reconocen derechos de la seguridad social. La tendencia al uso de legislación de emergencia en esta materia limita la posibilidad de ejecutar obligaciones patrimoniales a los Estados y suele otorgar privilegios exorbitantes para la administración frente a los titulares de derechos ya reconocidos en la vía judicial que en general están en situación de desventaja frente al Estado (CIDH, 2007, párr. 27; CIDH, 2017c, párr. 531).

La Convención Americana, en su artículo 25, establece el deber de los Estados de crear un recurso sencillo, rápido y efectivo para la protección y garantía de los derechos humanos. Así, los órganos del SIDH han delineado estándares en relación con los alcances de tal obligación en materia DESCA. Tanto la CIDH como la Corte IDH han señalado la necesidad de proveer medidas procesales que permitan el resguardo inmediato e incluso cautelar o preventivo de los DESCA, a pesar de que el fondo de la cuestión pueda llegar a demandar un análisis más prolongado en el tiempo. Estas medidas deben: a) contar con recursos sencillos, urgentes, informales, accesibles y tramitados por órganos independientes; b) tramitación como recursos individuales y como acciones cautelares colectivas a fin de resguardar los derechos de un grupo determinado o determinable; c) garantizar una legitimación activa amplia a su respecto; d) ostentar la posibilidad de acceder a instancias judiciales nacionales ante el temor de parcialidad en el actuar de la justicia local; e) preverse la aplicación de estas medidas de protección en consulta con los afectados; y f) garantizar que la formalidad de la prueba no sea la misma que aquella que se demanda en los procesos ordinarios cuando

tratarse de acciones de protección de derechos fundamentales que requieren una respuesta urgente (CIDH, 2007, párrs. 28, 29 y 30; CIDH, 2017c, párr. 532).

Otro aspecto relevante para la tutela judicial de los DESCAs es el reconocimiento de su dimensión colectiva. El SIDH ha comenzado a delinear estándares sobre los mecanismos de tutela judicial para garantizar el litigio colectivo y la dimensión de las obligaciones estatales de proveer este tipo de procedimiento. Hubo una evolución en la jurisprudencia del SIDH en esa materia cuando reconoció la dimensión colectiva de determinados derechos y la necesidad de poner en práctica dispositivos jurídicos para garantizar esa dimensión. El análisis del SIDH sobre la dimensión colectiva de la tutela de los DESCAs ha sido desarrollado bajo la interpretación del artículo 25 de la CADH. Sobre la dimensión individual, el SIDH ha avanzado en exigir la vigencia del derecho a la tutela judicial efectiva de los DESCAs, como la necesidad que los Estados diseñen e implementen mecanismos jurídicos de reclamo de la tutela de derechos sociales esenciales, como los derechos de los trabajadores (CIDH, 2007, párrs. 31 y 32).

En relación con la efectiva ejecución de la sentencia que dicta el Poder Judicial de cada Estado, el SIDH ha establecido estándares sobre las obligaciones estatales, en especial cuando aquel que debe obedecerla es el Estado. De esta manera, la CIDH ha recalado que el deber estatal de garantizar la observancia de los fallos judiciales alcanza particular importancia cuando quien debe cumplir la sentencia es un órgano del poder ejecutivo, legislativo o judicial, provincial o municipal, de la administración central o descentralizada, de empresas o institutos públicos, o cualquier otro órgano similar. Los órganos que componen el Estado suelen tener privilegios procesales, como la inembargabilidad de sus bienes y pueden tener una inclinación a usar su poder y sus privilegios para tratar de ignorar las sentencias dictadas en contra de ellos. La CIDH considera que cuando un órgano estatal no está dispuesto a acatar una sentencia desfavorable es posible que intente desconocer el mandato judicial mediante su absoluta falta de observancia o que se decida por técnicas más elaboradas que acarreen el mismo resultado de incumplir el fallo, pero procurando darle cierto aspecto de validez formal a su manera de actuar (CIDH, 2007, párr. 33).

La Comisión ha sostenido que el incumplimiento de una orden judicial firme y la falta de acatamiento de las decisiones cautelares judiciales conllevan la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y del artículo 25 de la Convención Americana (CIDH, 2007, párrs. 34 y 35).

La CIDH ha delineado un estándar relacionado a los límites del accionar exigible a las víctimas a fin de lograr el acatamiento de las mandas judiciales a su favor, siendo que el Estado debe garantizar el cumplimiento inmediato de las decisiones judiciales sin requerir a los afectados que impulsen acciones adicionales de acatamiento. De la misma forma, la CIDH ha enfatizado la necesidad de garantizar el cumplimiento de las decisiones administrativas de forma eficaz (CIDH, 2007, párrs. 36 y 37; CIDH, 2017c, párr. 533 y 534).

El SIDH ha comenzado a desarrollar estándares en relación con el diseño y puesta en práctica de mecanismos eficaces de ejecución de sentencias, con la expresión que la responsabilidad de las autoridades estatales no concluye cuando el sistema de justicia dicta sentencia definitiva y esta queda firme. La Corte apunta que el Estado, a partir de este momento, debe garantizar los medios necesarios a fin de posibilitar la efectiva ejecución de dicha decisión definitiva. En efecto, el derecho a la protección judicial resultaría ilusorio si el ordenamiento jurídico interno de los Estados diera lugar a que un mandato judicial final y obligatorio persista ineficaz en detrimento de una de las partes. La etapa de ejecución de las decisiones judiciales firmes debe ser entendida como parte integrante del derecho a la tutela judicial efectiva. En los fallos en materia de acciones de garantía, la Corte ha sostenido que, en razón de la naturaleza de los derechos protegidos, el Estado debe acatarlos en el menor tiempo posible, adoptando todas las medidas necesarias al efecto. En este punto, las normas presupuestarias no pueden justificar una demora prolongada en el tiempo en

el acatamiento de las decisiones judiciales que resguardan derechos humanos. La Corte ha entendido que la demora en la ejecución de la sentencia no puede ser tal que conlleve una mayor afectación de los derechos protegidos en la decisión y, en consecuencia, desvirtúe el derecho a la tutela judicial efectiva (CIDH, 2007, párrs. 38, 39 y 40).

Por fin, destacamos que la justiciabilidad de los DESCAs en el SIDH está ocurriendo de tres maneras. Los derechos a la libertad sindical y a la educación son exigibles bajo el artículo 19, numeral 6 del Protocolo de San Salvador. Los demás DESCAs –e incluso los mencionados– son exigibles bajo el artículo 26 de la CADH. Para los países que no han ratificado la Convención o el Protocolo, los DESCAs son exigibles bajo la Declaración Americana.

El artículo 26 establece una obligación en cabeza de los Estados partes, de procurar el desarrollo progresivo de los derechos que dicha norma contiene. Aunque ambos órganos del Sistema Interamericano han reafirmado su competencia para pronunciarse sobre posibles violaciones del artículo 26 de la Convención Americana en el marco del sistema de peticiones y casos individuales, esta disposición había sido materia de poco desarrollo en la jurisprudencia del Sistema Interamericano relativa a casos contenciosos. En sus pronunciamientos sobre la materia, la Corte ha ido enfatizando la interdependencia e indivisibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales respecto de los derechos civiles y políticos, hasta llegar a considerar la directa violación del artículo 26 por vez primera en el caso *Lagos del Campo vs. Perú* (Corte IDH, 2017).

Siendo la puerta de entrada al sistema de casos del Sistema Interamericano, con un estimado de entre 2.000 y 3.000 peticiones recibidas en los últimos años resulta de suma importancia para los DESCAs el enfoque interpretativo que la CIDH sigue en la materia. Así, junto con reconocer que la interpretación del artículo 26 de la Convención y la determinación concreta de su alcance y contenido puede revestir ciertas complejidades interpretativas, a partir de la creación de su REDESCA la Comisión ha empezado a reconocer cada vez más reiterada y vigorosamente la necesidad de aplicación autónoma del artículo 26 en aquellos casos que involucran DESCAs.

Así, en general la Comisión está considerando que el análisis de un caso concreto a la luz del artículo 26 de la Convención Americana debe ser efectuado en dos niveles. En un primer momento, es necesario establecer si el derecho del que se trata el caso se deriva “de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de Estados Americanos”, tal como remite el texto del artículo 26. Es decir, el artículo 26 de la CADH es el que atribuye a la Carta de la OEA como fuente directa de derechos, asignando carácter de derechos humanos a las disposiciones que sobre la materia pueden desprenderse de dicho tratado. Dado que el objeto de la Carta de la OEA no fue individualizar derechos sino constituir un organismo internacional, es necesario recurrir a textos auxiliares para identificar los derechos que se desprenden de las disposiciones de dicho instrumento.

Una vez establecido ello, corresponde determinar si el Estado en cuestión incumplió la obligación de “lograr progresivamente” la plena efectividad de tal derecho, o aquellas obligaciones generales de respetar y de garantizar el mismo. En este segundo nivel de análisis, es preciso tomar en consideración la naturaleza y alcance de las obligaciones exigibles al Estado bajo los artículos 1.1, 2 y 26 de la Convención, así como los contenidos del derecho de que se trate, como se efectuará más adelante.

Para establecer los criterios que permitan derivar derechos específicos de la Carta de la OEA, determinar su contenido y las obligaciones de los Estados en relación con ellos, es que el artículo 29 de la CADH adquiere relevancia en tanto que establece los parámetros de las reglas generales de interpretación de dicho tratado. En ese sentido, de acuerdo con dicho artículo la interpretación de las disposiciones de la CADH no podrá limitar ni suprimir derechos reconocidos por la normativa interna de los Estados o por cualquier otro tratado del que este sea parte, ni excluir los efectos de la Declaración Americana sobre Derechos y

Deberes del Hombre u otros actos internacionales de la misma naturaleza. La disposición recepta así el principio “pro persona” en el Sistema Interamericano y ofrece una herramienta clave para la efectiva protección de todos los derechos humanos reconocidos en las Constituciones de los Estados Parte, como en los instrumentos interamericanos o universales de derechos humanos ratificados por los mismos.

A partir de la interpretación integral, que el artículo 26 requiere a la luz de las disposiciones del artículo 29, la Comisión considera pertinente referirse a las obligaciones que se desprenden del artículo 26 de la Convención Americana y que pueden ser materia de pronunciamiento por parte de los órganos del Sistema Interamericano en el marco de casos contenciosos. Al respecto, para el caso específico, la Comisión considera que en la interpretación del artículo 26 de la Convención Americana se debe tener en cuenta el Protocolo adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o “Protocolo de San Salvador” pues permite determinar el alcance de la obligación estatal en materia de desarrollo progresivo del derecho en análisis. En su artículo 1, el Protocolo establece que los Estados partes se comprometen a adoptar las medidas necesarias, hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo, a fin de lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se reconocen en el instrumento.

Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales contempla en su artículo 2.1 disposiciones similares a las del artículo 26 de la Convención Americana y a las del artículo 1 del Protocolo de San Salvador. La Comisión ya ha acudido a los pronunciamientos del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en cuanto a la noción de progresividad y al alcance de las obligaciones que se desprenden de la misma. En ese sentido, dicho Comité (1990) ha explicado que la noción de progresividad:

no se ha de interpretar equivocadamente como que priva a la obligación de todo contenido significativo. Por una parte, se requiere un dispositivo de flexibilidad necesaria que refleje las realidades del mundo real y las dificultades que implica para cada país el asegurar la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales. Por otra parte, la frase debe interpretarse a la luz del objetivo general, en realidad la razón de ser, del Pacto, que es establecer claras obligaciones para los Estados Partes con respecto a la plena efectividad de los derechos de que se trata. Este impone así una obligación de proceder lo más expedita y eficazmente posible con miras a lograr ese objetivo (párr. 9).

A la luz de lo anteriormente descrito puede afirmarse que la Comisión entiende que el artículo 26 de la Convención Americana impone diversas obligaciones a los Estados que no se limitan a una prohibición de regresividad, el cual es tan sólo un correlato de la obligación de progresividad, pero no puede entenderse como la única obligación justiciable en el Sistema Interamericano bajo esta norma. Así, la Comisión afirma que teniendo en cuenta el marco interpretativo del artículo 29 de la Convención Americana, el artículo 26 visto a la luz de los artículos 1.1 y 2 del mismo instrumento, se desprenden, al menos las siguientes obligaciones inmediatas y exigibles: i) obligaciones generales de respeto y garantía; ii) aplicación del principio de no discriminación a los derechos económicos, sociales y culturales; iii) obligaciones de dar pasos o adoptar medidas para lograr el goce de los derechos incorporados en dicho artículo; y iv) ofrecer recursos idóneos y efectivos para su protección. Las metodologías o fuentes de análisis que resulten pertinentes para cada una de estas obligaciones, deberán ser establecidas según las circunstancias propias de cada caso.

En relación con los componentes exigibles e inmediatos de la obligación de dar pasos o adoptar medidas, el Comité DESC ha indicado, por ejemplo, que la adopción de medidas por sí misma no se encuentra limitada o condicionada a otras consideraciones;

por ello, si bien el logro de la realización efectiva de los derechos podrá ser paulatino, la adopción de medidas o providencias para tales efectos deben ser deliberadas, concretas y orientadas lo más claramente posible a su cumplimiento. El Estado además tiene obligaciones básicas que deben satisfacer niveles esenciales de tales derechos, las cuales no están sujetas al desarrollo progresivo, sino que son de carácter inmediato (Comité DESC, 1990; CIDH, 2017c, párrs. 236 y 237).

5. CONCLUSIONES

El Sistema Interamericano ha inaugurado una nueva etapa en su accionar con el realce dado a los DESCAs por la CIDH y por la Corte. La creación de la Relatoría Especial sobre Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (REDESCA) es un símbolo de ese proceso y un importante avance en la institucionalización de los DESCAs en el SIDH. Los logros cosechados por la REDESCA desde su fundación confirman el valor histórico de la decisión de la CIDH al ponerla en marcha, en aras de asegurar la promoción y protección de los derechos humanos en su integralidad, con apego a los principios de indivisibilidad, interdependencia e interrelación que requiere la realización efectiva de la dignidad humana, en su intrínseca relación con la democracia, el desarrollo y el medio ambiente.

En este sentido, la Relatoría Especial sobre DESCAs procura consolidarse como la entidad especializada líder en la promoción y protección de los DESCAs para la aplicación a la materia del mandato hemisférico de la CIDH, fomentando la integralidad de los derechos humanos, con énfasis en las causas estructurales de la desigualdad y en las poblaciones en situación de vulnerabilidad o discriminación histórica.

En su labor de analizar y monitorear la situación de los DESCAs en el continente Americano, la Relatoría Especial sobre DESCAs también viene llamando la atención específica en relación con el debilitamiento del derecho al trabajo y del derecho al medio ambiente sano. En cuanto al primero, la disminución del empleo formal y asalariado y el crecimiento del empleo informal y por cuenta propia es preocupante por debilitar las condiciones de vida de las personas y dificultar su supervivencia a través de su trabajo. El avance de ese cuadro lleva a un aumento de la pobreza e incrementa la desigualdad en el hemisferio, además que vulnera el goce del derecho al trabajo y a las condiciones justas, equitativas y satisfactorias. Por eso es tan importante desarrollar estándares en esta materia, especialmente en tiempos de lo que se denomina la “Cuarta Revolución Industrial” a consecuencia de la digitalización y robotización del mundo del trabajo.

Sobre el derecho al medio ambiente sano, la Relatoría Especial DESCAs notó el aumento de la degradación ambiental en las Américas y la urgencia de coordinar una actuación conjunta con los países de la región para garantizarlo y enfrentar los desafíos emergentes del cambio climático. La REDESCA apunta que el derecho al medio ambiente es central para garantizar todos los DESCAs, considerando su profunda conexión con otros derechos, como el agua, la vivienda, el trabajo, la salud, la alimentación o la cultura. Asimismo, el mandato viene insistiendo en la importancia del denominado Acuerdo de Escazú elaborado con el auspicio de CEPAL-ONU, sobre derechos de acceso y participación en materia medio ambiental, llamando a los Estados de la región a ratificarlo.

Por fin, destacamos que el acceso a la justicia para los DESCAs es fundamental. Por un lado, debido a que un derecho que no cuente con una vía de reclamación es más difícil de ser ejercido. Por este motivo, es clave que las personas accedan a la justicia –cuando sea necesario– para hacer efectivo sus DESCAs. Por otro lado, el acceso a la justicia redundará en un mayor reconocimiento de estos derechos que históricamente han sido relegados respecto a los civiles y políticos. Mucho se ha avanzado en el reconocimiento en pie de igualdad

de todos los derechos humanos, su interdependencia e indivisibilidad. En este sentido la entrada en vigor del Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) en el Sistema Internacional ha significado un gran avance. En esta conquista, la ratificación de muchos países de la región, también fue clave. Desde la Relatoría Especial DESCA la afirmación de la indivisibilidad de todos los derechos humanos, así como la complementariedad de los sistemas y mecanismos nacionales e internacionales de derechos humanos, es un aspecto clave a fomentar para la efectiva promoción y protección de los DESCA.

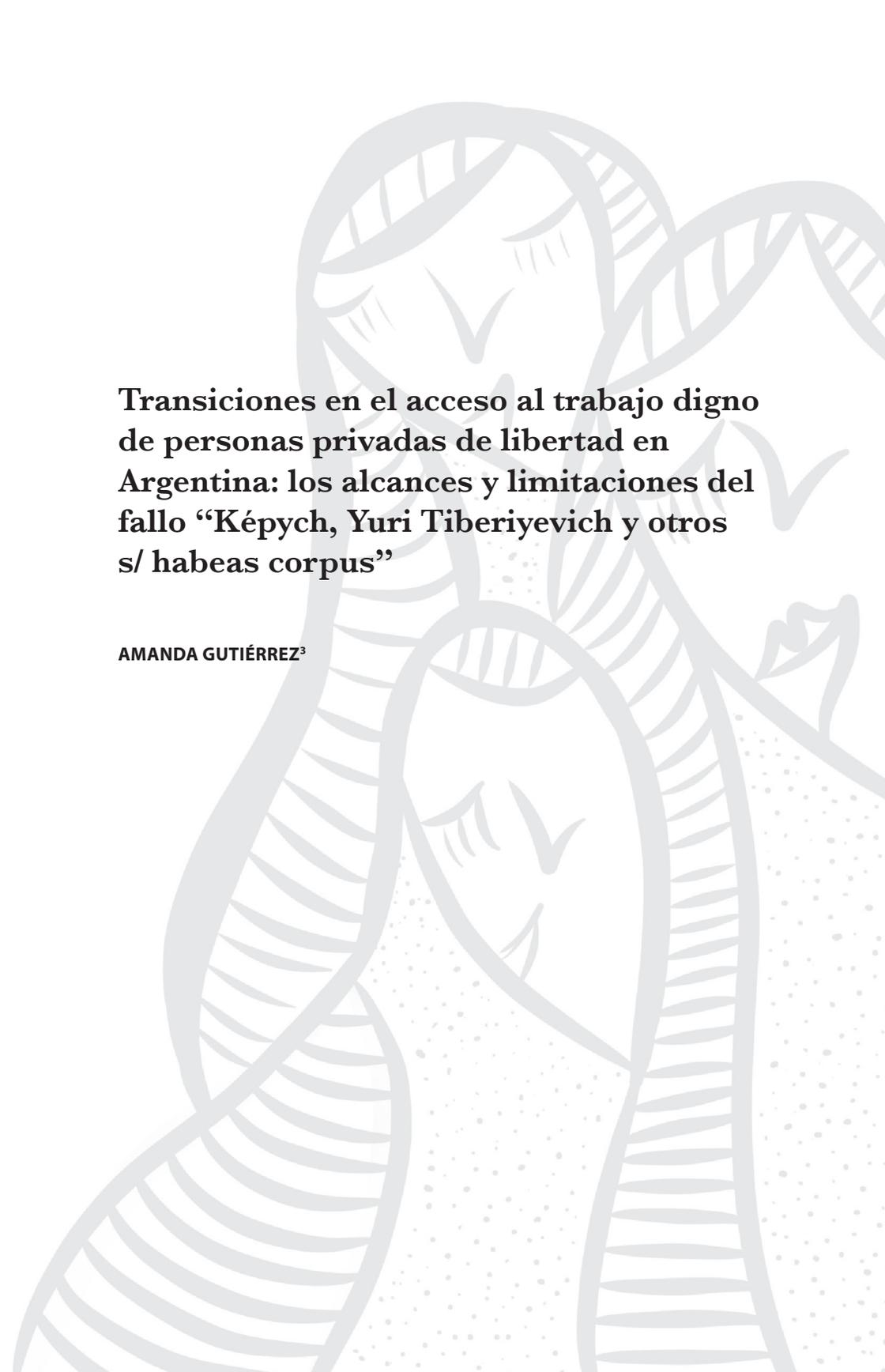
Asimismo, es un aspecto central la justiciabilidad en la materia a la luz del control de convencionalidad para apoyar procesos nacionales de pleno reconocimiento de estos derechos, así como de los defensores/as que trabajan para su vigencia muchas veces con grave riesgo para sus vidas, como es el caso de quienes defienden el medio ambiente, la tierra y el territorio.

En cuanto al Sistema Interamericano, la sentencia de la Corte en el caso Lagos del Campo versus Perú y las que posteriormente han recaído con una interpretación autónoma del artículo 26 del Pacto de San José, auguran importantes avances de los estándares del sistema. Dicha decisión representa un hito histórico en la jurisprudencia interamericana y un paso hacia adelante en la región en la interdependencia e indivisibilidad de los derechos civiles y políticos y los DESCA. La posibilidad de exigir jurídicamente y de manera vinculante el respeto y garantía de los DESCA a través de los órganos del Sistema Interamericano permitirá desarrollar y definir progresivamente el contenido de cada uno de estos derechos y las obligaciones de los Estados Partes en relación con ellos, facilitando la formulación de políticas públicas adecuadas y estableciendo estándares y lineamientos regionales para su efectivo disfrute y realización, en especial respecto de las poblaciones en mayor situación de vulnerabilidad.

BIBLIOGRAFÍA

- Banco Interamericano de Desarrollo (2018). *La automatización en la región: actualidad y perspectivas*. Recuperado de: <http://conexionintal.iadb.org/2018/09/03/la-estructura-productiva-regional-y-el-uso-de-robots-actualidad-y-perspectivas>.
- Comisión Económica para América Latina y el Caribe (2017). *Panorama Social de América Latina: 2017*, Recuperado de: https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/42716/7/S1800002_es.pdf.
- Comisión Económica para América Latina y el Caribe (2018). *La desigualdad disminuye en América Latina en la última década, pero su reducción presenta signos de estancamiento*, Recuperado de: <https://www.cepal.org/es/comunicados/la-desigualdad-disminuye-america-latina-la-ultima-decada-pero-su-reduccion-presenta>.
- Comisión Económica para América Latina y el Caribe (2018). *Panorama Social de América Latina: 2018*, Recuperado de https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/44395/11/S1900051_es.pdf.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2007). *El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales: estudio de los estándares fijados por el sistema interamericano de derechos humanos*. Disponible en: OEA/Ser.L/V/II.129 Doc.4.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2015, junio 24). *Comunicado de prensa 73/2015*, Recuperado en 18 septiembre 2019, Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2015/073.asp>. Acceso en: 17 ene. 2019.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2017). *Informe anual de la CIDH*. Disponible en: OEA/Ser.L/V/II. Doc. 210.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2017). *Informe sobre pobreza y derechos humanos en las Américas*. Disponible en: OEA/Ser.L/V/II.164 Doc. 147.

- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2017). *Plan Estratégico 2017-2021*. Disponible en: OEA/Ser.LV/II.161 Doc. 27/17.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2017, mayo 1). *Comunicado de prensa 56/2017*, Recuperado en 18 septiembre 2019. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2017/056.asp>.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2018). *Informe anual de la CIDH*. Disponible en: OEA/Ser.LV/II.Doc 30.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2018). Resolución No. 1/18: Corrupción y Derechos Humanos.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2019, julio 31). CIDH y su REDESCA solicitan Opinión Consultiva sobre libertad sindical con perspectiva de género, Recuperado en 18 septiembre 2019. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2019/185.asp>.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2019, septiembre 3). *CIDH y su REDESCA expresan profunda preocupación por la deforestación y la quema en la Amazonía*, Recuperado en 18 septiembre 2019. Disponible en: <https://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2019/215.asp>.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2019, septiembre 23). *CIDH y su REDESCA expresan solidaridad al pueblo de Bahamas por los daños ocasionados por el huracán Dorian y llaman a urgente implementación de respuesta basada en los derechos humanos*, Recuperado en 26 septiembre 2019. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2019/237.asp>.
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (2012). *Carta de fecha 16 de mayo de 2012 dirigida a los Estados partes en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales por el presidente del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, Doc. HRC/NONE/2012/76.
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (2016). Observación general núm. 23 (2016) sobre el derecho a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias (artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales).
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas (1990). Observación general 3: La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto), adoptada en el Quinto Período de Sesiones, 1990, E/1991/23.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2002). Corte IDH. Caso Cantos Vs. Argentina. Sentencia de 28 de noviembre de 2002. Serie C No. 97.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2017). Caso Lagos del Campo Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2017. Serie C No. 340.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2019). Caso Muelle Flores Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de marzo de 2019. Serie C No. 375.
- Oficina Internacional del Trabajo (2016). 326ª Reunión del Consejo de Administración – Tercer punto del orden del día – Iniciativa relativa a las normas: Informe conjunto de los presidentes de la Comisión de expertos en aplicación de convenios y recomendaciones y del comité de libertad sindical. Febrero, 2016.
- Organización Internacional del Trabajo (1998). *Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento*, adoptada en 1998.
- Organización Internacional del Trabajo (2017). *Panorama laboral 2017: América Latina y Caribe*.



**Transiciones en el acceso al trabajo digno
de personas privadas de libertad en
Argentina: los alcances y limitaciones del
fallo “Képych, Yuri Tiberiyevich y otros
s/ habeas corpus”**

AMANDA GUTIÉRREZ³

RESUMEN

El presente trabajo recorre la historia del fallo “Képych, Yuri Tiberiyevich y otros s/ habeas corpus”, en el cual la Cámara Federal de Casación Penal requirió la elaboración de un régimen de trabajo para las personas privadas de su libertad acorde a la normativa laboral interna e internacional. Si bien la ejecución del fallo y su efecto sobre las políticas públicas en la materia ha sido muy endeble, el fallo propició el desarrollo de una agenda jurídica y política interinstitucional y fortaleció futuras acciones de habeas corpus con planteos similares.

Palabras claves: Trabajo • Penitenciario • Képych • Reclusos • DESC

ABSTRACT

The present work traces the history of the ruling “Képych, Yuri Tiberiyevich and other s/ habeas corpus”, in which the Federal Chamber of Criminal Cassation required the elaboration of a work regime for people deprived of their liberty according to labor regulations Internal and international. Although the execution of the ruling and its effect on public policies in the matter has been very weak, the ruling led to the development of an inter-institutional legal and political agenda and strengthened future actions of habeas corpus with similar issues.

Keywords: Employment • Prison • Képych • Incarcerated • ESCR

3 Amanda Gutiérrez es abogada egresada de la Facultad de Derecho de la Universidad de Yale, licenciada en políticas públicas egresada de la Universidad de North Carolina-Chapel Hill, y doctoranda en ciencias sociales en FLACSO-Argentina. Se ha desempeñado como asesora del Defensor General e integrante del equipo de Violencia Institucional en el Ministerio Público de la Defensa de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Es consultora en el Instituto de Justicia y Derechos Humanos de la Universidad Nacional de Lanús, donde realiza tareas de investigación sobre la persecución de la tortura contra personas privadas de su libertad.

1. INTRODUCCIÓN: PERSONAS PRIVADAS DE LIBERTAD EN ARGENTINA Y SU ACCESO AL TRABAJO

Tal como ha sucedido en otros países del mundo afectados por el encarcelamiento masivo, el crecimiento exponencial de personas privadas de su libertad en Argentina ha generado un interés en las consecuencias de la cárcel sobre el tejido social de las comunidades que se ven afectadas por esta institución. En particular, la Procuración Penitenciaria de la Nación (PPN)⁴, organismo de control de cárceles federales, ha observado que el enorme hacinamiento producido por las tasas crecientes de encarcelamiento “obstaculiza el acceso al trabajo, salud, alimentación, educación y actividades recreativas” (Emergencia Carcelaria, 2019). En este contexto, la protección judicial de los derechos económicos, sociales y culturales (“DESC”), de personas privadas de su libertad resulta imprescindible para reducir el daño generado por las instituciones penitenciarias.

La normativa internacional destaca claramente que las personas privadas de su libertad no deben ser sometidas a “penurias o restricciones que no sean las que resulten de la privación de la libertad,” debiéndose garantizar el respeto de su dignidad en igualdad de condiciones a aquellas aplicables a personas libres. (Comité Derechos Humanos, Observación N°21, párr.3). En este sentido, el Informe Provisional del Relatoría Especial del Consejo de Derechos Humanos Contra la Tortura y Otros Tratos Inhumanos, Crueles y Degradantes (A/64/215) divide los derechos humanos de los reclusos en tres categorías: 1. Derechos que los detenidos han perdido como resultado de la privación legítima de su libertad; 2. Los derechos relativos, que pueden verse restringidos por razones justificadas; y 3. Los derechos absolutos y algunos otros derechos que los detenidos tienen en igualdad de condiciones que los demás seres humanos. (Álvarez 2012, pp. 5-6). Sin embargo, el proceso de identificar qué restricciones resultan justificables como resultado de la privación de la libertad, y por ende se encuadran dentro de la segunda categoría, y cuáles son contrarias a la garantía de igualdad, en la tercera, no resulta una tarea sencilla. Frente a esta ambigüedad, el litigio estratégico ofrece la posibilidad de aclarar las obligaciones del Estado y las restricciones permisibles sobre los derechos económicos y sociales de los reclusos, y a su vez, de generar cambios estructurales en las políticas públicas destinadas a esta población. En este marco, entendemos el litigio estratégico como aquel que tiene como objetivo generar un cambio social, particularmente mediante la consecución de reformas estructurales. (Bohmer y Salem, 2010). Se refiere, en este sentido, al uso del litigio para resolver problemas que usualmente se resuelven dentro del proceso político, en ocasión haciendo uso del poder judicial de “instigar y promover el debate en la sociedad” sobre una problemática. (Robbins 2007, p. 74).

En Argentina, la lucha por el reconocimiento de los derechos laborales de personas privadas de su libertad ha sido impulsada, principalmente, por aquellas personas directamente afectadas por la problemática: estas personas privadas de su libertad fueron protagonistas de estrategias asumidas, luego, por las instituciones del estado encargadas de resguardar sus derechos. Como consecuencia, tanto el Ministerio Público de la Defensa como la PPN han esgrimido argumentos reconociendo al trabajo como un derecho humano de los reclusos y han desarrollado programas de litigio estratégico en materia del derecho al trabajo y la educación. En cierta medida, este interés institucional en ampliar la protección judicial de los DESC de personas privadas de libertad, redundó en avances jurisprudenciales

4 La PPN fue creada a través del Decreto N° 1598 del 29 de julio de 1993, con el fin de proteger los derechos humanos de personas privadas de libertad dentro del régimen penitenciario federal. Procuración Penitenciaria de la Nación (s.f.). Historia. Recuperado el 1 de julio 2019 de <https://www.ppn.gov.ar/institucional/informacion-institucional/historia>.

e impulsó una agenda de discusión política y social en la materia. Sin embargo, los avances jurídicos aún no han logrado producir cambios sustantivos en la realidad de los trabajadores privados de su libertad.

2. EL CONTEXTO ACTUAL: EL TRABAJO CARCELARIO EN LAS CÁRCELES FEDERALES EN ARGENTINA

Actualmente, tanto el acceso al trabajo como las condiciones del trabajo carcelario en Argentina demuestran serias deficiencias. Por un lado, las tasas de ocupación en cárceles federales, entendida como la cantidad de detenidos con acceso a una tarea remunerada, aumentó significativamente entre 2010 y 2013, pero decayó levemente en 2016. (PPN, 2017). Sin embargo, según los entrevistados de la PPN, a partir de la crisis económica que avasalló el país en 2018 y las consecuentes políticas de ajuste adoptadas por el gobierno nacional, el presupuesto otorgado al trabajo carcelario disminuyó notoriamente, disminuyendo la oferta de trabajo intramuros. El informe del Presupuesto de la Administración Nacional del primer trimestre de 2018 confirma esta observación, demostrando una reducción interanual del presupuesto destinado al programa de "Laborterapia de Internos" de 42,1 millones de pesos (Subsecretaría de Presupuesto, 2018, p. 76)⁵. Asimismo, el informe del Presupuesto de la Administración Nacional del primer trimestre de 2019 demuestra una reducción en el porcentaje de trabajadores que participan en el trabajo carcelario, tanto en 2018 como en 2019 (Subsecretaría de Presupuesto, 2019, p. 91).

El trabajo en las cárceles federales argentinas suele tomar tres formas: primero, existen tareas de servicios dentro de la cárcel administradas directamente por el servicio penitenciario; segundo, se realizan talleres productivos dentro de las cárceles gestionadas por el Ente de Cooperación Técnica y Financiera del Servicio Penitenciario (ENCOPE), un organismo independiente del servicio penitenciario, creado por ley 24.372 para gestionar el trabajo carcelario; y tercero, se brinda trabajo en talleres tercerizados, gestionados mediante convenios entre empresas privadas y el ENCOPE. (Gual y Marzik, 2015). Según la PPN, la concentración del trabajo en servicios intramuros y en talleres tercerizados, que no requieren la instalación previa de maquinaria, demuestra "la asociación del trabajo con una lógica de gobernabilidad del espacio carcelario a partir de un orden negociado, antes que como un derecho reconocido" (PPN, 2017, pp. 38-39). Este trabajo suele ser de baja calidad, dificultando la reinserción digna de los reclusos en el mercado laboral.

Estas lógicas generan importantes distancias entre los derechos laborales reconocidos formalmente en la ley de ejecución penal y su despliegue en la práctica. En primer lugar, en vez de recibir un trabajo por iniciativa del Estado, son las personas detenidas quienes deben solicitar una entrevista con agentes penitenciarios para ser afectados a tareas laborales, a veces con la ayuda de otro interno. Frecuentemente, los internos cumplen tareas laborales por tiempos prolongados antes de ser registrados como trabajadores, sin recibir contraprestación alguna. Sólo el 16,9% de los internos encuestados en un estudio de la PPN aseguró no haber trabajado gratuitamente previo a ser dado de alta formalmente. Más grave aún, se detectaron cuatro casos de reclusos que trabajaron sin remuneración por más de un año. Por otro lado, los detenidos encuentran dificultades en

5 Sin embargo, el informe del Presupuesto de la Administración Nacional del primer trimestre de 2019 demuestra un aumento interanual para este programa más reciente, aunque el porcentaje de recursos destinados al programa de Laborterapia se mantuvo relativamente estable en relación al total de presupuesto destinado al Servicio Penitenciario Federal (Subsecretaría de Presupuesto, 2019, pág. 86).

aseverar los días trabajados debido a la informalidad del registro, lo cual resulta en una divergencia significativa entre las horas trabajadas y las abonadas. La remuneración se altera discrecionalmente debido, en parte, a la arbitrariedad en el reconocimiento de licencias pagas por parte del ENCOPE. (PPN, 2017).

Por lo tanto, lejos del paradigma de derechos humanos que debería regir sobre los contextos de encierro, la situación laboral de personas privadas de su libertad se caracteriza por estas notorias violaciones de los derechos más básicos de trabajadores privados de su libertad. El litigio estratégico que es objeto de esta investigación, el fallo “Képych, Yuri Tiberiyevich y otros s/ habeas corpus” (en adelante, “Képych”), se inserta en este marco. Allí, la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal en ese caso resolvió favorablemente un habeas corpus correctivo interpuesto por internos que impugnaban los descuentos a su remuneración por ausencias justificadas, como aquellas motivadas por enfermedad, visitas familiares, comparendos judiciales o por estudio. Los magistrados reconocieron el carácter laboral del trabajo de las personas privadas de su libertad y establecieron un piso fundamental de reconocimiento de sus derechos. Asimismo, se determinó que el Estado debería elaborar un régimen de trabajo que garantice los principios consagrados en instrumentos internacionales de derechos humanos y, en el ínterin hasta que se desarrolle tal regulación, se ordenó al Estado, aplicar la Ley de Contrato de Trabajo, norma que rige sobre el resto de las relaciones laborales, a las situaciones laborales de personas privadas de su libertad.

A pesar de la importancia de esta caracterización jurídica del trabajo intramuros, el caso no logró revertir la arbitrariedad que caracteriza la situación laboral de personas privadas de su libertad. No obstante, los efectos de haber gestado las distintas instancias de diálogo a las cuales dio lugar el caso fueron, indudablemente, positivos para el desarrollo de una agenda política en la materia. Si bien no se ha avanzado en la implementación de una política pública superadora en este tema, si se han definido con mucha mayor precisión sus objetivos y horizontes. A su vez, este desarrollo interpretativo nutrió los esfuerzos de litigantes posteriores, fortaleciendo sus argumentos y coordinación. De esta manera, logró aceitar un mecanismo de acceso a la justicia para los trabajadores privados de su libertad.

3. METODOLOGÍA

Esta investigación reúne dos metodologías centrales. Por un lado, se realizaron una serie de entrevistas semiestructuradas con actores claves en el tema, a fin de analizar cómo surgió el habeas corpus, el rol de los internos afectados y de otras instituciones en el litigio. En particular, se realizaron entrevistas con diversos actores de la Procuración Penitenciaria de la Nación y con miembros del sindicato de trabajadores privados de su libertad en la cárcel de Devoto, el Sindicato Unico de Trabajadores Privados de la Libertad Ambulatoria (“SUTPLA”). A pesar de ser contactados, los representantes del ENCOPE no brindaron ningún comentario acerca del caso. Asimismo, el trabajo analiza algunos documentos primarios de organismos del Poder Ejecutivo para dar cuenta del proceso administrativo en esta materia posterior al fallo.

Por otro lado, el ensayo detalla el contenido jurídico del fallo Képych y su incorporación de la normativa internacional pertinente. Finalmente, evalúa los avances normativos desarrollados en otros reclamos judiciales por los derechos laborales de personas privadas de libertad, posterior al caso Képych, tanto en relación a los derechos laborales directamente afectados por Képych como respecto de las condiciones laborales de personas privadas de su libertad.

4. MARCO NORMATIVO NACIONAL E INTERNACIONAL

4.1 Sobre la función y características del trabajo carcelario en Argentina

El fallo Képych se inserta frente a diversos aspectos de la normativa interna e internacional que hasta ese entonces, presentaban ambigüedades y contradicciones. En primer lugar, en ambos contextos, la normativa señala la función que debe cumplir el trabajo intramuros. Al nivel interno, por ejemplo, el capítulo VII de la Ley de Ejecución Penal, 24.660, establece las normas que rigen sobre el trabajo intramuros⁶. El artículo 106 de esa ley establece que el trabajo “constituye un derecho y un deber del interno” y que es “una de las bases del tratamiento y tiene positiva incidencia en su formación”. La normativa internacional coincide en que el trabajo intramuros debería de cumplir una función resocializadora en vez de punitiva⁷. Por ejemplo, la Regla 71 de Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, actualizadas en 2015 y denominadas Reglas Mandela, aclara que el trabajo penitenciario “no deberá tener carácter afflictivo.” Esto es, no puede ser considerado una pena en sí ni un agravante en su ejecución⁸. Del mismo modo, los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas, desarrollados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, establecen que las personas privadas de libertad tienen derecho a trabajar, y que el ejercicio de este derecho debe “promover la reforma, rehabilitación y readaptación social de los condenados, estimular e incentivar la cultura del trabajo, y combatir el ocio en los lugares de privación de libertad.” (CIDH 2008, Principio XIV).

A su vez, tanto la normativa internacional como la ley de ejecución penal al nivel interno establecen que, en general, la privación de la libertad ambulatoria no debería de resultar en la pérdida de derechos más allá de aquellos necesariamente afectados por el encarcelamiento. Por ejemplo, el artículo 2 de la ley de ejecución penal establece que, “el condenado podrá ejercer todos los derechos no afectados por la condena o por la ley y las reglamentaciones que en su consecuencia se dicten y cumplirá con todos los deberes que su situación le permita y con todas las obligaciones que su condición legalmente le impone.” Entonces, las personas privadas de libertad deben gozar, como cualquier otra persona, del derecho a trabajar, excepto en la medida que la ley misma afecte ese derecho al trabajo.

En el mismo sentido, la normativa internacional que rige sobre la privación de libertad también establece una suerte de principio de igualdad limitado. Por ejemplo, el princi-

6 Cabe destacar que el artículo 229 de esta norma fue reformada por la ley 27.375 en 2017. Si bien previo a la reforma de este artículo, la totalidad de la norma era considerada complementaria al Código Penal, y por ende aplicable a todo el territorio nacional, actualmente la norma establece que es complementaria al Código Penal “en lo que hace a los cómputos de la pena y regímenes de libertad condicional y libertad asistida.” Sin embargo, el artículo 228 ya establecía, previo a la reforma, la obligación de que las provincias adecúen su legislación y reglamentaciones penitenciarias a lo establecido por la ley 24.660, incluso en lo referido al trabajo. En este sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación estableció en el fallo “Verbitsky, Horacio s/hábeas corpus”, que la ley 24.660 “establece un marco mínimo de régimen, más allá del cual pueden avanzar las provincias en sus respectivas legislaciones.” Porta señala que las provincias han tenido reacciones disímiles a esa obligación. Porta, Elsa (2018, abril 28). Ley de Ejecución de la Pena Privativa de Libertad Comentada y de Acceso Libre: Artículos 106 A 132: Trabajo, en Revista Pensamiento Penal, en <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/106a132porta.pdf>.

7 Esta mirada sobre el trabajo se enmarca en un proceso histórico al nivel global en el cual fue cambiando, paulatinamente, la visión sobre la función que pretendía cumplir el trabajo en prisión. En particular, Elsa Porta destaca cuatro periodos históricos sobre la evolución del trabajo en prisión, incorporados en las recomendaciones establecidas en el 2° Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente en 1960: primero, una etapa en la cual el trabajo forzoso fue considerado una pena legítima en sí mismo; segundo, una etapa de transición en la cual se consideraba al trabajo como un componente de la pena (esto es, un agravante de la ejecución penal); tercero, un período en el cual se plantea al trabajo como un medio beneficioso para promover la resocialización del detenido; y por último, un período moderno en el cual el trabajo intramuros es visto como una parte integrante del trabajo en general, al cual tanto los presos como cualquier otra persona tienen derecho (Porta, 2018).

8 Este marco se ha traducido también al ámbito interno. En el fallo “Verbitsky, Horacio s/hábeas corpus”, la Corte Suprema de Justicia de la Nación estableció que estas Reglas “se han convertido, por vía del art. 18 de la Constitución Nacional, en el estándar internacional respecto de personas privadas de libertad”.

pio 5 de la Declaración de Principios Básicos para el Tratamiento de los Reclusos establece que “con excepción de las limitaciones que sean evidentemente necesarias por el hecho del encarcelamiento, todos los reclusos seguirán gozando de los derechos humanos y las libertades fundamentales consagrados en la Declaración Universal de Derechos Humanos y, cuando el Estado de que se trate sea parte, en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y su Protocolo Facultativo, así como de los demás derechos estipulados en otros instrumentos de las Naciones Unidas.” Asimismo, la Regla 72 de las Reglas de Mandela establece que “la organización y los métodos de trabajo penitenciario deberán asemejarse lo más posible a los que se aplican a un trabajo similar fuera del establecimiento;” mientras que la Regla 76 requiere que “el trabajo de los reclusos deberá ser remunerado de una manera equitativa” (ACNUDH, 1977).

4.2 Principios de igualdad y no-discriminación

Por otro lado, los tratados internacionales que han adquirido jerarquía constitucional mediante el artículo 75, inciso 22 de la Constitución Argentina también establecen algunos principios más generales sobre la igualdad y no-discriminación que se deben considerar al momento de analizar los derechos laborales de trabajadores privados de su libertad, aunque estos no se han aplicado directamente al contexto del trabajo intramuros. En particular, tanto el artículo 24 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos como el artículo 26 del PIDCP establecen que todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. Por otro lado, el artículo 7 del PIDESC establece que los Estados Partes reconocen el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren, entre otras cosas, un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor e iguales oportunidades de ascenso.

En el contexto latinoamericano, estos principios aún no han sido aplicados al trabajo carcelario. Sin embargo, cabe destacar que el análisis de conceptos análogos en el contexto europeo ha tenido resultados negativos para los trabajadores privados de su libertad. En particular, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (“TEDH”) ha sentado que ciertas normas que generan desigualdades entre los beneficios recibidos por trabajadores en prisión y trabajadores extramuros no conculcan el principio de no-discriminación en el artículo 14 de la Convención Europea de Derechos Humanos. En “Stummer,” por ejemplo, el TEDH determinó que una norma que prohibía que los trabajadores privados de libertad se afiliaran al sistema jubilatorio no violaba la prohibición de la discriminación. El Tribunal observó que cuando el principio de no-discriminación se aplica a medidas económicas o de estrategia social, se le concede un amplio margen de discreción al Estado para determinar políticas sociales: estas deben ser respetadas si no son “manifiestamente sin fundamento razonable.” Primero, el tribunal determinó que si bien el trabajo carcelario tiene dimensiones muy distintas al trabajo en libertad (ya que este es obligatorio y responde a un interés resocializador), los trabajadores presos se encontraban en una situación semejante a otros respecto de su situación jubilatoria. Sin embargo, consideró que las razones brindadas por el Estado para justificar la diferencia en el trato, que derivaban del aporte menor que realizaban los trabajadores privados de su libertad, eran válidas. Por otro lado, al analizar la proporcionalidad de la restricción, determinó que la medida no carecía manifiestamente de fundamento razonable, por lo cual no encontró una violación del artículo 14. Si bien los organismos del Sistema Interamericano no han adoptado este mismo criterio, el precedente sirve de referencia para anticipar que el principio de no-discriminación no necesariamente requeriría, por sí solo, un trato igualitario de los trabajadores privados de libertad y aquellos que trabajan extramuros.

4.3 Categorías de trabajo carcelario y la prohibición del trabajo esclavo

Aunque la problemática del trabajo forzoso en contextos de encierro no constituye el enfoque del precedente analizado aquí, el marco jurídico internacional sobre esta temática resulta relevante para evaluar el esquema normativo interno. Al nivel interno, la ley de ejecución penal establece una distinción entre el trabajo remunerado y el no-remunerado, así también como entre el voluntario y el obligatorio, que resulta interesante analizar a la luz de la normativa internacional en la materia. Sin embargo, la información relevada por la PPN demuestra que aún estas distinciones formales no se respetan en la práctica⁹. (PPN, 2017). Por lo tanto, las diversas prohibiciones de la esclavitud, la servidumbre y el trabajo forzoso en la normativa internacional aportan un marco adicional para evaluar la convencionalidad del despliegue actual del trabajo carcelario.

En primer lugar, tanto los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), como el artículo 6.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos prohíben el trabajo forzoso, con una excepción limitada para el trabajo realizado por personas condenadas. Puntualmente, el Convenio 29 de la OIT establece en su artículo 2 letra c, que no se considera trabajo forzoso a "... cualquier trabajo o servicio que se exija a un individuo en virtud de una condena pronunciada por sentencia judicial, a condición de que este trabajo o servicio se realice bajo la vigilancia y control de las autoridades públicas y que dicho individuo no sea cedido o puesto a disposición de particulares, compañías o personas jurídicas de carácter privado". En caso de que el trabajo carcelario no cumpla con estas dos condiciones, se considerará trabajo forzoso a "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." Por otro lado, aún en casos de trabajos que pueden ser legítimamente obligatorios sin conculcar la prohibición del trabajo forzoso, el artículo 14 del Convenio 29 de la OIT establece que, con ciertas excepciones, "el trabajo forzoso u obligatorio, en todas sus formas, deberá ser remunerado en metálico y con arreglo a tasas que, para el mismo género de trabajo, no deberán ser inferiores a las vigentes en la región donde los trabajadores estén empleados, ni a las vigentes en la región donde fueron reclutados." (COIT, 1930).

La Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR), el organismo que evalúa las memorias regulares de los estados que han ratificado convenios de la OIT, se ha pronunciado sobre la compatibilidad de la ley de ejecución penal argentina con la prohibición del trabajo forzoso en respuesta a una solicitud directa presentada por la Central de Trabajadores de la Argentina en 2018. En particular, la Comisión observó que "si bien un preso no puede ser forzado a trabajar, su negativa será considerada «falta media» e incidirá desfavorablemente en el comportamiento del preso, lo cual redundará en la práctica en una coacción indirecta a trabajar." Por ende, invitó al gobierno argentino a brindar información sobre la aplicación de este artículo de la ley de ejecución penal, así como la elaboración de todo reglamento laboral que regule de manera específica el trabajo penitenciario con miras a una mejor aplicación del Convenio.

Por otro lado, en el caso "Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde v. Brasil," la Corte Interamericana de Derechos Humanos ("Corte IDH"), desarrolló una serie de estándares respecto de la prohibición de la esclavitud, la servidumbre y el trabajo forzoso establecida

9 El artículo 107 de la ley 24.660 establece que el trabajo intramuros debe ser remunerado. Sin embargo, el artículo 111 de la misma norma declara que "la ejecución del trabajo remunerado no exime a ningún interno de su prestación personal para labores generales del establecimiento o comisiones que se le encomienden de acuerdo con los reglamentos. Estas actividades no serán remuneradas, salvo que fueren su única ocupación." Finalmente, el artículo 110 establece que "sin perjuicio de su obligación a trabajar, no se coaccionará al detenido a hacerlo. Su negativa injustificada será considerada falta media e incidirá desfavorablemente en el concepto."

en el artículo 6 de la Convención Americana de Derechos Humanos¹⁰. Cabe destacar que las limitaciones a la definición genérica de estos términos que se encuentran en el Convenio No. 29 de la OIT respecto del trabajo de personas condenadas también se encuentran reflejadas en el artículo 6.3(a) de esa Convención¹¹. Allí, la Corte IDH aplicó la definición de trabajo forzoso establecida en el Convenio No. 29 de la OIT al interpretar el artículo 6.2 de la Convención Americana. Por ende, las mismas preocupaciones que surgen en el comentario de la CEACR se podrían aplicar mediante un control de convencionalidad con el artículo 6 de la Convención Americana.

Por otro lado, la Corte IDH adoptó en ese fallo una definición de servidumbre proveniente de los estándares establecidos por el TEDH en el caso "Siliadin v. Francia". Así, consideró "que esa expresión del artículo 6.1 de la Convención debe ser interpretada como "la obligación de realizar trabajo para otros, impuesto por medio de coerción, y la obligación de vivir en la propiedad de otra persona, sin la posibilidad de cambiar esa condición". Asimismo, luego de brindar un resumen de los principales antecedentes internacionales sobre el concepto de la esclavitud, la Corte consideró que "los dos elementos fundamentales para definir una situación como esclavitud son: i) el estado o condición de un individuo y ii) el ejercicio de alguno de los atributos del derecho de propiedad, es decir, que el esclavizador ejerza poder o control sobre la persona esclavizada al punto de anular la personalidad de la víctima." En cuanto al segundo elemento, señaló que "este debe ser comprendido en el fenómeno de esclavitud como "posesión", es decir la demostración de control de una persona sobre otra. Por lo tanto, a la hora de determinar el nivel de control requerido para considerar un acto como esclavitud, [...] se podría equiparar a la pérdida de la propia voluntad o a una disminución considerable de la autonomía personal." Determinó que esta definición es concordante con los precedentes del Tribunal Penal Internacional Ad Hoc para la ex-Yugoslavia, el Tribunal Especial para Sierra Leona, y la Corte de Justicia de la Comunidad Económica de África Occidental.

Dada la informalidad y la arbitrariedad que caracteriza el trabajo carcelario en Argentina y los malos tratos utilizados para gobernar las relaciones sociales intramuros, es probable que ciertas prácticas del trabajo carcelario resulten violatorias de estos estándares sobre la servidumbre y la esclavitud. Sin embargo, hasta ahora, los reclamos por los derechos laborales de personas privadas de libertad no se han presentado bajo estos estándares al nivel interno¹².

10 Según la doctrina de control de convencionalidad desarrollada por la Corte IDH en "Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú", párr. 128, así como otros casos, los jueces nacionales tienen la obligación de "velar por que el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin" mediante el ejercicio de un control de convencionalidad. Asimismo, la Constitución Argentina, en su artículo 75, inciso 22, reconoce la jerarquía constitucional de un conjunto de instrumentos internacionales de derechos humanos, incluyendo la Convención Americana.

11 El artículo 6 establece que: 1. Nadie puede ser sometido a esclavitud o servidumbre, y tanto éstas, como la trata de esclavos y la trata de mujeres están prohibidas en todas sus formas. 2. Nadie debe ser constreñido a ejecutar un trabajo forzoso u obligatorio. En los países donde ciertos delitos tengan señalada pena privativa de la libertad acompañada de trabajos forzados, esta disposición no podrá ser interpretada en el sentido de que prohíba el cumplimiento de dicha pena impuesta por juez o tribunal competente. El trabajo forzoso no debe afectar a la dignidad ni a la capacidad física e intelectual del recluso. 3. No constituyen trabajo forzoso u obligatorio, para los efectos de este artículo: (a) los trabajos o servicios que se exijan normalmente de una persona reclusa en cumplimiento de una sentencia o resolución formal dictada por la autoridad judicial competente. Tales trabajos o servicios deberán realizarse bajo la vigilancia y control de las autoridades públicas, y los individuos que los efectúen no serán puestos a disposición de particulares, compañías o personas jurídicas de carácter privado.

12 Es posible que esta precaución sea consecuencia de la poca efectividad que ha tenido esta línea de argumentación en el contexto europeo. En particular, el TEDH se ha demostrado poco susceptible a acoger los reclamos por los derechos laborales de personas privadas de su libertad presentados bajo el artículo 4 de la Convención Europea de Derechos Humanos, que prohíbe la esclavitud y el trabajo forzado. Por ejemplo, en "Floroiu v. Rumania," (2013) 15303/10 (TEDH), el TEDH determinó que una norma nacional que permitía que el trabajo carcelario sea compensado por una reducción de la condena en vez de una remuneración monetaria no resultaba violatorio del artículo 4.

4.4 Remuneración y reglamentación del trabajo carcelario

Finalmente, la ley de ejecución penal establece ciertos criterios para la remuneración del trabajo en contextos de encierro. En su artículo 107, establece que “se respetará la legislación laboral y de seguridad social vigente” y el artículo 120 señala que “los salarios serán abonados en los términos establecidos en la legislación laboral vigente.” Del mismo modo, el artículo 117 plantea que “la organización del trabajo penitenciario, sus métodos, modalidades, jornadas de labor, horarios, medidas preventivas de higiene y seguridad, atenderán a las exigencias técnicas y a las normas establecidas en la legislación inherente al trabajo libre.” En este sentido, la normativa interna pareciera aplicar un principio de igualdad limitada a los niveles de remuneración similar al que establecen las normas internacionales ya mencionadas.

El alcance de este principio, sin embargo, ha sido muy debatido en la doctrina nacional. La misma ley establece algunos criterios que distinguen al trabajo carcelario del trabajo libre. Por ejemplo, el artículo 120, establece un esquema diferenciado para la remuneración del trabajo carcelario, bajo el cual el piso mínimo del salario del interno cae a las tres cuartas partes del salario mínimo vital y móvil cuando los bienes o servicios producidos se destinan al Estado y el trabajo no esté tercerizado. El artículo 121 establece una serie de deducciones para los condenados que claramente no se aplicarían a la población en general. Sin embargo, el artículo 131 establece que en casos de accidentes, “la indemnización, cualquiera fuere el monto de la efectiva remuneración percibida por el interno, se determinará sobre la base de los salarios fijados en los convenios o disposiciones vigentes, a la fecha del siniestro, para las mismas o similares actividades en el medio libre.” En este sentido, la misma ley de ejecución penal demuestra cierta ambigüedad respecto de la paridad de derechos entre trabajos presos y libres. Como ya se destacó, el principio de no-discriminación en la normativa internacional no dirime, a priori, esta discusión, dejando un espacio abierto para su resolución en la jurisprudencia interna.

5. EL FALLO KÉPYCH

5.1 Antecedentes judiciales y políticos del fallo Képych

En el marco de esta discusión normativa sobre el alcance del mandato establecido en el artículo 107 de la ley 24.660, que requiere que se respete la legislación laboral vigente en el proceso de la ejecución de la pena, Képych logró sentar un precedente importante para la resolución de la tensión jurídica sobre la igualdad de trato entre trabajadores privados de su libertad y trabajadores extramuros. Sin embargo, cabe destacar que Képych no fue el primer fallo significativo en la materia, sino que fue precedido por otros avances que versaron sobre aspectos más limitados de este régimen laboral.

En primer lugar, en el año 2011, la Corte Suprema de Justicia de la Nación declaró en el fallo “Méndez, Daniel Roberto s/ recurso de casación” la inconstitucionalidad del artículo 121, inciso c de la ley 24.660, que establece que el 25% de la retribución del interno por trabajo carcelario será distribuido “para costear los gastos que causare en el establecimiento.” Amparándose en la normativa internacional sobre los derechos de las personas privadas de su libertad, la Corte destacó que “la dignidad humana implica que las personas penalmente condenadas son titulares de todos los derechos constitucionales, salvo las libertades que hayan sido constitucionalmente restringidas por procedimientos que satisfagan todos los requerimientos del debido proceso.” Por otro lado, consideró que, tal como fue establecido por la Corte IDH, el Estado “debe asumir una serie de responsabilidades particulares y tomar diversas iniciativas especiales para garantizar a los reclusos las condiciones necesarias

para desarrollar una vida digna y contribuir al goce efectivo de aquellos derechos que bajo ninguna circunstancia pueden restringirse o de aquéllos cuya restricción no deriva necesariamente de la privación de libertad y que, por tanto, no es permisible.” Por ende, concluyó, a la luz de la normativa constitucional, las normas de los tratados internacionales con jerarquía constitucional y las Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos, que el inciso c del artículo 121 de la ley 24.660 resultaba inválida. A pesar de concentrarse en una temática laboral –esto es, las deducciones permisibles a la remuneración del detenido– la Corte no se explayó sobre las características particulares de la relación laboral intramuros ni sobre el régimen de derechos que debería de regir sobre esa situación más generalmente.

En el año 2012, la Sala III del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires se pronunció sobre esta relación en el fallo “Detenidos Unidad 15 Batán s/ Recurso de Queja Interpuesto por Fiscal de Estado”. En particular, en ese caso, el juez a quo había resuelto que, en un plazo de noventa días, se debería de ajustar la situación de los internos trabajadores de las unidades enclavadas en el Complejo Penitenciario de Batán a lo dispuesto por las leyes laborales nacionales y en los convenios de trabajo celebrados en el marco de la normativa provincial. La Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal de Mar del Plata rechazó el recurso de apelación presentado por representantes del servicio penitenciario. Finalmente, el magistrado Violini del Tribunal de Casación Penal consideró que “el trabajo penitenciario no debe ser diferenciado del trabajo libre, en relación a los derechos y condiciones reconocidos a los trabajadores en el 14 bis de nuestra Ley Fundamental.” Lejos de esa realidad, consideró que “el régimen al que se encuentran sometidos los internos luce semejante a un trato esclavo y degradante para la condición humana, a partir de la imposición de determinadas condiciones y la ausencia de mínimas garantías que se traducen inexorablemente en un claro aplazamiento de sus derechos. En virtud de lo expuesto, no puedo más que acompañar a los magistrados en su decisión a fin de revertir las condiciones abusivas e ilegítimas de trabajo que derivan en el innegable menoscabo a la integridad física de los internos, agravando sus condiciones de detención.” Si bien llegó a conclusiones similares a las de la Cámara Federal de Casación Penal en Képych, este fallo tuvo un efecto más limitado, ya que se circunscribió a un proceso particular en la región de Mar del Plata.

Finalmente, cabe destacar que, en el año 2012, se inscribió ante el Ministerio de Trabajo de la Nación, el Sindicato Único de Trabajadores Privados de la Libertad Ambulatoria (SUTPLA), el primer sindicato de reclusos en el país. La creación del sindicato imbuó las discusiones sobre este tema con una mirada laboralista y una nueva herramienta de acceso a la justicia para promover los derechos laborales de personas privadas de su libertad (ver “Sindicato Único de Trabajadores Privados de la Libertad Ambulatoria SUTPLA y otro c/ Estado Nacional - Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación y otros s/ acción de amparo”). Según las entrevistas realizadas, a lo largo del tiempo, los abogados del SUTPLA desarrollaron una relación de trabajo fluida con organismos como la PPN para dialogar sobre estrategias jurídicas de manera conjunta.

5.2 El desarrollo del caso judicial: Képych, el hombre, y la Procuración Penitenciaria

Si bien los fallos previos a Képych sentaron precedentes importantes para el desarrollo de un pronunciamiento jurídico más extenso sobre el tema al nivel federal, el caso Képych no surgió, sorprendentemente, de una planificación estratégica entre los nuevos actores institucionales interesados en la materia. En cambio, el proceso fue impulsado por las mismas afectadas por el fenómeno: personas privadas de su libertad. En particular, Képych Yúriy Tibériyevic, un interno ucraniano reconocido tanto por el personal de la PPN como por sus compañeros de la cárcel por su amplio conocimiento jurídico, había interpuesto, previo

a esta instancia, numerosas acciones de habeas corpus por distintas condiciones de detención, incluyendo acciones por el resguardo de su pelo, permisos especiales para jugar a las cartas, y otras problemáticas. En este caso, decidió impugnar el sistema de licencias laborales otorgadas a trabajadores en su unidad penitenciaria, en representación de los internos en los pabellones A, B, C y D de la Unidad Residencial V del Complejo Penitenciario Federal I en Ezeiza, Provincia de Buenos Aires.

Sin restarle importancia al resultado del proceso de litigio, los mismos actores de la PPN entrevistados coincidieron, entonces, en que los avances jurisprudenciales en este caso fueron motorizados por los internos en vez de por una estrategia jurídica pensada de antemano por el propio organismo. Así, destacaron que el uso de una acción de habeas corpus correctivo resultó de ese origen, y no de un criterio estratégico sobre las ventajas del habeas corpus en relación a una acción en el fuero laboral. Una vez iniciado el proceso, la defensa oficial acompañó el reclamo. Finalmente, solicitó el acompañamiento estratégico de la PPN, institución que luego integró plenamente el proceso de la ejecución del fallo.

5.3 El contenido del fallo

En su planteo, Kepyck esgrimió que un dictamen emanado por el ENCOPE, mediante el cual se establecían descuentos salariales y se reducían los salarios de los internos extranjeros, conculcaba el artículo 107 de la ley 24.660, que requiere que el trabajo en encierro respete y se adecúe a la legislación laboral y de seguridad social vigente.

Tanto el juez federal de primera instancia como los magistrados de la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata rechazaron la acción de habeas corpus, declarando su incompetencia en la materia en cuestión y remitiendo el caso a conocimiento de la justicia nacional con competencia laboral. Al resolver el recurso de casación, la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal, mediante el voto del juez Slokar, determinó que la vía de habeas corpus era formalmente admisible. Primero, observó la carencia de otros canales idóneos para la custodia de los derechos de carácter colectivo como los que se pretendían resguardar en ese caso¹³. A su vez, el magistrado destacó jurisprudencia de la Corte Suprema sobre la función e importancia del habeas corpus como un medio eficaz para resguardar el trato digno en cárceles. Concluyó, entonces, que la vía de habeas corpus era admisible.

En cuanto a la sustancia del reclamo sobre el decreto del ENCOPE, la Sala II recorrió la historia del trabajo carcelario y destacó inicialmente que las personas privadas de su libertad no pueden ser ajenas al derecho al trabajo establecido en la Constitución Nacional, la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención Americana de Derechos Humanos, y el PIDESC. Particularmente, el magistrado Slokar observó que “es de destacar que todo preso no puede ser ajeno al derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado (art. 6 del PIDESC),” un derecho que se encuentra garantizado por el artículo 14bis de la Constitución Nacional y la normativa internacional incorporada por el artículo 75, inciso 22 de la Constitución Nacional. En este sentido, estableció que “el trabajo se entiende en la doble valencia de derecho-deber del recluso.” Haciendo referencia al artículo 106 y otros artículos semejantes de la ley de ejecución, determinó que el trabajo carcelario constituye un derecho y que se encuentra comprendido por el piso mínimo que establece el artículo 14bis de la Constitución Nacional en materia de derechos laborales. Si bien el magistrado destacó que el trabajo obligatorio de los internos

13 Puntualmente, destacó que los recurrentes habían esgrimido que el decreto en cuestión vulneraba los siguientes derechos: Art. 14, 14bis, 16, 18, 33 y 75 inc. 2 de la CN; 2, 14 y 24 de la DADH; 1, 7, 8 y 23 de la DUDDHH; 1, 6, y 24 de la CADDHH; 3, 6 y 7 de la PIDESC y 2 y 3 de la PIDCyP.

generalmente no se considera violatorio de la prohibición del trabajo forzoso, resaltó que de todos modos la normativa internacional establece ciertos criterios mínimos para el trabajo obligatorio de personas privadas de su libertad.

Por otro lado, el magistrado Slokar destacó las normas que fijan estándares de protección específicos sobre las condiciones de detención, particularmente las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, los Principios Básicos para el Tratamiento de los Reclusos, el Conjunto de Principios para la Protección de todas las Personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, los Principios y Buenas Prácticas para la Protección de las Personas Privadas de su Libertad en las Américas y la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. Citando el precedente en “Méndez”, el magistrado ahondó en la aplicación de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos al caso. Particularmente, señaló que la Regla 72.1 establece que “la organización y los métodos del trabajo penitenciario deberán asemejarse lo más posible a los que se aplican a un trabajo similar fuera del establecimiento.” La Regla 76.1, asimismo, dispone que “el trabajo de los reclusos será remunerado de manera equitativa.” En este contexto, se refirió también al Proyecto de Revisión de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos presentado por el Comité Permanente de América Latina del “XII Conferencia de las Naciones Unidas sobre la Prevención del Delito y la Justicia Penal”, en 2010, en el cual se destaca que “el trabajo de las personas penalmente privadas de libertad debe ser remunerado de manera equitativa.” Este precepto se deriva del concepto de dignidad humana y del principio de igualdad ante la ley.

De tal modo, el magistrado “defiend[ió] que resultan aplicables a las relaciones laborales de los internos la totalidad de las normas que integran denominado Orden Público Laboral,” incluyendo, además de la Ley de Contrato de Trabajo, la Ley Nacional de Empleo, la Ley de Riesgos de Trabajo, y otras, como “la totalidad de los beneficios de la Seguridad Social inherentes al trabajo dependiente.” En este sentido, se refirió a jurisprudencia de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, en el marco de una acción colectiva de amparo promovida por el SUTPLA, en la cual se determinó que “el sistema de trabajos intramuros efectúa un claro reenvío a la Ley de Contrato de Trabajo,” que rige sobre las relaciones laborales en contextos privados¹⁴. Concluyó, entonces, que un dictamen del ENCOPE no puede establecer condiciones de trabajo más desventajosas para trabajadores privados de libertad que aquellas consagradas en la ley. De tal modo, resolvió requerirle al director del SPF de Ezeiza ajustar su actuación de acuerdo con la Ley de Contrato de Trabajo y otra normativa laboral interna. Asimismo, la Cámara resolvió por unanimidad del tribunal ordenar al ENCOPE y otros actores involucrados a adaptar su régimen a la normativa local e internacional sobre el tema. Hasta tanto se establezca un nuevo régimen, el tribunal encomendó al Servicio Penitenciario Federal a ajustar su actuación conforme a la Ley de Contrato de Trabajo.

5.4 La ejecución del fallo: la formación y desafíos de la mesa de trabajo

La sentencia de la Cámara Federal de Casación Penal en Képych no fue recurrida. Según litigantes que participaron en el proceso, esto se debió a que hubo una decisión “desde arriba”—esto es, de la Jefatura de Gabinete de la Presidencia del país— de no recurrir un fallo que representaba semejante ampliación de derechos, particularmente por temor de que ante un cambio en la composición de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

14 Ver “Sindicato Único de Trabajadores Privados de la Libertad Ambulatoria SUTPLA y otro c. Estado Nacional Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación y otros s/ acción de amparo”, rta 30/7/2013.

en ese momento, recurrir el fallo podría resultar en una sentencia superior más restrictiva de los derechos humanos de las personas privadas de su libertad. Sin embargo, los representantes del Estado más cercanos al caso –particularmente los abogados del Servicio Penitenciario Federal y el ENCOPE– se opusieron a esa postura. Durante el proceso de ejecución, manifestaron que fueron obligados a consentir el fallo, tomando cada oportunidad que podían para poner en discusión, nuevamente, la cuestión de fondo ya resuelta por el fallo de la Cámara.

Una vez publicado el fallo, el juzgado de ejecución procedió a abordar su implementación mediante la creación de una mesa de diálogo. Específicamente, en el año 2016, el Juzgado Federal en lo Criminal y Correccional N° 1 de Lomas de Zamora ordenó la conformación de una mesa de diálogo en pos de desarrollar un régimen de trabajo en el encierro. Allí, el Servicio Penitenciario Federal presentó un proyecto de ley en vez de una resolución interna, tal como había ordenado la Cámara, al cual se opuso la Procuración Penitenciaria, que exigía una nueva reglamentación por vía del ejecutivo. Por esta razón, el juzgado suspendió la mesa de diálogo, por lo cual aún no se ha llegado a una ejecución efectiva de esta dimensión del fallo (PPN, 2018). El juzgado requirió su reapertura recién en mayo 2018.

Los actores que participaron en la mesa de diálogo concluyeron que, si el éxito de Képych se midiese por los logros que resultaron de su ejecución, la sentencia se debería considerar un fracaso. En definitiva, la mesa de diálogo no funcionó, ya que no proporcionó nada concreto para la construcción de un nuevo régimen laboral para el trabajo intramuros. Recién en 2019, los integrantes de la mesa lograron llegar a un acuerdo en el cual se estableció un régimen de licencias en el Complejo 1, el reclamo original de los agraviados. Para ese entonces, Képych ya había cumplido su pena y había sido expulsado a Ucrania.

6. EFECTOS DEL FALLO KÉPYCH

6.1 Képych y la definición de una agenda política: la creación de la Comisión Especial de Estudio sobre las Condiciones de Vigencia y Estado de las Relaciones Laborales en el Marco del Trabajo Prestado en Condiciones de Encierro de las Personas Privadas de su Libertad Ambulatoria

A pesar de estas limitaciones, el fallo de Képych estimuló un proceso de diálogo entre actores del Poder Ejecutivo (más allá del Servicio Penitenciario) y actores de la sociedad civil. En particular, mediante la Resolución 1373/2014, el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social estableció que “en función de la situación planteada en la Causa N° 1318/13 “Képych Yúriy Tibériyevich s/Recurso de Casación” y la sentencia que dictara en dichos autos la Sala II de la Excelentísima Cámara Federal de Casación Penal, resulta oportuno efectuar un estudio general sobre las condiciones de vigencia y estado de las relaciones laborales en el marco del trabajo prestado en condiciones de encierro de las personas privadas de su libertad ambulatoria.” Por lo tanto, ordenó la conformación de una Comisión Especial de Estudio sobre las Condiciones de Vigencia y Estado de las Relaciones Laborales en el Marco del Trabajo Prestado en Condiciones de Encierro de las Personas Privadas de su Libertad Ambulatoria (“Comisión Especial”), que luego presentó un Informe Final al entonces Ministro de Trabajo, Empleo y Seguridad Social del país. Según los litigantes de la PPN, ese informe no tuvo mucha trascendencia en el proceso de la mesa de diálogo. No se fijó, mediante esa instancia, una agenda de temas prioritarios a trabajar por los actores de la mesa. Sin embargo, el informe dotó al tema de mayor visibilidad, impactando la agenda pública de las instituciones que lo trabajaron independientemente del proceso frustrado en la mesa de diálogo.

En particular, el informe de la Comisión Especial destacó que las personas privadas de su libertad deberían gozar del irrestricto ejercicio del derecho al trabajo, y que el Estado

tiene el deber de garantizar tal derecho. Por otro lado, la Comisión Especial esgrimió que el trabajo debe ser debidamente remunerado y razonablemente demandado en el medio libre. Concluyó que los descuentos incorporados a la ley de ejecución penal son inconstitucionales. También determinó que resulta inconstitucional la falta de vacaciones pagas y la extensión de la jornada laboral en cárceles. Asimismo, el informe señala la necesidad de una articulación entre el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social nacional y los ministerios de trabajo provinciales para subsanar la falta de oferta de trabajo. Recomienda que sea el Ministerio de Trabajo el que controle las condiciones de higiene y seguridad y el cumplimiento de la normativa laboral. Por otro lado, destaca la necesidad de establecer normas particulares, distintas de las que rigen en el medio libre, frente a un grave incumplimiento de las partes de la relación laboral, dadas las diferencias que presenta el contexto de encierro para disolver la relación laboral. Sin embargo, recomienda también que el Estado garantice ciertas provisiones de seguridad social, como la prestación por desempleo cuando un trabajador recupera su libertad y el acceso a asignaciones familiares. En este sentido, el informe abarca un amplio repertorio de temas para la agenda pública en la materia, alentando una discusión social más profunda sobre el trabajo carcelario.

Por otro lado, en algunos fallos posteriores a Képych, los tribunales se refirieron al Informe Final a fin de integrar algunos aspectos del mismo al resolver cuestiones específicas sobre los derechos laborales de personas privadas de su libertad. Por ejemplo, en el fallo “Internas de la Unidad 31 SPF y otros,” en el cual se determinó que las asignaciones familiares del régimen de seguridad social corresponden a trabajadoras privadas de su libertad, el juez Hornos destacó que “la Comisión Especial . . . , en el Informe Final, afirmó que ‘asiste a las personas trabajadoras privadas de la libertad ambulatoria el derecho a gozar de la totalidad de los beneficios de la Seguridad Social inherentes al trabajo dependiente, en especial los previstos por las leyes 24.241 (jubilaciones y pensiones), 24.714 (asignaciones familiares), 23.660 (obra social), 23.661 (seguro de salud) y 24.013 (prestación de desempleo) y demás normas nacionales o provinciales concordantes o complementarias.” En este sentido, el informe fue receptado positivamente por la jurisprudencia respecto del trabajo en el encierro.

6.2 El desarrollo de prácticas de litigio estratégico en la PPN

Por otro lado, las entrevistas realizadas indican que Képych también impulsó una serie de nuevas prácticas en las instituciones que trabajan sobre esta materia. En primer lugar, los entrevistados resaltaron que, durante 2019, se realizó mucho litigio “desde abajo,” esto es, impulsado por los mismos trabajadores privados de su libertad. Según la PPN, su postura frente a estos casos a partir de Képych ha sido acompañar esos reclamos desde un inicio. Por otro lado, la participación de estas instituciones en la Comisión Especial impactó en el desarrollo de una agenda de trabajo interna sobre este tema. Asimismo, los actores de la PPN abrieron un diálogo cotidiano con los abogados de SUTPLA, a fin de intercambiar estrategias. Finalmente, en cuanto a la selección de fueros, la PPN ha tomado la postura de que no corresponde exigirle una vía institucional a los trabajadores en la cual presentar este tipo de reclamos, sino apoyar y acompañar al trabajador privado de su libertad en la vía elegida por el o ella mismo/a. Observan que si bien el fuero laboral en teoría podría resultar más favorable para este tipo de reclamos, el fuero penal tiene algunas ventajas particulares respecto de la producción de prueba, y no ha producido conclusiones notoriamente distintas a la del fuero penal en la materia.

Representantes del SUTPLA, sin embargo, destacaron la importancia de Képych como un vehículo para promover el acceso a la justicia. Señalaron que, en general, las instituciones siguen las estrategias jurídicas de los internos, quienes promueven acciones de hábeas corpus, pero no suelen tomar iniciativa por sí solas en esta materia. A pesar de

su centralidad, los reclusos organizados en el SUTPLA no fueron incorporados a la mesa de diálogo ni participaron en el desarrollo del informe de la Comisión Especial. Sin embargo, señalan que frecuentemente los presos dialogan entre sí sobre las estrategias jurídicas que adoptarán en materia de sus derechos laborales. No obstante, observan que aún no han logrado avanzar en algunas de sus prioridades más fundamentales, tales como la fiscalización de los libros del ENCOPE o la intervención del Ministerio de Trabajo en la fiscalización del trabajo intramuros. Así todo, señalan que, en este contexto, Képych ha sido una herramienta importante para promover el acceso a un proceso judicial que puede dar respuesta a sus reclamos.

6.3. Los avances jurisprudenciales –la incorporación de los principios establecidos en Képych en otros casos–, estrategias de litigio frente a la reiteración del problema y la ausencia de consideración de cosa juzgada

Ahora bien, aunque Képych no logró sentar un precedente que permita entender al carácter laboral del trabajo intramuros como una “cosa juzgada”, los principios allí enunciados fueron receptados por otros actores y operadores judiciales en fallos posteriores. En la ya-mencionada causa de las Internas de la 31, por ejemplo, la Cámara Federal de Casación Penal se refirió al caso para hacer mención del concepto de trabajo digno¹⁵.

Asimismo, el antecedente de Képych se ha utilizado reiteradamente en casos que impugnan el Dictamen 129/16 del ENCOPE, mediante el cual los internos sólo pueden ser remunerados por el trabajo realizado. Por ejemplo, en “ARA y Otros,” la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal se expidió sobre la situación de un grupo de personas privadas de su libertad que realizaban trabajos no-remunerados en su lugar de detención. La Cámara acogió favorablemente la acción de habeas corpus y resolvió que se debe remitir a la instancia anterior para resolverla de acuerdo a lo sentado en Képych respecto del régimen laboral intramuros.

Por otro lado, en “Procuración Penitenciaria de la Nación; Internos U-4 SPF s/habeas corpus”, la Sala I de la Cámara Federal de Casación Penal resolvió favorablemente una acción de habeas corpus colectiva presentada por internos de la Colonia Penal Santa Rosa, Unidad 4 de Santa Rosa, La Pampa, que versaba sobre los “inconvenientes o reclamos de los detenidos por la reducción de horas en los talleres industriales y la reducción de salarios liquidados, defectos en el completado de planillas por horas trabajadas, rechazo de recepción de certificados médicos —y no liquidación de horas no trabajadas por enfermedad.” El magistrado Figueroa reiteró la misma conclusión a la cual había llegado la Cámara en Képych: esto es, que “en lo atinente a las inasistencias justificadas, corresponde al ENCOPE la elaboración de un régimen de trabajo para las personas privadas de su libertad ajustado a la normativa local e internacional vigente aplicables en la materia y organizar una jornada laboral de manera que posibilite a los internos / trabajadores la cantidad de horas mínimas necesarias para acceder a la remuneración acorde a la legislación laboral aplicable.” Para sostener esta postura, la Cámara primero recorrió la misma normativa internacional citada anteriormente, incluyendo el principio 5to de los Principios Básicos para el Tratamiento de los Reclusos y las Reglas 71, 72, 75 y 76 de Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos. Asimismo,

15 En particular, la Cámara destacó que “cuando se elaboran dictámenes que restringen el monto del salario por motivos que no se compadecen con disposiciones contenidas en la LCT, se están agregando a la legislación que debe aplicarse en materia laboral carcelaria limitaciones que ella no contiene y, luego vulnerando derechos fundamentales. En definitiva, para cualquier preso que trabaje no pueden dejar de gobernar como estándares — entre otros- el derecho a la remuneración y la regla de asimilación al trabajo libre, con todos sus alcances (...) por imperio del principio de progresividad. En este ámbito, como en el medio libre, nunca es tan necesario recordar el eterno adagio: el trabajo digno dignifica al hombre” (el destacado corresponde al original; Sala II, causa Nro. 1318/13, “Képych, Yúry s/recurso de casación”, rta. el 1/12/2014, reg. 2490.14.2).’

hizo referencia explícita al precedente en Képych, nuevamente destacando el concepto de trabajo digno allí referido¹⁶.

Asimismo, la Cámara puso acento en la necesidad de acatar sus órdenes en este contexto. Así, rechazó el argumento económico del Servicio, que alegaba la falta de recursos de la Unidad para la limitada afectación laboral de los detenidos, a fin de incumplir con esta normativa. En esa instancia, los magistrados se ampararon en el fallo “Verbitsky,” en el cual la Corte Suprema de Justicia de la Nación concluyó que “las carencias presupuestarias, aunque dignas de tener en cuenta, no pueden justificar transgresiones a ... obligaciones [en este contexto], pues ello sería tanto como subvertir el Estado de Derecho y dejar de cumplir los principios de la Constitución y los convenios internacionales que comprometen a la Nación frente a la comunidad jurídica internacional.”

Del mismo modo, en “Morales, José Alfredo y otros s/ habeas corpus,” el Juzgado Federal de Neuquén 2 acogió favorablemente la acción de habeas corpus interpuesta por diversos trabajadores que alegaban que el ENCOPE había reducido sus horas de trabajo y por ende modificado su remuneración arbitrariamente. Tal como concluyó la Cámara en Képych y fallos posteriores, el Juzgado observó que “corresponde al ENCOPE, conjuntamente con los organismos del Estado vinculados a la materia en cuestión, elaborar un régimen de trabajo para las personas privadas de libertad, ajustado a la normativa local vigente y a los instrumentos internacionales que resulten aplicables a la materia, y poniendo particular atención a las especiales características que desarrolla el trabajo carcelario. A tal fin deberá organizar la jornada laboral de manera que posibilite a los internos trabajadores la cantidad de horas mínimas necesarias para acceder a la remuneración acorde a la legislación laboral aplicable.”

En este sentido, el efecto de Képych en los tribunales posteriores se caracteriza por una clara contradicción. Por un lado, estos fallos recientes ponen en evidencia la importancia de Képych como antecedente en la justicia federal. Asimismo, e irónicamente, demuestran la vigencia corriente de la problemática que ese fallo pretendió resolver, la cual ha empeorado a pesar de los avances jurisprudenciales en la materia.

7. CONCLUSIONES: UNA MULTIPLICIDAD DE ACTORES Y ESTRATEGIAS GENERA FRICCIONES NECESARIAS PARA EL AVANCE DE LOS DERECHOS DE PERSONAS PRIVADAS DE SU LIBERTAD

Concebida como una herramienta de disputa de los trabajadores privados de su libertad en Argentina, la acción de habeas corpus en Képych no tuvo el efecto inmediato que los actores agraviados inicialmente esperaban, ni en resolver la disputa en cuestión en ese caso ni a fin de promover un nuevo régimen jurídico sobre el trabajo en contextos de encierro. Sin embargo, el caso logró trascender estos orígenes limitados, sentando un precedente importante que cambió el paradigma del pensamiento jurídico en relación al trabajo intramuros en Argentina. Además de ampliar el acceso a la justicia de personas privadas de su libertad, dio lugar a una serie de conversaciones entre instituciones de la sociedad civil

16 En particular, los magistrados sostuvieron lo siguiente: “Ha resuelto esta Cámara Federal de Casación Penal que cuando se elaboran dictámenes que restringen el monto del salario por motivos que no se compadecen con disposiciones contenidas en la [Ley de Contrato de Trabajo], se están agregando a la legislación que debe aplicarse en materia laboral carcelaria limitaciones que ella no contiene y, luego vulnerando derechos fundamentales. En definitiva, para cualquier preso que trabaje no pueden dejar de gobernar como estándares –entre otros– el derecho a la remuneración y la regla de asimilación al trabajo libre, con todos sus alcances (...) por imperio del principio de progresividad. En este ámbito, como en el medio libre, nunca es tan necesario recordar el eterno adagio: el trabajo digno dignifica al hombre.”

y organismos públicos que ayudaron establecer una agenda de trabajo en el tema. De tal modo, los cambios en las prácticas de las instituciones y los internos afectados por el tema, la extensión de sus redes y la profundización de su diálogo sentaron bases necesarias para conquistar avances a futuro. Particularmente, en la medida que el poder judicial argentino cuente, a futuro, con la legitimidad y el capital político necesario para promover reformas en materia de políticas penitenciarias, tanto Képych como los fallos posteriores que reafirman sus conclusiones servirán para fundamentar y amparar un régimen más justo para trabajadores privados de su libertad.

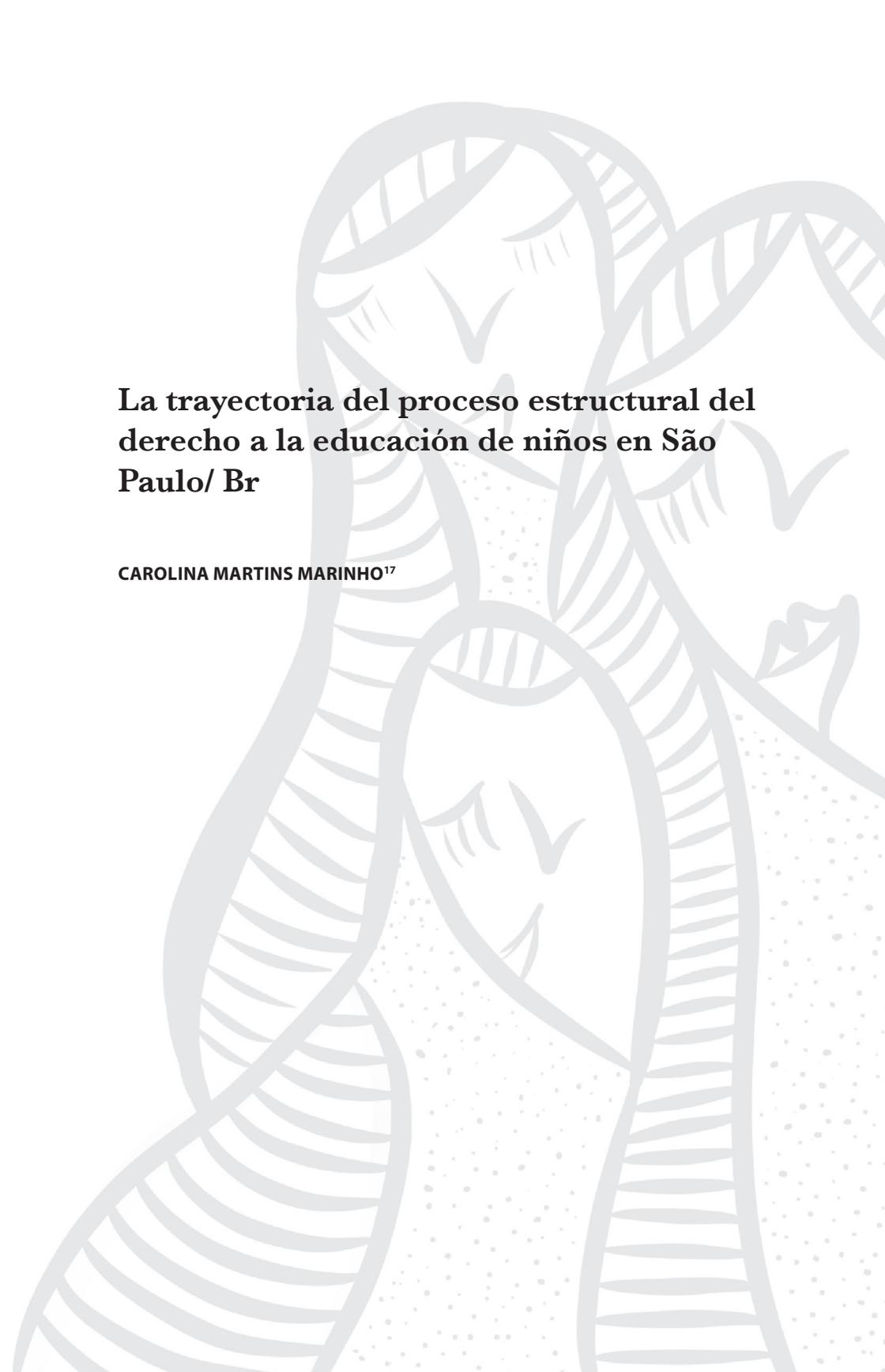
BIBLIOGRAFÍA

- Álvarez, Astrid Osorio (2012, núm. 2). *La realización plena de los derechos económicos, sociales y culturales, una aspiración insatisfecha: a propósito de las personas privadas de libertad*. En *Revista Internacional de Derechos Humanos*, recuperado de <http://www.revistaidh.org/ojs/index.php/ridh/article/view/22/19>.
- Bohmer, Martin y Tatiana Salem (2010, diciembre). *Litigio estratégico: una herramienta para que el Poder Judicial tenga voz en políticas públicas clave*, CIPPEC, recuperado de <https://www.cippec.org/wp-content/uploads/2017/03/1966.pdf>.
- Comité Derechos Humanos, Observación N°21, Trato humano de las personas privadas de libertad (artículo 10), en https://conf-dts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos_hum_Base/CCPR/00_2_obs_grales_Cte%20DerHum%20%5BCCPR%5D.html#GEN21.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH 2008), Comisión 131, recuperado de <http://www.cidh.oas.org/Basicos/Spanish/Principiosybuenaspracticash.htm>.
- Constitución Argentina (1994), Artículo 75, recuperado de <http://pdba.georgetown.edu/Parties/Argentina/Leyes/constitucion.pdf>.
- Convención Americana sobre los Derechos Humanos (1969), Artículo 24, recuperado de https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/derechoshumanos_publicaciones_colecciondebolsillo_10_convencion_americana_ddhh.pdf
- Gual, Ramiro y Victoria Marzik (2015, noviembre 20). Hacia un régimen normativo laboral en prisiones. Un sistema reforzado de garantías frente a una posición de doble hiposuficiencia. En *Revista Pensamiento Penal*, recuperado de <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2015/12/doctrina42504.pdf>.
- Organización Internacional del Trabajo. Convenio sobre el trabajo forzoso, 1930 (núm. 29), en https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/?p=NORMLEXPUB:12100:0:NO:P12100_ILO_CODE:C029.
- Ley 24.660. Ejecución de la pena privativa de la libertad (1996). Recuperado de <http://servicios.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/35000-39999/37872/textact.htm>.
- Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social (2014). Resolución 1373/2014. Recuperado de <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/resoluci%C3%B3n-1373-2014-239825/texto>.
- Organización Internacional del Trabajo (2019). Solicitud directa (CEACR), 108ª reunión CIT, recuperado de https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/?p=NORMLEXPUB:13101:0:NO:P13101_COMMENT_ID:3189307.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP, 1966), recuperado de <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC, 1966), recuperado de <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>
- Porta, Elsa (2018, abril 28). Ley de Ejecución de la Pena Privativa de Libertad Comentada y de Acceso Libre: Artículos 106 A 132: Trabajo, en *Revista Pensamiento Penal*, recuperado de <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/106a132porta.pdf>.
- Principios Básicos para el Tratamiento de los Reclusos, (ACNUDH, 1990), N° 5, resolución 45/111, recuperado de <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/BasicPrinciplesTreatmentOfPrisoners.aspx>
- Procuración Penitenciaria de la Nación (2017). *El Derecho al Trabajo en las Prisiones Federales Argenti-*

- nas. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina: Procuración Penitenciaria de la Nación. Cuaderno de la PPN.
- Procuración Penitenciaria de la Nación (2018). *Informe anual 2017: la situación de los derechos humanos en las cárceles federales de la Argentina*, recuperado de <https://www.ppn.gov.ar/pdf/publicaciones/Informe-anual-2017.pdf>.
 - Procuración Penitenciaria de la Nación (2019, abril 5). Emergencia Carcelaria, recuperado de <https://ppn.gov.ar/institucional/noticias/2167-emergencia-carcelaria>.
 - Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos (ACNUDH, 1977), recuperado de <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/TreatmentOfPrisoners.aspx>
 - Relator Especial sobre la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes (2009). *Informe provisional del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*. A/64/215, recuperado de <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N09/437/95/PDF/N0943795.pdf?OpenElement>.
 - Robbins, Jeremy (2007). Releyendo los casos “*Brown v. Board of Education*,” “*Marbury v. Madison*” y “*Verbitsky, Horacio s/ hábeas corpus*”: lecciones para el litigio estratégico en la Argentina, en Nueva Doctrina Penal, Buenos Aires: Editores del Puerto, recuperado de https://www.cels.org.ar/common/documentos/jeremy_robbins.pdf.
 - Subsecretaría de Presupuesto, Dirección de Evaluación Presupuestaria del Ministerio de Hacienda (2018). *Presupuesto de la Administración Nacional: Primer Trimestre 2018*, recuperado de minhacienda.gov.ar/onp/documentos/fisica_presupuesto/2018/1ertrim18.pdf.
 - Subsecretaría de Presupuesto, Dirección de Evaluación Presupuestaria del Ministerio de Hacienda (2019). *Presupuesto de la Administración Nacional: Primer Trimestre 2019*, recuperado de https://www.minhacienda.gov.ar/onp/documentos/fisica_presupuesto/2019/1ertrim19.pdf

Fallos

- Cámara Federal de Casación Penal, Sala II. “Képych, Yuri Tiberiyevich y otros s/ habeas corpus.” 1 de diciembre de 2014. Causa N. 1318/13.
- Cámara Federal de Casación Penal, Sala IV. “Internas de la Unidad 31 SPF y otros,” 4 de diciembre de 2015. Causa N. FLP 58330/2014/CFC1.
- Cámara Federal de Casación Penal, Sala II. “Procuración Penitenciaria de la Nación; Internos U-4 SPF s/habeas corpus.” 16 de marzo de 2017. Causa N.
- Cámara Federal de Casación Penal, Sala II. “s recurso de casación.” 1 de agosto de 2017. Causa N. 12836/2014/CFC2 (denominada “ARA y otros”).
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú,” sentencia de 24 de noviembre de 2006, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Series C No. 158.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde v. Brasil,” sentencia de 20 de octubre de 2016, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Series C No. 318.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Méndez, Daniel Roberto s/ recurso de casación.” 1 de noviembre de 2011.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Sindicato Único de Trabajadores Privados de la Libertad Ambulatoria SUTPLA y otro c/ Estado Nacional - Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación y otros s/ acción de amparo,” 7 de marzo de 2014, CNT 55653/2012/1/RH1.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Verbitsky, Horacio s/hábeas corpus” 3 de mayo de 2005.
- Juzgado Federal de Neuquén 2. “Morales, José Alfredo y otros s/ habeas corpus.” 18 de septiembre de 2018. Causa N. FGR 17082/2018.
- Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, Sala III. “Detenidos Unidad 15 Batán s/ Recurso de Queja Interpuesto por Fiscal de Estado.” 7 de marzo de 2012. Causa N. 13.451.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, “Siliadin v. Francia.” 26 de julio de 2011. App. No. 73316/01, recuperado de <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-69891>.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, “Stummer v. Austria.” 7 de julio de 2011. App. No. 37452/02, recuperado de <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-105575>.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, “Floroiu v. Romania.” 12 de marzo de 2013. App. No.



La trayectoria del proceso estructural del derecho a la educación de niños en São Paulo/ Br

CAROLINA MARTINS MARINHO¹⁷

RESUMEN

Este artículo se basa en la experiencia práctica, que se ha adoptado en la judicialización del acceso a la política pública de la enseñanza infantil en la ciudad de São Paulo. De la judicialización individual a la colectiva ha sido un largo camino para que la ampliación de la política pública pudiera ser reconocida como un derecho. A pesar de complejo, ese caso estructural se muestra una herramienta interesante para el perfeccionamiento de una política pública de derecho social.

Palabras claves: Derecho a la educación • Judicialización de la política pública • Proceso estructural • Política pública • Derechos sociales

ABSTRACT

This article is based on the practical experience, that has been adopted in the judicialization of access to the public policy of early childhood education in the city of São Paulo. From individual to the collective prosecution, it has been a long way for the public policy to be recognized as a right. Despite complex, this structural case is an interesting tool for the improvement of a public policy of social law.

Keywords: Right to education • Judicialization of public policy • Structural process • Public policy • Social rights

La Constitución Federal Brasileña de 1988 ("CF/88"), trae un trato privilegiado tanto para los niños (que tienen asegurada prioridad absoluta y protección integral en el artículo 227), como para el derecho a la educación, que está previsto como un derecho social (artículo 6) y tiene una sección específica entre los artículos (artículos) 205 a 214, donde se abordan los principios generales (artículo 206); los deberes del Estado de acuerdo con los niveles, etapas y modalidades¹⁸ de enseñanza (artículo 208); un régimen de colaboración entre los entes federativos (Unión, Estados, Distrito Federal y Municipios) (artículo 211); la forma de financiamiento e inversiones mínimas de cada ente federativo (artículo 212); y la elaboración de un Plan Nacional de Educación ("PNE") (art.214), entre otras especificaciones y garantías para este derecho, como, por ejemplo, la "educación básica obligatoria y gratuita de los 4 (cuatro) a los 17 (diecisiete) años de edad" prevista como un derecho público subjetivo (artículo 208, § 2º). Es interesante observar, sin embargo, que el acceso a la enseñanza infantil, en la modalidad guardería (0 a 3 años), nunca fue asegurado como un derecho público subjetivo por la Constitución Federal, a pesar de la evidente relevancia de las guarderías en el desarrollo físico, cognitivo y social de los niños y niñas (Campos y Haddad, 1992a; Kramer, 2006a; Campos, 2006a) y que este también sea un derecho de los padres asegurándoseles, de esta forma, su pleno derecho al trabajo (artículo 7, XXV de la CF).

El acceso a la guardería fue una conquista jurisprudencial consolidada en 2005, por medio de los Agravios Regimentales en Recurso Extraordinario No 410.715-5 / SP y No. 436.996, de relatoría del Ministro Celso de Mello, en el Supremo Tribunal Federal¹⁹ ("STF"). A partir de este precedente jurisprudencial, se ha fortalecido la concepción de que el derecho de acceso a la enseñanza infantil es un derecho público subjetivo que pide acciones judiciales, para el cumplimiento de su observancia en caso de que el municipio no lo esté suministrando de forma suficiente. Desde entonces, el acceso a la enseñanza infantil, en la modalidad guardería (0 a 3 años) y preescolar (4 a 5 años)²⁰ ha sido exigido de forma cada vez más intensa en el poder judicial brasileño.

El caso específico aquí abordado es un litigio estratégico, que ha reclamado el acceso a la guardería y la preescolar en la ciudad de São Paulo. Sin embargo, como podremos ver, es un caso muy particular, en que a pesar de haber sido usado el lenguaje de los derechos públicos subjetivos, se reconoció el derecho a la educación en su modalidad colectiva, como un derecho distributivo justiciable: o sea, el Poder Judicial, admitió una intervención en la planificación de la política pública, mas allá del lenguaje del derecho individual. En este caso, abordado en el Proceso No 0150735-64.2008.8.26.0002 (propuesto en Santo Amaro, en la ciudad de São Paulo), se planteó una solución colectiva para el problema de carencia de vacantes en la ciudad de São Paulo, por medio de un plan de ampliación y construcción de vacantes en la política pública de enseñanza infantil proporcionada por el poder público municipal.

Este caso de acceso a la enseñanza infantil se distingue de los demás casos juzgados por el Tribunal de Justicia del Estado de São Paulo ("TJSP"), no sólo por ser un cambio en la clave de comprensión del derecho a la educación en su estructura colectiva-distributiva, sino también por sus herramientas y técnicas admitidas en su decisión.

18 En Brasil, la educación regular se divide en dos niveles: enseñanza básica (compuesto por las etapas infantil, fundamental y media) y enseñanza superior (compuesto por cursos secuenciales, por graduación, postgrado y cursos de extensión universitaria). Hay también 7 modalidades específicas, como la educación para jóvenes y adultos; la educación a distancia, la educación indígena, la educación especial, la educación del campo, educación escolar quilombola y la educación profesional y tecnológica.

19 El Supremo Tribunal Federal es el órgano máximo del poder judicial brasileño, el tribunal que dice la última palabra sobre cierta duda jurídico-constitucional.

20 La preescolar abarcaba a los niños de 4 a 6 años de edad hasta 2006. Con la enmienda Constitucional nº 53/2006, hubo una reestructuración en la enseñanza brasileña y los niños de 6 años pasaron a frecuentar la enseñanza fundamental. El preescolar se restringió a los niños de 4 y 5 años de edad.

Para que se pueda entender cómo se ha construido esa posibilidad de una nueva comprensión de justiciabilidad, tanto sus dificultades y limitaciones legales, como algunos de sus resultados, este artículo se dividirá en cuatro partes: 1 – la trayectoria inicial del conflicto: la lucha por la judicialización del derecho a la educación infantil; 2 – Caminos, límites y reversiones en la esfera del poder judicial: la decisión estructural en la enseñanza infantil; 3 – Algunos de los resultados que ya se han producido; 4 – Conclusiones finales.

1. LA TRAYECTORIA INICIAL DEL CONFLICTO EN LA CIUDAD DE SÃO PAULO: LA LUCHA POR LA JUDICIALIZACIÓN DEL DERECHO A LA EDUCACIÓN INFANTIL

Para comprender cómo el acceso a las guarderías se convirtió en un derecho exigible y justiciable y como se llegó a la sentencia del cual es objeto de estudio en ese artículo, hay que volver en el tiempo y contar un poco de la lucha por la judicialización del derecho a la educación en la ciudad de São Paulo.

En breves líneas, es posible afirmar que la lucha por las guarderías en São Paulo es antigua y derivada de diversos movimientos de la sociedad civil (entre ellos el Centro Ecueménico de Documentación e Información – CEDI) que, desde 1970, se ha empeñado en el intento de fortalecer una concepción educativa de las guarderías, a diferencia de la concepción asistencial vigente, en el caso de las familias más pobres (prestadas de forma desorganizada, discontinua y sin programación pedagógica) (Campos y Haddad, 1992b; Kramer, 2006b; Campos, 2006b).

Cuando la CF / 88 reglamentó el acceso a la enseñanza infantil, las guarderías ya eran una realidad en la ciudad de São Paulo (Campos, 2006c). Sin embargo, aún no estaban integradas a la Secretaría Municipal de Educación, lo que sólo ocurrió en un contexto de municipalización de las redes de enseñanza, iniciado en la década de 1990 (Oliveira, 2009), a partir del estímulo propiciado por un aporte federal de fondos en los municipios, a través del Fondo de Mantenimiento de Desarrollo de la Enseñanza Fundamental y de Valorización del Magisterio (“FUNDEF”), creado en 1996. No obstante, esa municipalización de las redes de enseñanza observaba, explícitamente, la priorización de la enseñanza fundamental, la enseñanza obligatoria, dirigida a los niños de seis años o más de edad, sin contemplar la enseñanza infantil (que se consideraba matriculación facultativa), lo que llevó a deficitarias inversiones en el segmento infantil en la mayoría de los municipios brasileños (Campos, 2006d)²¹. Para hacerse una idea, en el diagnóstico del Plan Nacional de Educación de 2001 (“PNE / 01”), los datos brasileños de 1998 indicaban una atención de apenas a 381.804 niños en guardería, para una población de 12 millones de niños de 0 a 3 años (estos datos son incompletos como lo dice el propio informe). La preescolar presentaba 4,11 millones de matrículas en 1998 en una población de 9,34 millones de niños de 4 a 6 años (44% con acceso a la preescola). Esta baja oferta contrapuesta a la amplia demanda por vacantes en guarderías y preescolares en la ciudad de São Paulo hizo que el Ministerio Público de São Paulo (“MPSP”), pasara a actuar en pro de la educación infantil, pidiendo vacantes en este segmento desde principios de la década de los años 90.

21 En Brasil, la responsabilidad de “ofrecer la educación infantil en guarderías y preescolas, y, con prioridad, la enseñanza fundamental” es de los municipios, o sea, ellos sólo pueden invertir en otro nivel o modalidad de enseñanza si están, efectivamente, ofreciendo vacantes de enseñanza fundamental, preescolas y guarderías suficientes.

La exigencia de acceso a la enseñanza infantil, sin embargo, tenía un problema. A pesar de estar previsto como un deber del Estado (tanto en la CF/88, artículo 208, IV²²; como en la Ley de Directrices y Bases de la Educación, Arts. 29 y 30²³), como un derecho en el Estatuto del Niño y del Adolescente²⁴ ("ECA") y en diversos instrumentos internacionales de los cuales Brasil es parte (como en el Protocolo de San Salvador²⁵, en que se afirma que la enseñanza de primer grado debe ser obligatoria y accesible a todos gratuitamente, pero no expresa de forma clara que la guardería es un derecho subjetivo), el hecho de no estar previsto como un "derecho público subjetivo" en estas normas generó una gran divergencia en el poder judicial sobre el carácter jurídico del acceso a la enseñanza infantil.

Los argumentos para negar la exigencia judicial del referido derecho sostenían tanto el carácter programático, genérico e indeterminado de la norma constitucional; se apoyaban en la discrecionalidad del poder público para concretar su deber constitucional de acuerdo a sus posibilidades; así como también la percepción de que resolverlo judicialmente llevaría a una indebida intervención del poder judicial en las decisiones presupuestarias y políticas de la administración pública (Silveira, 2009; Marinho, 2009).

En 2005, como ha sido afirmado, el STF pacificó el entendimiento de que la educación infantil es un derecho asegurado por la propia CF/88 (artículo 208, IV), que impone obligaciones jurídicas a los poderes públicos, en particular, al municipio. Además de esa conquista judicial, la actuación de la sociedad civil en pro de la educación infantil obtuvo tres importantes logros en el año 2006, que contribuyeron para la amplia judicialización del derecho a la educación infantil: (i) la enmienda constitucional N° 53/06; (ii) la implementación de la Defensoría Pública del Estado de São Paulo; y (iii) la Ley municipal N° 14.124 / 06.

La enmienda constitucional ("EC") N° 53, le ha traído importantes cambios a la enseñanza infantil: reorganizó el sistema y pasó a admitir la matrícula de niños de seis años de edad en la enseñanza fundamental, lo que hizo que el preescolar pasara a acoger sólo a niños de cuatro y cinco años de edad; además, esa enmienda constitucional substituyó al Fondo de Mantenimiento y Desarrollando de la Enseñanza Fundamental y de Valorización del Magisterio (FUNDEF), por el Fondo de Mantenimiento y Desarrollo de la Educación Básica y de Valoración de los Profesionales de la Educación (FUNDEB), contemplando la enseñanza infantil en su financiamiento, permitiendo que los municipios pasaran a recibir una ayuda financiera de la unión (el estado federal) y de los estados para esa etapa de enseñanza (Pinto, 2012).

En el ámbito estatal, se implementó la Defensoría Pública del Estado de São Paulo, órgano que pasó a ofrecer orientación jurídica y la defensa gratuita de derechos individuales y colectivos a los ciudadanos necesitados (que ganan hasta 3 salarios mínimos), en todos los grados, judicial y extrajudicial. Este actor, junto con el Ministerio Público del Estado de

22 "Art. 208. El deber del Estado con la educación será efectuado mediante la garantía de: (...) IV - atendimento en guardería y preescolar a niños de cero a seis años de edad."

23 Art. 29. "La educación infantil, primera etapa de la educación básica, tiene como finalidad el desarrollo integral del niño hasta los seis años de edad, en sus aspectos: físico, psicológico, intelectual y social, completando la acción de la familia y de la comunidad. Y Art. 30. La educación infantil será ofrecida en: I - guarderías, o entidades equivalentes, hasta los tres años de edad; II - preescolares, para niños de cuatro a seis años de edad."

24 "Art. 53. "El niño y el adolescente tienen derecho a la educación, para el pleno desarrollo de su personalidad, preparo para el ejercicio de la ciudadanía y cualificación para el trabajo, asegurándose de: (...) V - acceso a la escuela pública y gratuita cerca de su residencia".

25 "Artículo 13- Derecho a la Educación - 1. Toda persona tiene derecho a la educación. 2. Los Estados partes en el presente Protocolo convienen en que la educación deberá orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad y deberá fortalecer el respeto por los derechos humanos, el pluralismo ideológico, las libertades fundamentales, la justicia y la paz. Convienen, asimismo, en que la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad democrática y pluralista, lograr una subsistencia digna, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos raciales, étnicos o religiosos y promover las actividades en favor del mantenimiento de la paz. 3. Los Estados partes en el presente Protocolo reconocen que, con objeto de lograr el pleno ejercicio del derecho a la educación: a. la enseñanza primaria debe ser obligatoria y asequible a todos gratuitamente."

São Paulo, pasó a exigir el acceso a la enseñanza infantil en la ciudad de São Paulo para las familias que lo buscaban, actuando activamente en la solicitud de vacantes en la educación infantil, ya sea por medio de acciones colectivas de intereses individuales homogéneos, acciones individuales o incluso por acuerdos extrajudiciales. Para hacerse una idea, en 2013 la Defensoría Pública de São Paulo lograba obtener alrededor de 12 mil vacantes por año en guarderías y preescolares por medio de acciones judiciales (Souza, 2013)²⁶. No obstante, con el tiempo, esa estrategia no se mostró una buena solución para el déficit de vacantes en la enseñanza infantil en la ciudad de São Paulo. Además de generar iniquidad en el trato entre los ciudadanos (perjudicando a niños más vulnerables que no entraron con un pedido judicial de acceso a la enseñanza), en el aglomerado, se mostró ineficaz, generando otra fila de espera por una vacante, sin conseguir la inmediata matriculación de la vacante en la red de enseñanza (Rizzi y Ximenes, 2014a; Correa, 2014a).

En 2006, en ámbito municipal, se aprobó la Ley N°14.124/06, que pasó a obligar a la Secretaría Municipal de Educación a disponer de las informaciones trimestrales en internet (con datos estadísticos organizados por distrito) sobre la oferta y demanda de la enseñanza infantil en la ciudad, lo que posibilitó monitorear de forma más precisa la evolución de la educación infantil en la ciudad y fue fundamental para asegurar la transparencia de los datos y de las informaciones, posibilitando la exigencia de implementaciones en la enseñanza infantil en los años siguientes.

A partir de estas alteraciones normativas de 2006, movimientos sociales presentes en la ciudad de São Paulo pasaron a articularse para exigir la observancia normativa y la expansión de la enseñanza infantil en la ciudad (Rizzi, Ximenes, 2014b; Corrêa, 2014b).

Frente a la continua inobservancia del municipio en relación a la publicación de los datos de oferta y demanda de la enseñanza infantil en la ciudad, así como la constante denuncia de carencia de vacantes en guarderías y preescolares, las organizaciones de la sociedad civil crearon, en 2007, el Movimiento “Creche para Todos” – Movimiento Guarderías para Todos (“MCT”), con el propósito de incidir en diversas acciones político-jurídicas por la inclusión educativa de calidad en la educación infantil. Este movimiento estaba compuesto por las siguientes instituciones: Acción Educativa: Asesoría, Investigación e Información (“Proyecto Acción en la Justicia”); Centro de Derechos Humanos y Educación Popular de Campo Limpio (“CDHEP”); Instituto de Ciudadanía Padre Josimo Tavares; Casa de los Niños; Instituto Lidas; Foro de Irene y Asociación Internacional de Intereses a la Humanidad Jardim Emilio Carlos e Irene (Rizzi, Ximenes, 2014c).

El MCT, organizó diversas acciones en la ciudad de São Paulo: además de mapear la carencia de vacantes en la educación infantil en algunas regiones de la ciudad, el movimiento promovió manifestaciones públicas, audiencias y debates en la Cámara de los Concejales de São Paulo, ha elaborado peticiones administrativas para la alcaldía solicitando la publicación de datos de oferta y demanda de enseñanza infantil en la ciudad de São Paulo y pleiteando la apertura de más vacantes en guarderías y preescolares (Rizzi, Ximenes, 2014d). Ante la ausencia de respuestas satisfactorias a las solicitudes, por parte de la alcaldía, el MCT resolvió llevar la cuestión a la justicia (Rizzi, Ximenes, 2014e; Corrêa, 2014c).

En junio de 2008, el MCT interpuso un juicio de amparo²⁷, para que el municipio observara la Ley No 14.124/06 y divulgara el registro de demandas en la enseñanza infantil. Como ese era un año electoral, el MCT estratégicamente divulgó la información por me-

26 Marcelle Souza, São Paulo, 2013, Entrada: <<http://educacao.uol.com.br/noticias/2013/08/29/em-sp-12-mil-vagas-em-creches-foram-preenchidas-por-ordem-judicial.htm>>. Acceso en: 5 sep. 2014.

27 Acción constitucional (5° inciso LXIX de la CF) para tutelar derecho “líquido y cierto” alcanzado por ilegalidad o abuso de poder de una autoridad pública.

dio de la asesoría de prensa de la Acción Educativa, lo que no sólo presionó a la Secretaría Municipal de Educación a divulgar los datos, incluso antes de la apreciación de la acción judicial (el juicio de amparo), como también despertó la atención de los grandes medios de comunicación para la carencia de vacantes en la educación infantil en la ciudad (oficialmente había una demanda de 146.834 plazas). Este escenario, hizo que los candidatos a la alcaldía hayan sido cuestionados sobre cómo podría resolverse ese problema de la falta de vacantes, como también fortaleció la propuesta de que la formulación de un plan público de expansión de vacantes se mostrara necesario (Rizzi y Ximenes, 2014f).

El MCT, siguió presionando a la alcaldía para que hubiera una expansión de vacantes en la enseñanza infantil o, al menos, una planificación para la ampliación de la oferta de las mismas para remediar la situación. Como el municipio no presentó ninguna propuesta en este sentido, y el movimiento tenía un mapeo de 736 niños en la zona sur de la ciudad que estaban aguardando una vacante en la enseñanza infantil (además de la demanda oficial informada por la alcaldía), el MCT buscó en el poder judicial una ayuda para hacer efectivo el derecho a la educación infantil. A continuación, se especifican los problemas, desafíos y limitaciones jurídicas que inciden en la acción colectiva de N° 0150735-64.2008.8.26.0002, hasta la alteración del resultado.

2. CAMINOS, LÍMITES Y REVERSIONES EN LA ESFERA DEL PODER JUDICIAL: LA DECISIÓN ESTRUCTURAL EN LA ENSEÑANZA INFANTIL

En septiembre de 2008, el MCT interpuso una acción colectiva (proceso N° 0150735-64.2008.8.26.0002), en el Foro de la Infancia y la Adolescencia del Foro Regional de Santo Amaro contra la alcaldía de São Paulo²⁸ (Rizzi y Ximenes, 2014g).

La petición inicial, comenzaba narrando los hechos que fundamentaban la acción judicial: la carencia de vacantes en la enseñanza infantil constatada en la zona sur de la ciudad (zona con alto índice de vulnerabilidad social), así como los tratos ante la alcaldía con el objetivo de resolver administrativamente la situación. La petición destacaba la omisión de la administración local en expandir y cualificar su red de enseñanza infantil, observando la disparidad entre la oferta de vacantes por la alcaldía, la demanda en la enseñanza infantil y las metas previstas en el PNE/01. Para hacerse una idea de las discrepancias entre la norma y la realidad del municipio de São Paulo, la tabla a seguir trae algunos datos en ese sentido²⁹:

28 Además de esta acción de 2008, en 2010, una nueva acción colectiva fue propuesta por el Movimiento Guardería para Todos: la acción de N° 0018645-21.2010.8.26.0003, en el Fuero de la Infancia y Juventud del Fuero Regional de Jabaquara. Estas dos acciones trabajaron el derecho a la educación no sólo en su perspectiva individual (acceso a la vacante para los niños que están en la lista de espera), como también hicieron pedidos colectivos de cuño distributivo: en ambas acciones se solicita que la alcaldía elabore un plan de ampliación de vacantes y de construcción de unidades de educación infantil. Sin embargo, el pedido de la acción civil pública de 2010, es un poco distinto: se solicita la inclusión de una partida en el presupuesto público, previendo fondos para la realización del plan de expansión de plazas y el plan de ampliación de vacantes abarca tanto los niños constantes en el registro de la alcaldía, como aquellos que aún no constan en ese registro. Esta segunda acción es más restringida, dirigida sólo a los niños de Jabaquara. De este modo, el foco del artículo se dirigirá a la primera acción, propuesta en Santo Amaro, que demandaba una planificación de expansión de vacantes para toda la ciudad de São Paulo. La decisión de este caso determinó la concesión de vacantes a los niños que estaban arrollados en la inicial, pero juzgó improcedentes el pedido colectivo de expansión de la política pública (por entenderlo genérico) y el de inclusión en la partida presupuestaria de la alcaldía municipal de São Paulo (por juzgar que sería una injerencia indebida del poder judicial en la administración pública). Las entidades fueron, incluso, condenadas a pagar costos en esa acción de Jabaquara. En su apelación, la multa fue excluida, pero la improcedencia se mantuvo en relación a la solicitud colectiva y de inclusión en la partida presupuestaria. Se produjo la interposición de agravio regimental, oportunidad en que los entendimientos sobre el caso empezaron a cambiar.

29 La petición inicial trae estimaciones un poco distintas (más genéricas), pues los datos sobre la oferta y la demanda, en la época, no eran informados por el poder público municipal. Actualmente esta información está disponible y se puede observar con más claridad ese déficit en la oferta de vacantes señalado en la acción judicial.

Edad del niño		Demanda por vacantes	Meta del PNE/01	Tasa de atendimento
0 a 3 años	2007 (*)	79.231	30% de la población infantil	14, 1%
	2011(*)	99.159	50% de la población infantil	32,5%
4 a 6 años	2007 (*)	75.316	60% de la población infantil	69,26%
4 a 5 años	2011 (**)	8.505	80% de la población infantil (***)	67,40%

Fuente: Elaboración propia a partir de datos del Infocidade (*) e de la Fundação Seade (**). Incluye las matrículas en la red pública (federal, estatal y municipal) e convenidas. No incluye las matrículas en establecimientos privados. Con la Enmienda Constitucional 59/09 (***), la meta pasó a ser 100%.

Entrando en cuestiones más jurídico-procesales, la petición inicial pasaba a demostrar el cumplimiento de las “condiciones de la acción”³⁰, es decir, (i) la legitimidad, (ii) el interés de actuar y (iii) la posibilidad jurídica de la solicitud. Así, la petición inicial demuestra que las asociaciones actoras que componen el MCT tienen (i) legitimidad e (ii) interés de proceder para actuar en la defensa de los derechos educativos difusos y colectivos de los niños, en los términos exigidos por las normas constitucionales³¹ e infra legales³². La posibilidad jurídica de la solicitud (iii), se abordará al final de la petición; se trata de un punto central y diferencial de este caso en relación a las tradicionales solicitudes de acceso a la enseñanza infantil de modo individual.

En los fundamentos jurídicos, las actoras hacen una amplia demostración de normas nacionales³³ e instrumentos internacionales, de los cuales Brasil es parte, que aseguran el derecho a la guardería y al preescolar y especifican los deberes de los poderes públicos en la realización del derecho a la educación.

A pesar de que la jurisprudencia brasileña está fuertemente vinculada a las normas nacionales, en especial a la CF/88, las normas internacionales refuerzan los compromisos que fueron asumidos por el Estado Brasileño ante organismos internacionales, lo que fortalece, al menos normativamente, su observancia. En este sentido, la petición inicial expresamente menciona la Declaración Universal de los Derechos Humanos (Art. 26); el Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Art. 13); el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales - Protocolo de San Salvador (Arts. 13.1 e 16); la Convención sobre los Derechos del Niño (Art. 3.1, 18.3 e 28); la Convención sobre la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza de 1960 (Art. 1º, §1º, “a” e “b”); la Declaración de Cochabamba sobre Educación para Todos; la Declaración Mundial sobre Educación para Todos, de 1990 (Arts. 2º, 3º e 4º) y la Declaración de Dakar sobre Educación para Todos (7º, a), dejando claro que no son pocos los compromisos del Estado Brasileño, asumidos internacionalmente, junto a los derechos educativos.

La petición también, especificaba las obligaciones constantes en el Plan Nacional de Educación (PNE/01), ley fundamental para este caso. Este plan tenía como objetivo, articular un sistema nacional de educación entre los diferentes entes federativos brasileños, para

30 Esas “condiciones de la acción” son fundamentales para que una acción judicial pueda ser movida en Brasil. Si falta cualquiera de estas condiciones, la acción judicial se extinguirá sin juicio de mérito, o sea, el juez responsable del proceso ni siquiera apreciará lo que se está solicitando si no detecta en la acción judicial que esas condiciones hayan sido observadas.

31 CF Arts: 129, § 1º e 227, destacando los principios de la prioridad absoluta y de la protección integral a los niños y adolescentes.

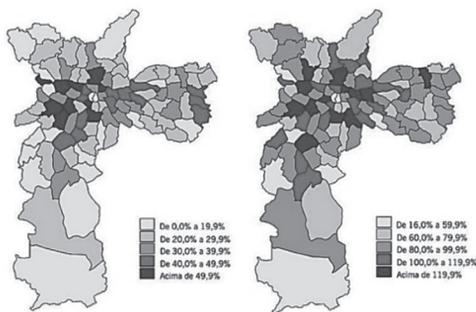
32 Estatuto del Niño y del Adolescente., Arts. 3º, 4º, 209, 210, 212; Ley de la Acción Civil Pública, Art. 5º, Incs. I e II.

33 CF/88: 6º e 7º, XXV, 205 e 208, IV; Constitución del Estado de São Paulo: 240 e 247; Ley Orgánica del Municipio: 200, 201 §§ 6º e 9º, 203, inc. II; Ley de directrices y bases de la educación: 4º e 11, inc. V, 29 e 30, Incs. I e II; Estatuto del Niño y del Adolescente: 53, 54.

asegurar el mantenimiento y el desarrollo de la enseñanza en sus diversos niveles, etapas y modalidades, de modo continuo, progresivo e integrado. En su ley hay siete artículos y, entre estos artículos, está expresamente previsto el deber de los estados, del distrito federal y de los municipios de elaborar sus planes de educación (artículo 2º del PNE/01). En el anexo, el PNE / 01 trae diagnósticos, directrices, objetivos y metas para las diferentes etapas y modalidades de enseñanza existentes en Brasil. El entendimiento jurídico, como se verá más adelante, considera que el contenido del anexo del PNE/01 debe ser realizado de acuerdo con la discrecionalidad del poder público. Sin embargo, estos objetivos y metas imponen deberes de observancia a los poderes públicos y no pueden ser simplemente ignorados.

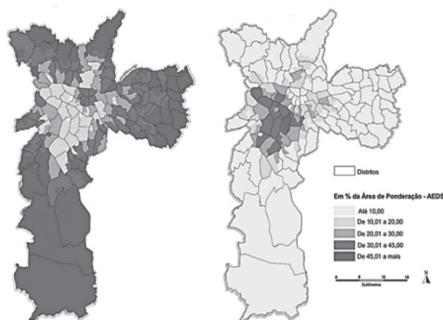
De ese modo, una relevante orientación a los poderes públicos, destacada en la petición inicial, era la priorización de la enseñanza infantil en las áreas de mayor vulnerabilidad social (directriz 1.2 del PNE/01), lo que no se estaba observando en la ciudad de São Paulo. La comparación de los siguientes gráficos 1 y 2 permiten observar que las mayores carencias de enseñanza infantil están, justamente, en las áreas más vulnerables de la ciudad:

Gráfico 1
TASA DE FRECUENCIA NETA EN GUARDERÍAS (A LA IZQUIERDA)
Y EN LA PREESCUELA (A LA DERECHA) DE 2011



Fuente: Ação Educativa (2013, p. 52).

Gráfico 2
DISTRIBUCIÓN DE DOMICILIOS EN SÃO PAULO,
SEGÚN LA FAJA DE RENTA EN 2010



Fuente: Secretaria Municipal de Desenvolvimento Urbano – SMDU/ Departamento de Produção e Análise de Informação – DEINFO. Notas: 1 – Los porcentajes indican la relación entre domicilios de determinada faja de renta y el número total de domicilios permanentes, referentes a cada una de las 310 áreas de ponderación de la muestra del Censo 2010. 2 – La distribución domiciliar hasta 3 salarios mínimos incluye los domicilios sin rendimiento.

La petición también, destacaba la meta 1.3.1 del PNE/01, que determinaba a los municipios: "Ampliar la oferta de educación infantil para atender, en cinco años, al 30% de la población de hasta 3 años de edad y el 60% población de 4 a 6 años y hasta el final de la década alcanzar la meta del 50% de los niños de 0 a 3 años y el 80% de los de 4 a 6 años"; y las metas 1.3.2, 1.3.3, 1.3.4 del PNE/01, que establecían estándares mínimos de calidad de la enseñanza, asegurando la función pedagógica de formación y desarrollo del ser humano, conforme lo previsto en el art. 206 de la CF/88.

En la secuencia, la petición inicial pasaba a demostrar la posibilidad jurídica de que el derecho a la educación infantil, en cuanto un derecho público subjetivo, pudiera tener su cumplimiento exigido de forma individual o colectiva. En ese sentido, algunos entendimientos jurisprudenciales del STF han sido utilizados para demostrar que la discrecionalidad del administrador no puede ser confundida con inercia ante sus obligaciones constitucionales. El entendimiento firmado en el STF sostiene que las normas educativas imponen condiciones concretas de realización, no bastando la simple matrícula en establecimiento de enseñanza, sino el deber de aparición estatal³⁴. De este modo, las demandantes sostenían que en la imposición de obligaciones colectivas (construcción de escuelas y elaboración de un plan de expansión de vacantes) no se configuraba una indebida injerencia en el poder discrecional de la administración pública, sino la creación de condiciones objetivas para la realización del derecho.

Por último, la petición llamaba la atención sobre la posibilidad jurídico-económica de que el pedido se realizara. En este punto, las demandantes de la acción demostraban, por medio de un informe del Tribunal de Cuentas del Municipio³⁵ (TCM), que los recursos económicos del área educativa son mal gestionados y el déficit en la enseñanza infantil no se deriva sólo de la falta de fondos, principalmente, de la aplicación indebida de los recursos. La intención de este tema era apartar un argumento muy presente en la judicialización de derechos sociales que es la "reserva de lo posible" (es decir, la administración no puede ser obligada a realizar lo que está por encima de sus posibilidades presupuestarias). De este modo, la petición destacaba que, en 2007: la Alcaldía dejó de aplicar aproximadamente R\$ 159.166.852,00 en la enseñanza fundamental e infantil provenientes del FUNDEB; incluyó, indebidamente, en el presupuesto de la educación, gastos con servidores inactivos de la educación, lo que está expresamente prohibido; incumplió las metas del Plan Plurianual del Municipio de São Paulo, sub ejecutando las inversiones previstas en educación infantil; incumplió las metas del Plan Plurianual 2006 - 2009 (Ley Municipal n° 14.123/2005), no realizando inversiones públicas en nuevos equipos escolares; además de no utilizar todos los ingresos de la Cuota Municipal del Salario-Educación.

34 "Aunque resida, primariamente, en los Poderes Legislativo y Ejecutivo, la prerrogativa de formular y ejecutar políticas públicas, le resulta posible, no obstante, al Poder Judicial determinar, aunque en bases excepcionales, especialmente en las hipótesis de políticas públicas definidas por la propia Constitución, sean éstas implementadas por los órganos estatales incumplimientos, cuya omisión - por implicar en el incumplimiento de los deberes político-jurídicos que sobre ellos inciden en carácter mandatorio - se muestra apta a comprometer la eficacia y la integridad de derechos sociales y culturales impregnados de estatura constitucional. La cuestión pertinente a la "reserva de lo posible". Doctrina. (Agravio Regimental en el RE 410.715-5 / São Paulo, Rel. Min. Celso de Mello, 2ªT. 22/11/2005).

Además, la decisión impugnada está en consonancia con la jurisprudencia de esa Corte, la cual firmó entendimiento, en casos como el presente, de que se le impone al Estado la obligación constitucional de crear condiciones objetivas que posibiliten, de manera concreta, la efectiva protección de derechos constitucionalmente asegurados, con alta prioridad, tales como: el derecho a la educación infantil y los derechos del niño y del adolescente. En este sentido, se destacan los siguientes juzgados: RE-AgR 410.715 / SP, 2ª T. Rel. Celso de Mello, DJ 03.02.2006; RE 431.773 / SP, rel. Marco Aurelio, DJ 22.10.2004. (...) No hay duda sobre la posibilidad jurídica de determinación judicial para el Poder Ejecutivo concretar políticas públicas constitucionalmente definidas, como en el presente caso, en que el comando constitucional exige, con absoluta prioridad, la protección de los derechos de los niños y de los adolescentes, claramente definida en el Estatuto del Niño y del Adolescente. Como también ya ha decidido el Superior Tribunal de Justicia (STJ-Resp 630.765/SP, 1ª Turma, relator Luiz Fux, DJ 12.09.2005)" (...). (STF. Suspensión de Liminar 235-0/Tocantins. Rel. Min. Gilmar Ferreira Mendes, 08/07/2008).

35 Municipio de São Paulo. Tribunal de Cuentas. Informe de la Subsecretaría de Fiscalización y Control del TCM referente al Balance General del Ejercicio de 2007 (Proceso TC n°: 72.000.815-08 * 56). Artículo 9 - Educación, págs. 22 y 23.

En la formulación del pedido, solicitaron una orden preliminar de la construcción de escuelas para los 736 niños sin vacantes y para la elaboración de un plan municipal de educación (o un plan de educación infantil), para proteger el derecho público subjetivo del niño y el derecho de trabajo de los padres, teniendo en cuenta que los plazos judiciales son muy largos y podrían acarrear daños irreversibles. En el mérito, además de solicitar un plan de ampliación de vacantes en la enseñanza infantil para toda la demanda registrada en São Paulo y la construcción de unidades de educación infantil, añadieron pedidos de multa personal al administrador e indemnización para los niños y familiares cuyo derecho educativo era violado por la omisión estatal.

A pesar de toda la especificidad de la petición inicial, citando incluso orientación jurisprudencial del STF, al analizar la petición inicial y la respuesta de la alcaldía, la magistrada extinguió la acción judicial sin juzgar el mérito, sosteniendo la imposibilidad jurídica del pedido. En su entendimiento, a pesar de la posibilidad de haber una concesión de vacantes individuales, las demandantes se limitaron a hacer pedidos colectivos (la obligación de construir unidades educativas y de elaboración de un plan de expansión de vacantes) y esos se inmiscuyen en las formas de actuar del administrador público y el poder judicial no puede imponerlo por respeto al principio de separación de poderes (artículo 2 de la CF).

Las abogadas de la acción, interpusieron un recurso de apelación contra la decisión y el Tribunal de Justicia de São Paulo lo aceptó y entendió que la extinción de la acción no encuentra fundamento legal, pues no hay nada en el ordenamiento patrio que prohíba la acogida de los pedidos hechos en la inicial. Además, la sentencia del TJSP reconoció que la eventual discrecionalidad en la forma de atender la enseñanza infantil es materia de mérito y no de las condiciones de la acción. De esa manera, en 2010, la acción colectiva regresó a la primera instancia para un nuevo juicio. En 2012, la acción fue nuevamente apreciada en primera instancia y al analizar el mérito, la magistrada juzgó improcedente el pedido por entender que la construcción de nuevos establecimientos escolares y la elaboración de un plan de expansión de vacantes eran materias de la discrecionalidad del poder público, sin espacio para intervención judicial. Las demandantes de la acción nuevamente apelaron al TJSP (Rizzi y Ximenes, 2014h). El recurso fue remitido a la Cámara Especial, órgano responsable por apreciar los litigios vinculados a los derechos de la niñez y la juventud. En la Cámara Especial del TJSP ocurrió la reversión del entendimiento jurisprudencial. Sin embargo, para entender cómo eso ha sido posible, hay que comprender algunos movimientos políticos, jurídicos y sociales que tuvieron lugar en la ciudad de São Paulo y fueron muy relevantes para ese caso.

En la coyuntura política, la elección de un ex ministro de educación para la alcaldía de São Paulo (Fernando Haddad, del Partido de los Trabajadores, gestión 2013-2016) aseguró relevante atención del municipio para la enseñanza infantil. En ese sentido, la gestión Haddad incluyó en su Plan de Metas y en el Plan Plurianual 2014-2017³⁶ la creación de 150 (ciento cincuenta) mil nuevas vacantes en la educación infantil (Rizzi y Ximenes, 2014i; Corrêa, 2014d; Marinho, 2018a).

En el ámbito jurídico, es importante observar que la jurisdicción procesal brasileña no contaba con mecanismos y hábitos culturales que posibilitara la comprensión, apreciación y el juicio adecuado de los derechos sociales, pues el diseño de su modelo procesal no proporciona técnica apta para lidiar con las cuestiones de justicia distributiva (Costa, 2013a). La ausencia del hábito y de herramientas operativas hacía que los juzgadores utilizaran sus "marcos" conmutativos para juzgar la cuestión (Lopes, 2006a). Es decir, la condena judicial

36

En virtud del artículo 165 de la Constitución Federal y del Decreto 2.829 / 1998, el Plan Plurianual es un plan a medio plazo, que establece las acciones y el presupuesto seguidos por el municipio a lo largo de un período de cuatro años. El programa de metas se estableció en 2008 en el art. 69-A de la Ley Orgánica del Municipio de São Paulo, obliga al representante político a presentar a la población, hasta 90 días después de la toma de posesión, las prioridades de la alcaldía en los cuatro años de mandato, asegurando más transparencia, control social y viabilidad a las propuestas del gobierno municipal.

era puesta en el ámbito del “todo o nada”, “debido o no debido”, “construir las escuelas y expandir las vacantes en la enseñanza infantil o no estar obligado a cumplir con esa obligación”. No se vislumbraba hasta ese momento de qué modo podrían ser enfrentadas las cuestiones colectivas de una forma más acorde con su naturaleza distributiva, imponiendo una obligación de hacerlo, pero asegurando mecanismos flexibles para que las contingencias del caso pudieran ser “controladas”. Las condenas en acciones colectivas eran encajadas en el marco conmutativo, como derecho público subjetivo se le aseguraba al niño el derecho de acceso a la enseñanza infantil³⁷, pero no se enfrentaba la forma como ese acceso a la enseñanza sería realizado.

En 2012, sin embargo, el volumen de condenas de acceso a la enseñanza infantil en la ciudad de São Paulo era muy intenso y se mostraba problemático: la decisión judicial sólo alteraba el orden de la fila de espera por una vacante, pero ya no era posible obtener vacantes inmediatas para más de 10.000 (diez mil), niños y niñas que solicitaban acceso a la enseñanza infantil por la vía judicial. Preocupados por el impasse generado por esta amplia judicialización individual y por la ausencia de una planificación pública que asegurara la expansión de la red infantil garantizando la calidad de la enseñanza, diferentes abogados de la sociedad civil que luchaban por el perfeccionamiento de la misma en la ciudad, empezaron a organizarse buscando una solución para esta cuestión.

De ese modo, se formó el Grupo de Trabajo Interinstitucional sobre Educación Infantil (“GTIEI”), compuesto por la Acción Educativa Asesoría, Investigación e Información; por el Grupo de Trabajo de Educación de la Red Nossa São Paulo, por las oficinas Rubens Neves Santos Jr Advogados y Hesketh Advogados; por la Defensoría Pública del Estado de São Paulo; y el Grupo de Acción Especial de Educación (GEDUC) del Ministerio Público del Estado de São Paulo (Rizzi y Ximenes, 2014j; Corrêa, 2014e). Este grupo pasó a organizar diferentes estrategias para reflexionar sobre el problema de la enseñanza infantil en São Paulo. Salomão Ximenes, de la Acción Educativa, y Alessandra Gotti, del Hesketh Abogados, elaboraron un dictamen técnico contextualizando el déficit de vacantes en el segmento infantil y apuntando que el estándar de litigios individuales era insuficiente, ineficiente e injusto, pues no provocaba alteraciones en la política pública educativa y distorsionaba los criterios administrativos observados en la política pública (Gotti y Ximenes, 2012a). Como solución a este problema, Gotti y Ximenes (2012b) sugirieron el litigio estructural. Además, el GTIEI organizó un taller temático con promotores de justicia y defensores públicos con el propósito de discutir la política pública educativa y las posibilidades de un litigio estratégico para esa cuestión (Correa, 2014e; Marinho, 2018b).

En abril de 2013, la apelación de la acción colectiva de nº 0150735-64.2008.8.26.0002 fue pauta para juicio en la Cámara Especial del TJSP³⁸. El GTIEI observó en este juicio una oportunidad para la intervención estructural, pues el pedido de la acción involucra una planificación de la política pública educativa de la ciudad. Las abogadas Alessandra Gotti (Hesketh Advogados) y Ester Rizzi (Acción Educativa) elaboraron un memorial y fueron a conversar con el juez relator del caso, Samuel Alves Júnior. En la conversación, el juez aclaró que entendía que el pedido era genérico, sin fundamento legal. Las demandantes, entonces, sostuvieron que el pedido no era genérico, sino una consecuencia lógica de la exigencia normativa expresamente prevista en el art. 214 de la CF/88 y del art. 2º del PNE/01. São Paulo no tenía un plan municipal de educación y la falta de planificación de cómo debería hacerse la expansión de vacantes en la enseñanza infantil comprometía la eficacia de los derechos individuales de acceso a la enseñanza (Marinho, 2018c). Las demandantes aclararon que

37 Por medio de acciones individuales o acciones colectivas de intereses individuales homogéneos (es decir, una sola acción civil pública que demanda el mismo pedido para cada uno de los niños que necesitan vacante).

38 En esta fecha, además de esa acción que es objeto de análisis, fue también pauta el recurso de agravio regimental de la acción 0018645-21.2010.8.26.0003, mencionada en la nota XI anterior.

no estaban solicitando que la judicatura elaborara un plan de expansión, sino que el poder judicial exigiera una planificación del poder público municipal.

A partir de estas consideraciones, el juez-relator cambió su entendimiento y convirtió el juicio en una propuesta de conciliación en segundo grado. Sin embargo, las demandantes del GTIEI nuevamente hicieron una intervención y solicitaron la realización de una audiencia pública, pues entendían que la propuesta de conciliación con la alcaldía no sería suficiente (Rizzi y Ximenes, 2014k; Marinho, 2018d). La solicitud de la realización de una audiencia pública fue aprobada y el GTIEI hizo un intenso trabajo de divulgación.

La audiencia pública se realizó en los días 29 y 30 de agosto de 2013 y hubo una amplia participación de miembros del gobierno, especialistas de diversas áreas (educación, juristas, economistas) e interesados de la sociedad civil (Corrêa, 2014f).

Al concluir la audiencia, se designó una conciliación con la alcaldía. Sin embargo, a pesar del compromiso político expresado en el Plan de Metas (creación de 150 mil nuevas plazas en la enseñanza infantil), la alcaldía se negó a realizar un acuerdo judicial con las demandantes de la acción, afirmando que sólo podría comprometerse en juicio con la apertura de 40 mil vacantes y con los parámetros de calidad que se estaban desarrollando en la nueva gestión (Rizzi y Ximenes, 2014l; Marinho, 2018e).

De ese modo, el 16 de diciembre de 2013, la acción colectiva N° 0150735-64.2008.8.26.0002 fue juzgada procedente. En una estrecha síntesis, los jueces entendieron que la educación es un derecho público subjetivo que impone deberes a los administradores públicos y que el principio de la separación de los poderes y la discrecionalidad del administrador no pueden "servir de escudo al Administrador, legitimando el incumplimiento de deberes impuestos a la administración y, consecuentemente, irrespetando derechos subjetivos de los ciudadanos". Se reconoció en este caso que el poder público (de gestiones políticas anteriores), fue omiso en relación a sus deberes con la educación infantil y no aplicó debidamente los recursos debidos, invirtiendo insuficientemente en este segmento. Además, aunque por medio de la jurisprudencia, fue citada la prohibición del retroceso social, prevista en la Declaración Universal de los Derechos de la Persona humana (DUDH, Art. XXV), lo que obliga, bajo pena de transgresión al texto constitucional, a preservar los derechos sociales ya concretados, absteniéndose de frustrarlos. Así, con respaldo al compromiso político asumido por la gestión Haddad en su Plan de Metas, la alcaldía fue condenada a crear, como mínimo, 150 mil nuevas vacantes en guarderías y preescolares, siendo 105 mil vacantes en guarderías y 45 mil en preescolares, para atender toda la demanda registrada en la ciudad de São Paulo. De las 150 mil vacantes, el 50% debería crearse en el plazo de 18 meses y el resto hasta finales de 2016. La Cámara especial del TJSP determinó que se cumplieran los estándares de calidad de enseñanza del Consejo Nacional de Educación y que se incluyeran en la propuesta el presupuesto del municipio y el aporte de fondos necesarios para la ampliación de la red de enseñanza infantil³⁹. Además, la sentencia determinó que la alcaldía presentara, en el plazo de 60 días, un plan de expansión de las vacantes en el municipio. Para monitorear la ejecución de ese plan e informar a la Cámara Especial sobre eventuales progresiones, la alcaldía fue condenada a presentar informes semestrales y hacer reuniones con la Coordinadora de la Infancia y la Juventud del TJSP y un comité de monitoreo. El juez relator no fijó multa o bloqueó fondos, ya que la ejecución sería semestralmente acompañada, pero dejó abierta esta posibilidad, si la alcaldía no observara la decisión.

La sentencia de la decisión fue publicada en febrero de 2014 y la alcaldía de São Paulo pasó a actuar de modo doble: al mismo tiempo que formalmente recurría de la condena colectiva⁴⁰, empezó a dialogar con la Coordinadora de la Infancia y Juventud del TJSP y con

39 En Brasil, hay reglas muy específicas que vinculan los gastos públicos. Cada ente federativo (Unión, Estados y Municipios) tienen un presupuesto público propio y todos los gastos previstos en este presupuesto público son previamente aprobados el año anterior.

el comité de “monitoreo informal” (compuesto por los miembros del GTIEI y las demandantes de la acción), cumpliendo voluntariamente la decisión (Marinho, 2018, 149f).

En noviembre de 2014, el comité de monitoreo fue formalmente designado, compuesto por las abogadas de la acción (Acción Educativa, Asociación Comunidad Activa Vila Clara, Centro de Derechos Humanos y Educación Popular de Campo Limpo, Instituto de Ciudadanía Padre Josimo Tavares), por los demás miembros del GTIEI (Defensoría Pública del Estado, Grupo de Acción Especial de Educación del Ministerio Público del Estado, Grupo de Trabajo de Educación de la Red de Sao Paulo, Hesketh Advogados, Rubens Naves Santos Júnior Advogados) y también por otros invitados, como los representantes del Foro Municipal de Educación Infantil; del Negri (Núcleo de Estudios de Género, Raza y Equidad); y del Foro Paulista de Educación Infantil (Marinho, 2018g).

El juicio de este caso en el TJSP fue muy diferenciado de la forma tradicional de exigir el derecho a la educación en el poder judicial brasileño. La decisión fue realizada en los moldes de un proceso estructural.

Característicamente, un proceso estructural se ocupa de cuestiones complejas y dinámicas que necesitan ser alteradas y complementadas, de acuerdo con las contingencias y las necesidades fácticas. Procesalistas brasileños que trataron de comprender este proceso y pensarlo a la luz de nuestra jurisdicción sostienen que la gran dificultad de adaptar un proceso estructural en nuestro modelo procesal deriva de los límites planteados por diversos principios procesales estructurados para garantizar la seguridad jurídica y la imparcialidad del proceso civil (como la inercia jurisdiccional, la demanda y congruencia, la marcha procesal, la “cosa juzgada”⁴¹) (Costa, 2013b; Arenhart y Marinoni, 2014; Lima, 2015; Ferraro, 2015). En el entendimiento de estos procesalistas, la rigidez de nuestro modelo procesal y de los principios que lo rodean, prácticamente inviabilizan la adaptación del modelo brasileño a un proceso estructural, dada la necesidad de aplicación de técnicas más flexibles, que posibiliten la recalibración o revisión de objetivos presentes en el proceso estructural (Marinho, 2018h).

Sin embargo, por medio de principios generales presentes en la jurisdicción brasileña (como la efectividad de la jurisdicción, por ejemplo), los jueces reconocieron la necesidad de conceder tutela útil y efectiva a los derechos educativos de los jurisdiccionales (derechos públicos subjetivos de tener acceso a la enseñanza infantil) y pasaron a admitir ciertas innovaciones procesales y materiales, viabilizando el uso de mecanismos flexibles en la decisión estructural (como la realización de audiencias públicas, la posibilidad de monitoreo de la decisión y de rediscusión de las metas y plazos de la condena judicial), admitiendo la justiciabilidad de obligaciones de hacer con carácter distributivo (como la construcción de escuelas y la elaboración de un plan de expansión de vacantes), abriendo nuevas posibilidades institucionales para manejar los derechos sociales.

En que pese a ser visto como un avance, al abrir caminos para que un enfrentamiento colectivo del derecho social pueda ser operado, la intervención estructural genera críticas muy contundentes que van desde la carencia de legitimidad del juzgador (que no es electo para elegir las prioridades de la actuación del Estado), así como por la falta de capacidad

40 La municipalidad interpuso tres recursos: (1) embargos de declaración, que cuestionan en el propio órgano emisor de la decisión una posible oscuridad, contradicción u omisión de la decisión judicial. Estos embargos fueron rechazados por la Cámara Especial del TJSP; (2) recurso extraordinario, dirigido al STF para cuestionar eventual violación a la disposición de la Constitución Federal. El proceso de admisibilidad de este recurso es responsabilidad del tribunal local (en el caso la Cámara Especial del TJSP). El recurso fue “sobrestado” por la Cámara Especial del TJSP para esperar el juicio de un caso similar que ya tramita en el STF y puede impactar la decisión de ese caso (el recurso extraordinario RE 1008166); (3) recurso especial, dirigido al Superior Tribunal de Justicia para cuestionar eventual violación al dispositivo de ley federal. Este recurso fue admitido por la Cámara Especial del TJSP, pero sobrestado en el Superior Tribunal de Justicia para aguardar la apreciación del recurso extraordinario RE 1008166 en el STF;

41 En breve síntesis, el principio de la inercia jurisdiccional afirma que el juez debe permanecer inerte, aguardando a que las partes (autor y reo) inicien el proceso; los principios de la demanda y la congruencia informan que el autor inicia el proceso (el juez no actúa de oficio) y la sentencia debe corresponder a lo solicitado por la parte (el juez no puede ir más allá o por debajo de lo que haya sido solicitado); la marcha o impulso procesal (el proceso sigue un ritmo continuo, paso por paso, hasta agotar su función jurisdiccional), la “cosa juzgada” (la sentencia se vuelve indiscutible e inmutable).

institucional de que el poder judicial actúe en políticas públicas. La falta de capacidad institucional sostiene que el poder judicial no debería actuar en cuestiones políticas porque le faltaría conocimiento técnico (especialización) para manejar cuestiones complejas (policéntricas) y prospectivas (futuras) (Fuller, 1978). Además, afirma que la judicialización de cuestiones políticas puede desviar la política pública de sus fines, causando más perjuicios que ganancias (Horowitz, 1977), o llevando a retrocesos institucionales (Rosenberg, 1991). Por otro lado, (Sabel y Simon 2004a) sostienen que en estos casos complejos el experimentalismo jurídico es capaz de perfeccionar políticas que de otro modo no podrían desarrollarse por fallas institucionales democráticas.

En Brasil hay diversos estudios que apuntan iniquidades en la judicialización de derechos sociales, especialmente en el área de la salud, en la cual, personas que cuentan con más recursos sociales se acaban beneficiando de remedios de elevado costo, dejando aún más escaso el presupuesto público del sistema de salud (Chieffi e Barata, 2009; Ferraz, 2011; Wang, Vasconcelos, Oliveira e Terrazas, 2014), incluso en la judicialización de la educación, donde hay personas que acceden a vacantes por el poder judicial y pasan delante de otras más vulnerables que no tienen acceso a ese medio (Gotti e Ximenes, 2012c; Corrêa, 2014g). Sin embargo, justamente por hacer una intervención colectiva pública, el caso de las guarderías parece darle una nueva perspectiva a la judicialización del derecho a la educación, haciendo que el acceso a la educación infantil de la ciudad de São Paulo pueda mejorar.

De cualquier modo, en este caso estudiado, los resultados todavía se están produciendo y, por lo tanto, no se puede elaborar un diagnóstico más preciso sobre lo que significó esa intervención. Sin embargo, es posible evaluar algunos resultados ya producidos y hacer algunas reflexiones provisionales a la luz de estas consideraciones, lo que se hará en el tópico siguiente.

3. ALGUNOS DE LOS RESULTADOS QUE YA SE HAN PRODUCIDO

Al mismo tiempo que recurría de la decisión judicial, la alcaldía cumplía con la obligación judicial de rendir cuentas sobre la política de expansión de vacantes en la enseñanza infantil, enviando informaciones y asistiendo a las reuniones programadas por la Coordinadoría de la Niñez y la Juventud del TJSP, acompañadas por el comité de monitoreo. Siguiendo su "Plan de Metas", elaborado en 2013 para el gobierno de la ciudad, la alcaldía demostró cómo pretendía, expandir las vacantes en la educación infantil en São Paulo, como financiaría esa expansión, así como destacó la forma como se estaban implementando las metas previstas para la expansión de la educación infantil y las contingencias que podrían comprometer el ritmo de la expansión planificada.

En ese sentido, informó que la expansión se haría por medio de la construcción de nuevas unidades educativas (243 nuevos Centros de Educación Infantil (CEI) - 53 mil nuevas vacantes en guarderías, para niños de 0 a 3 años, 65 nuevas Escuelas Municipales de Educación Infantil (EMEA) y un Centro Municipal de Educación Infantil (CEMEI) - aproximadamente 35 mil nuevas vacantes en preescolas y guarderías, 20 nuevos Centros Educativos Unificados con guarderías y preescolares - aproximadamente 10 mil nuevas plazas en guarderías y preescolares); por la optimización de edificios públicos ociosos; y por la realización de convenios y alianzas con establecimientos particulares (aproximadamente 52 mil nuevas plazas en guarderías y preescolares) (Marinho, 2018i). Sobre la financiación de la expansión, la alcaldía contaba con tres fuentes: aumentar la recaudación de los fondos municipales (pues logró aprobar la Ley nº 15.889/13, que posibilitaba un aumento en el impuesto predial y territorial urbano); obtener fondos de convenios inter federativos (con el Estado de São Paulo y la Unión Federal); y realizar asociaciones con particulares (Marinho, 2018j).

Tabla 1

Planificado	Efectivado
Construcción de 243 CEIs*	43 CEIs construídos, siendo que 6 aún no poseen alumnos matriculados (11,9% realizado)
65 EMEIS* e 1 CEMEI*	24 EMEIs e 6 CEMEIs construidas, siendo 3 CEMEIS sin alumnos matriculados (37,7% realizado)
Construcción de 20 CEUS*	2015 – CEU Heliópolis (readaptado) 2015/2016 – 8 CEUs en obras avanzadas y 6 CEUs con obras iniciadas (0% realizado)
51.106 vacantes en convenio con particulares	101.877 matrículas garantizadas en guarderías y preescolas.

Fuente: Informe TCM Proc. 72.001.517.17-74, p. 248. / (Marinho, 2018 | p. 153). *Denominación propia de los establecimientos infantiles.

Tabla 2
COMPARACIÓN ENTRE LA META PLANEADA Y LA REALIZADA (EN VALORES)

Proyecto Actividad	2014		2015		2016		Total (2014-2016)	
	PI	C	PI	C	PI	C	PI	C %
Construcción de EMEI	55	134,8	183,6	25,2	0,0	0,0	271,3	54,5
Construcción de CEI	378,2	30,8	468,8	40,8	329,9	14,9	1.259,4	28,3
Construcción, reforma y ampliación de CEU	231,5	13,2	244,2	31,4	144,3	36,8	620	25,9
Operación y Mantenimiento de CEIs, convenidas y aliadas	1.016,6	116	1.146,2	124,5	1.316,9	132,7	4.865,0	89,5

PI = Planeado (en millones) / C = Comprometido (%)

Fuente: Informe TCM Proc. 72.001.517.17-74, en el cual se consideran las metas físicas (para construcciones) y financieras previstas en el PPA 2014-2017 y los recursos comprometidos de 2014 a 2016, p. 248. / (Marinho, 2018, m, p. 153).

Tabla 3

Red Municipal de Enseñanza en SP	Matrículas 2012	Demanda 2012	Matrículas 2016	Demanda 2016
Guarderías	214.094	95.180	284.179	65.040
Pre-escuelas	183.257	2.430	215.049	1.269
Total de la red de EI	397.351	97.610	499.228	66.309

Fuente: Infocidade - Demanda Registrada de Guarderías y Pre-Escuela (2007-2016).

Desde la primera reunión, la alcaldía fue presentando a la Coordinadora de la Infancia y Juventud del TJSP y al Comité de monitoreo, diversas contingencias que podrían comprometer su planificación de expansión, tales como las dificultades para expropiar inmuebles y licitar proyectos y obras; obstáculos burocráticos y medioambientales (carencia de terrenos disponibles, áreas de manantial); problemas en la celebración de los convenios y alianzas; los efectos de la L. 15.889/13, fueron bloqueados por medio de acciones judiciales en el primer año de recaudación del Propiedad Urbana e Impuesto Territorial (IPTU), (lo que generó una pérdida de 800 millones de reales); además, en 2015 el país tuvo una fuerte recesión económica y no logró recaudar la cantidad planeada de otros entes federales, lo que la obligaron a reducir las inversiones, incluso, en la educación.

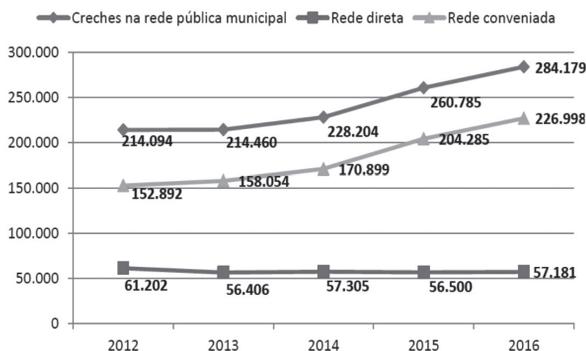
Y, de hecho, en mayo de 2015 ya estaba claro para la alcaldía que no habría tiempo hábil ni recursos económicos para construir los 243 nuevos centros de educación infantil que había planeado. Para compensar, se comprometió a expandir la red infantil por medio de convenios con entidades particulares (Marinho, 2018k). Así, a finales de 2016, la alcaldía presentó los resultados efectivos (tabla 1).

A respecto de las inversiones planificadas y el porcentaje comprometido, el resultado fue el indicado en la tabla 2.

En cuanto a la efectiva expansión de niños matriculados, la gestión Haddad agregó 101.877 de matrículas⁴², siendo considerada la mayor expansión en la red de enseñanza infantil ya realizada en São Paulo (tabla 3).

Sin embargo, como se puede observar en los gráficos a seguir, esa gran expansión se ha hecho, en su mayor parte, a través de la red convenida⁴³ (alrededor del 77,5% de las nuevas matrículas en la red de enseñanza).

Gráfico 3
MATRÍCULAS EN GUARDERÍAS

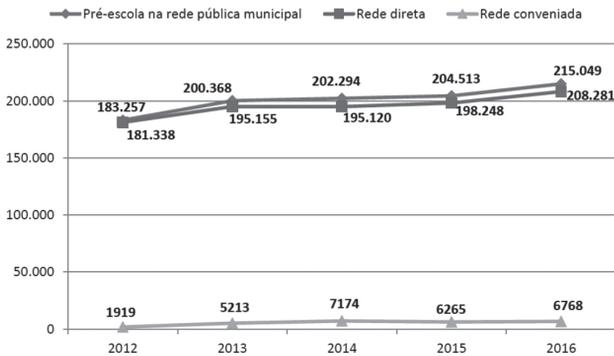


Fuente: Marinho (2018a, 154-155).

42 Este número de nuevas matrículas es cuestionado por algunos miembros del comité de monitoreo, que alegan que parte de las matrículas se realizaron en vacantes que ya estaban disponibles en la red de enseñanza infantil al final de la gestión anterior y, por lo tanto, no habrían sido creadas por la gestión Haddad. Tanto João Paulo Faustini como Salomão Ximenes, miembros del comité de monitoreo, sostienen que el recuento debería ser por el número de vacantes añadidas a la red de enseñanza (y, en ese sentido, la gestión Haddad creó 77.649 nuevas plazas, pues la red de enseñanza ya disponía 427.501 vacantes en 2013 y en 2016 contaba 505.150 vacantes). Según Ximenes, la cuenta por el número de plazas es más precisa y ese fue el parámetro utilizado en la decisión judicial. La gestión Haddad, de su parte, alegó que habían establecimientos con vacantes libres que no estaban siendo utilizadas y que, por lo tanto, prefirió trabajar con el número de matrículas creadas para retratar mejor cuántos niños, de hecho, participaban de la red de enseñanza (EDUCACIÓN UOL, 2016).

43 Establecimientos de enseñanza particulares que establecieron convenio con la alcaldía para prestar el servicio educativo.

Gráfico 4
MATRÍCULAS EN PREESCUELAS



Fuente: Marinho (2018o, 154-155).

El gran problema de esta expansión a través de la red convenida es que hay mucha discrepancia en la calidad de la enseñanza entre la misma y las redes directa, como lo ha indicado el informe anual de fiscalización 2016 del Tribunal de Cuentas del Municipio (Informe Nº 72.001.517.17-74), en que se han constatado tanto fallas pedagógicas como instalaciones físicas inadecuadas en las redes "convenidas" (ausencia de áreas verdes, mobiliario no apropiado, falta de profesores, aglomeración de salas, además de otros).

Esta discrepancia hizo que el comité de monitoreo se preocupara por esa forma de expansión y pasara a presionar a la alcaldía por mejoras de calidad en las "convenidas". La alcaldía, sin embargo, sostenía que esa ya era una preocupación y que, incluso, aprobó un plan municipal de educación (PME-SP - Ley Nº 16.271/15) y construyó parámetros y directrices locales para implementar la calidad de la enseñanza.

A finales de 2016, tanto el comité de monitoreo como la Coordinadora de la Infancia y Juventud reconocieron que la gestión Haddad, de hecho, se empeñó en observar su Plan de Metas y expandir el número de plazas en la enseñanza infantil, aunque no haya logrado la expansión propuesta. Sin embargo, reconocieron también que tanto el acceso como la cuestión de la calidad de la enseñanza infantil seguían siendo problemas sensibles en la política educativa de la ciudad de São Paulo y de ese modo, decidieron por la realización de una nueva audiencia pública, para evaluar con la nueva gestión política al frente de la alcaldía (João Agripino da Costa Doria Junior, alcalde de la ciudad de São Paulo, período 2017-2020), la política educativa en la red infantil, de manera más amplia, hacer un balance sobre el cumplimiento de la decisión, oír las propuestas de la nueva gestión e iniciar las tratativas para el cumplimiento de la decisión judicial, a partir de una perspectiva dialógica.

En la campaña política, la promesa de Dória era "poner a cero la fila" de guarderías en São Paulo, sin embargo, en su plan de metas limitó esa expansión a 85.500 nuevas matrículas en guardería en la Red Municipal de Enseñanza (Santiago, 2017).

El 1 de junio de 2017, una nueva audiencia pública fue realizada, con amplia participación de los miembros del comité de monitoreo, especialistas (educadores, juristas, economistas, miembros del Tribunal de Cuentas del Municipio), miembros de la alcaldía (de la secretaría de educación y de las finanzas) y los usuarios de la política pública. En esta audiencia las cuestiones de acceso y calidad de la enseñanza fueron muy debatidas, destacándose la importancia de medidas para ecualizar las grandes discrepancias entre la red directa y las "convenidas" (equiparando condiciones de trabajo, salario, jornada, formación

continuada, así como las preocupaciones con respecto a las instalaciones físicas, el número de niños por educador y de agrupaciones de niños por aula) y la necesidad de implementar el costo alumno-calidad⁴⁴. Se apunta también la necesidad de continuar invirtiéndose en la ampliación de la red, ya que en las regiones periféricas de la ciudad la población todavía está en expansión (como consecuencia de la movilidad y cuestiones migratorias)⁴⁵. La alcaldía, por su parte, ponderó que la gestión fue elegida con diversas pautas que también son relevantes para la ciudad –salud, transporte, cultura, empleos– que disputan recursos para cumplir con sus fines, de modo que elegir prioridades frente a un presupuesto limitado es difícil. De este modo, sostuvo que la población infantil está disminuyendo y que, por lo tanto, invertir en la construcción de nuevos equipamientos públicos para la red infantil no sería la mejor opción, de ahí la priorización de los convenios y alianzas. Señaló que las áreas de mayores demandas por guardería en la ciudad son áreas de represa y manantial, siendo difícil construir nuevos equipos de enseñanza en esas regiones. Afirmó que la fila de espera de la enseñanza infantil, es mucho menor y que la alcaldía se está esforzando para dar más transparencia y atención a sus usuarios; que pretenden expandir hasta un 30% la matrícula en guarderías, regionalizando la atención y priorizando a los más vulnerables y que, la gestión actual se comprometía a dar continuidad con ese proceso judicial dialogal.

En septiembre de 2017, en reunión con la Coordinadora de la Infancia y Juventud del TJSP y el comité de monitoreo, la gestión Dória celebró un acuerdo judicial⁴⁶ con las actoras de la acción. En este acuerdo, la alcaldía se ha comprometido no sólo con la apertura de 85 mil nuevas matrículas en guarderías (priorizando los distritos con mayores demandas), como también con estándares de calidad previstos en el Plan Municipal de Educación, observando específicamente el número de agrupaciones de niños por ambiente, el número de niños por educador y la exigencia de área externa para uso de los niños en la celebración de nuevos convenios.

En diciembre de 2017, los registros educativos apuntaron que la demanda por vacantes en la preescolar fue cerrada (en diciembre de 2016 registraba 1.269 niños) y la fila de las guarderías contaba con 44.092 niños.

En abril de 2018, Bruno Covas asumió la Alcaldía de São Paulo como el vicecalde de Doria (que dejó la Alcaldía para disputar las elecciones del Estado de São Paulo). La nueva secretaria de la gestión se ha comprometido en cumplir los términos acordados en septiembre de 2017. En ese sentido, en 2018, pasó a presentar los datos de forma discriminada por distrito, para que la evolución en los distritos más vulnerables y con las mayores demandas

44 El costo alumno-calidad es un indicador que pretende garantizar un valor mínimo de recursos a ser invertidos por alumno en cada etapa y modalidad de la Educación Básica pública. Este cálculo tiene en cuenta las condiciones mínimas que una escuela debe tener para asegurar la calidad de la enseñanza.

45 La audiencia tuvo ponencias muy interesantes, pudiéndose destacar: Cisele Ortiz, representante de la Red Nossa São Paulo, citando a James Heckman (economista, ganador del premio Nobel en 2000), ponderó que la calidad del desarrollo en la primera infancia genera fuerte influencia en resultados económicos sociales y en la salud tanto para los individuos como para la sociedad como un todo, de modo que una inversión en ese segmento trae mayor retorno social y debería ser visto como prioritario; Denise Carrera, Coordinadora institucional de la ONG Acción Educativa, registró el riesgo de retroceso en hacer una expansión sin control político-pedagógico, sin un plan de acciones, sin buscar equalizar la red directa y la convenida. En el marco de la gestión de la educación (PMA), se aprobó en la gestión Haddad (metas 1.3 y 1.4), para avanzar en la calidad de la educación infantil; María Malta Campos, presidenta de la ONG Acción Educativa, destacó la importancia de una autoevaluación participativa con la comunidad escolar. Sylvie Klein, del Foro Paulista de Educación, se observó la necesidad de que el niño tuviera un ambiente lúdico, acogedor y seguro, espacios externos para movimiento, contacto con la naturaleza y que acabar con juegos y salas de informática no lo tienen en cuenta. María Leticia B. P. Nascimento, la profesora de la Facultad de Educación de la Universidad de São Paulo, sostuvo la necesidad de una política de estado, de mediano y largo plazo, para la educación infantil, que permita el desarrollo continuo de ese segmento; Sérgio Stoco, economista y profesor de la Universidad Federal de São Paulo, ponderó que la política pública educativa no puede ser balizada como si el fenómeno demográfico fuera estable, pues la densidad demográfica cambia si consideramos cuestiones regionales, de movilidad urbana y migración. Y, en el caso de las zonas periféricas de la ciudad de São Paulo, los estudios demuestran que esta disminución poblacional no está ocurriendo, por lo que inversiones que permitan el acceso a la enseñanza infantil para esas áreas todavía serían necesarios.

46 El acuerdo se puede consultar íntegramente en: <https://femeisp.files.wordpress.com/2017/10/termo-de-acordo-creches.pdf>, investigado el 24 de mayo de 2019.

podrían ser observadas (en el caso, la reducción de la demanda en los distritos de la zona sur de la ciudad). Además, informó que se está esforzando para reducir el número de agrupaciones infantiles que ocupan el mismo ambiente pedagógico, así como para observar la media de estudiantes por docente, prevista en la meta 2 del Plan Municipal de Educación. Respecto de los equipos de educación infantil sin área externa, afirmó que revisaron todas las unidades de educación infantil y que éstas poseen, al menos, una área externa. En diciembre de 2018 la demanda por guarderías en São Paulo registró 19.697 niños y en marzo de 2019, las matrículas en guardería alcanzaron 334.583 niños. Además, los datos a disposición por la secretaría municipal de educación demostraron progresos en los marcos cualitativos que se acordaron.

Estos datos informan que, de hecho, está habiendo una progresión en la red de educación infantil en la ciudad de São Paulo. Sin embargo, las observaciones sobre acceso y calidad que fueron mencionadas en la audiencia pública de 2017, como la falta de una búsqueda activa por niños (meta 5.8 de la PME), en la ciudad de São Paulo, y la falta de implementación del costo alumno-calidad⁴⁷, muestran lo compleja de la intervención en una política pública y, a veces, como es limitada la intervención estructural, apuntando desafíos que todavía están abiertos en esta política educativa.

4. CONCLUSIONES FINALES

Este caso trae interesantes reflexiones sobre la judicialización de derechos sociales. En primer lugar, demuestra cuán importante fue el reconocimiento judicial expreso del acceso a la guardería como un derecho público subjetivo. Fue ese concepto, en su lógica individual y conmutativa, que posibilitó al Poder Judicial brasileño reconocerlo y operarlo como una garantía exigible en la justicia.

Sin embargo, la judicialización masiva de este derecho ha sacado a la luz una característica relevante de la naturaleza de los derechos sociales que no puede ser descartada: su carácter distributivo, como un bien público por el Estado (Lopes, 2006b). Si la judicialización individual, en cierto modo, escamoteaba esto (dando la falsa impresión de que la judicialización conmutativa resolvería el problema), la judicialización masiva evidenció que ya no era posible seguir sólo por este camino, siendo necesario buscar una nueva solución, dentro de la racionalidad distributiva, para que ese derecho pudiera ser efectivamente realizado: una expansión planificada de la política pública de enseñanza infantil se mostraba necesaria (interviniendo, de ese modo, en las disputas alocativas y discrecionales del poder político).

En este punto, la judicialización del derecho a la educación entró en contacto con un punto muy sensible en las discusiones jurídico-constitucionales: ¿cuál es la legitimidad de la justicia sobreponer su elección de priorización de inversiones en un escenario de escasez de recursos públicos en que ellos (los jueces), no fueron elegidos para la toma de decisiones sobre lo que sea priorizado, entre tantas demandas y recursos limitados? ¿Cuál es la capacidad de la intervención del poder judicial para contribuir al mejoramiento de la política pública de educación infantil?

Y, en este sentido, este caso trae aprendizajes muy interesantes para la judicialización de derechos sociales.

47 En el informe del Tribunal de Cuentas del Municipio de 2017 (función educativa), se puede observar que el costo alumno-calidad / año viene sufriendo reducción de valor, si se compara el valor de 2013 (R\$ 11.230,62), con el valor actual (R\$ 10.818,01) (Informe TCM Proc. 72.002.292 / 18-72), lo que apunta a una reducción de calidad.

La lucha por la afirmación del derecho a la educación infantil instigada por ONGs y movimientos de la sociedad civil fue, a lo largo del tiempo, generando una mayor concientización en la población sobre la importancia y la necesidad de ese derecho. Si en el ámbito federal importantes normas fueron conquistadas (las normas y tratados internacionales ratificados por el país, la ley de directrices y bases de la educación, el plan nacional de educación, las enmiendas constitucionales No.53/ 06 y 59/09), en el ámbito municipal, esa toma de conciencia llevó no sólo a la conquista de la L. 14.124/06, como a la estructuración de una importante movilización y articulación de actores en favor del problema de acceso a la enseñanza infantil, lo que hizo con que los medios de comunicación pudiera acompañar más de cerca esta cuestión y los gestores públicos pudieran ser más presionados por mejoras. Presión esa que reverberó en compromisos políticos asumidos en el plan de metas, no sólo en la gestión Haddad y en la gestión Dória, como también dio fuerzas para que se tomara una decisión judicial en este sentido. Fueron esos parámetros previstos en los Plan de Metas de los gestores que asumieron la Alcaldía de São Paulo (Haddad 2013-2016 e Dória 2017-2020) que dieron fuerzas e indicaron el camino hacia la intervención del judiciario en la política pública educacional, facilitando que se tomara una decisión judicial y dando un parámetro para la concretización de la norma educacional.

De este modo, es posible afirmar que la presión de la sociedad civil al lenguaje de la exigibilidad judicial de un derecho individual promovió una mayor atención del derecho a la educación infantil por los gestores públicos, lo que a su vez, le dio al judiciario un parámetro de concretización para la expresión colectiva del derecho educacional: la necesidad de apertura de 150 mil vacantes y el propósito de la gestión municipal en avanzar en esa política pública. De ese modo, el instrumento jurídico se sumó a la lucha social, lo cual mostró una importante estrategia en la lucha por los derechos educacionales. Exigir una planificación y mejoras de políticas públicas también son aprendizajes estratégicos. En el plan colectivo, esa exigencia distributiva se mostró más acorde con la necesidad de expandir una política pública que estaba estancada y caótica, sin perspectivas de mejoras. La discrecionalidad del poder público para implementar y desarrollar su plan de gobierno no le autoriza a ignorar normas y parámetros públicos que imponen obligaciones expresadas junto a los derechos sociales, tal como se establece en las normas educativas. La falta de planificación y de estructuración de una política pública inviabilizaba su perfeccionamiento y perpetuaba un ciclo de descompromiso con los derechos sociales y el mantenimiento de las desigualdades. En este sentido, este caso estructural experimental viene demostrando que por más compleja y limitada que sea la intervención judicial en una política pública, se está logrando éxitos en la política pública educativa, superando algunos obstáculos a la implementación de políticas públicas y colaborando para la conquista y mayor acceso a los derechos sociales de una población más vulnerable en la ciudad. Lo que parece asegurar no sólo legitimidad para esa intervención judicial, como también una contribución a la consolidación de una democracia, mejorando un fallo institucional (Sabel y Simon, 2004b).

En el ámbito de las normas internacionales, en particular del Pacto de San José de Costa Rica, este caso no es apenas emblemático por fortalecer y mejorar el derecho de acceso a la educación infantil (artículo 13, 3ª) y el derecho de real oportunidad de empleo de los padres (artículo 6º., 2), pero también porque a través del perfeccionamiento de tales derechos amplia, progresivamente, la justicia social, consolidando el respeto al pleno derecho de las personas y el régimen democrático.

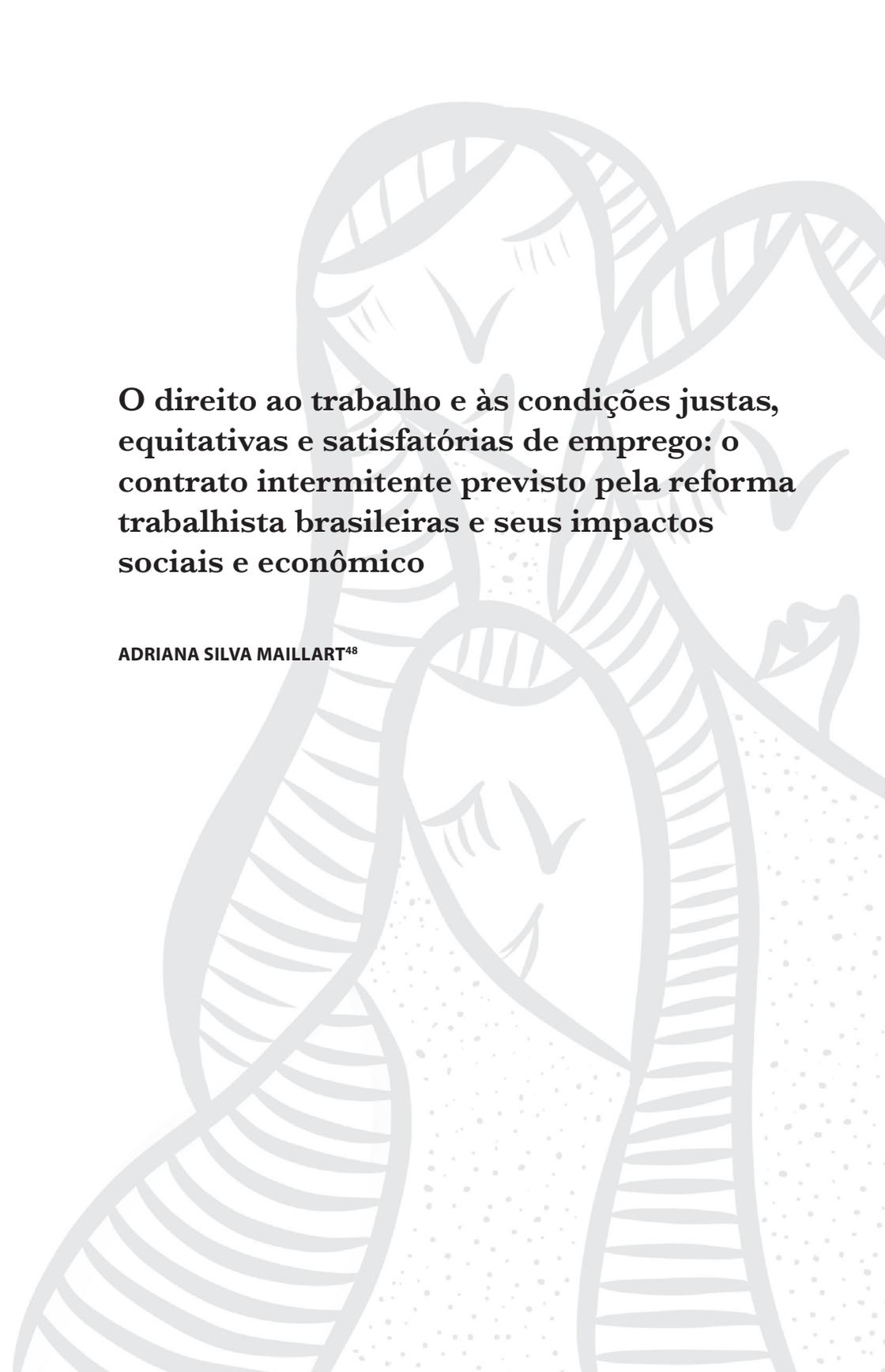
BIBLIOGRAFÍA

- ARENHART, S.C. e MARINONI, L. G. (July, 2014). Collective Litigation and Due Process of Law: The Brazilian Experience. *International Journal of Procedural Law*, v. 4, 2014. Acesso em: 20 fev. 2018, de <<https://ssrn.com/abstract=2469345>>.
- CAMPOS, M.M. (Out, 2006). Educação infantil, conquistas e desafios [versão eletrônica]. REESCREVENDO a Educação: propostas para um Brasil melhor, p. 91-102.
- CAMPOS, M. M e HADDAD, L. (Fev, 1992). Educação infantil: crescendo e aparecendo [versão eletrônica]. Caderno de pesquisa. N. 80, p. 11-20.
- CHIEFFI, A. L. e BARATA, R. B. (ago, 2009). Judicialização da política pública de assistência farmacêutica e equidade. *Cad. Saúde Pública*, Rio de Janeiro, 25(8):1839-1849.
- CORRÊA, L. A. (2014) A judicialização da política pública de educação infantil no Tribunal de Justiça de São Paulo. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo.
- COSTA, S. H. (2013). Controle Judicial de Políticas Públicas: Relatório Nacional (Brasil). *Civil Procedure Review*, v.4, Special Edition: 70-120. Acesso em: 20 mar. 2018, disponível em: <http://www.civilprocedurereview.com/busca/baixa_arquivo.php?id=72&embedded=true>.
- Convención sobre la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza (1960), disponível em: <http://www.dpp.cl/resources/upload/files/documento/3473eb246da6cfec528a2afce48b-fbc.PDF>
- Convención sobre los Derechos del Niño (1989), disponível em: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/crc.aspx>
- Declaración de Cochabamba sobre Educación para Todos (2001), disponível em: https://ei-ie-al.org/sites/default/files/docs/ieal_-_declaracion_de_cochabamba.pdf
- Declaración de Dakar sobre Educación para Todos (2000), disponível em: https://www.eda.admin.ch/dam/deza/es/documents/themen/grund-und-berufsbildung/dakar-framework-for-action_ES.pdf
- Declaración Mundial sobre Educación para Todos (1990), disponível em: http://www.unesco.org/education/pdf/JOMTIE_S.PDF
- Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH, 1948), onível em: https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf
- EDUCAÇÃO UOL: Notícias. (Dez. 2016). Prefeitura de São Paulo infla em 21 mil número de vagas abertas. Estado de S. Paulo. Acesso em: 30 dez. 2016, disponível em: <<https://educacao.uol.com.br/noticias/agencia-estado/2016/12/27/prefeitura-de-sao-paulo-infla-em-21-mil-numero-de-vagas-abertas.htm>>.
- FERRARO, M.P. (2015). Do processo bipolar a um processo coletivo-estrutural. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná.
- FERRAZ, O. L. M. (2011). Harming the Poor Through Social Rights Litigation: Lessons from Brazil, *Texas Law Review*, Vol. 89:1643 – 1668.
- FULLER, L. L. (1978). The forms and limits of adjudication. *Harvard Law Review*, n. 92, p. 353-409.
- GOTTI, A. e XIMENES, S. (2012). Litígio Estrutural, Déficit de Vagas em Creches e Pré-Escolas no Município de São Paulo, Multiplicidade de Ações Judiciais, Estratégia de Exigibilidade Alternativa. Opinião legal extraída dos autos da Apelação n.º 0150735-64.2008.8.26.0002, da Comarca de São Paulo. São Paulo: TJSP.
- HOROWITZ, D. (1977). *The courts and social policy*. Washington: Brookings Institution.
- KRAMER, S. (Out, 2006). As crianças de 0 a 6 anos nas políticas educacionais no brasil: educação infantil e/é fundamental. *Educação e Sociedade*, v. 27, n. 96 – Especial, p. 797-818, out. 2006. Disponível em: <<http://www.cedes.unicamp.br>>. Acesso em: 21 fev. 2018.
- LIMA, E.V.D. (2015). O devido processo legal coletivo: representação, participação e efetividade da tutela jurisdicional. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná.
- LOPES, J.R.L. (2006). *Direitos Sociais: teoria e prática*. São Paulo: Método.
- MARINHO, C.M. (2009). *Justiciabilidade dos direitos sociais: análise de julgados do direito à educação sob o enfoque da capacidade institucional*. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo.
- MARINHO, C.M. (2018). *Judicialização de direitos sociais e processos estruturais: reflexões para a jurisdição brasileira à luz da experiência norte-americana*. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo.

- OLIVEIRA, C. M. (outubro de 2009). A municipalização da educação no estado de São Paulo: Trabalho apresentado no IX Congresso Nacional de Educação (Educere) e III Encontro Sul Brasileiro de Psicopedagogia. Acesso em: 15 mar. 2017, disponível em: <http://educere.bruc.com.br/arquivo/pdf2009/2793_1389.pdf>.
- Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC,1976), disponível em: <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>
- Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales - Protocolo de San Salvador (1988), disponível em: [pdh.minjusticia.gob.cl/wp-content/uploads/2015/12/Protocolo-Adicional-a-la-Convención-Americana-sobre-Derechos-Humanos-en-materia-de-Derechos.pdf](http://www.minjusticia.gob.cl/wp-content/uploads/2015/12/Protocolo-Adicional-a-la-Convención-Americana-sobre-Derechos-Humanos-en-materia-de-Derechos.pdf)
- PINTO, J.M.R. (jan./jun. 2012). Financiamento da educação básica: A divisão de responsabilidades. Revista Retratos da Escola, v. 6, n. 10, p. 155-172. Acesso em 10 de maio de 2019, disponível em: <<http://www.esforce.org.br>>.
- RIZZI, E. e XIMENES, S. (2014). Litígio estratégico para a mudança do padrão decisório em direitos sociais: ações coletivas sobre educação infantil em São Paulo. ENCONTRO DA ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE DIREITOS HUMANOS, PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO, 8. São Paulo: ANDHEP.
- ROSENBERG, G. (1991). The Hollow Hope: can courts bring about social change? Chicago: The University of Chicago.
- SABEL, C. F. e SIMON, W. H. (2004). Destabilization Rights: how public law litigation succeeds. Harvard Law Review, v. 117, n. 4, p. 1015-1101.
- SALDAÑA, P. e GENTILE, R. (21 maio 2017). Aposta da gestão Doria, creche por convênio tem qualidade em xeque. Folha de S. Paulo. Acesso em: 20 nov. 2016, disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/educacao/2017/05/1885963-aposta-da-gestao-doria-creche-por-convenio-tem-qualidade-em-xeque.shtml>>.
- SANTIAGO, T. (31 de março de 2017). Doria deixa promessas de campanha de fora do Plano de Metas, G1 São Paulo. Acesso em 26 de maio de 2019, disponível em: <https://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/doria-deixa-promessas-de-campanha-de-fora-do-plano-de-metas.ghtml>.
- SÃO PAULO. Prefeitura Municipal (2013). Programa de Metas da cidade de São Paulo: Versão final participativa, 2013-2016. São Paulo.
- SÃO PAULO. Secretaria Municipal de Educação. Memória Documental: catálogo. Acesso em: 15 de mar de 2017, Disponível em: <<http://portal.sme.prefeitura.sp.gov.br/Main/Page/PortalSMESP/Memoria-Documental>>.
- SÃO PAULO. Tribunal de Contas do Município. (2016). Relatório Anual de Fiscalização, Exercício de 2016: Prefeitura do Município de São Paulo, Prefeito Fernando Haddad, Conselheiro Maurício Faria Pinto, Processo nº. 72.001.517.17-74.
- SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. (02.12.2013). Câmara Especial. Agravo Regimental nº 0018645-21.2010.8.26.003/50000. Relator: JUNIOR, Samuel. Agravantes: Ação Educativa et al. Agravada: Município de São Paulo.
- SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. (16.12.2013). Câmara Especial. Apelação nº 0150735-64.2008.8.26.0002. Relator: GUILHERME, Walter de A. Apelantes: Ação Educativa et al. Apelado: Município de São Paulo.
- SILVEIRA, A.A.D. (2009). O direito à educação de crianças e adolescentes: análise da atuação do Tribunal de Justiça de São Paulo (1991-2008). Tese (Doutorado) – Faculdade de Educação, Universidade de São Paulo.
- SOUZA, Marcelle. (29 de ago de 2013). Em SP, 12 mil conseguiram vaga em creche por ordem judicial em 2013. UOL, Acesso em: 5 de set de 2014. Disponível em: <<https://educacao.uol.com.br/noticias/2013/08/29/em-sp-12-mil-vagas-em-creches-foram-preenchidas-por-ordem-judicial.htm?cmpid=copiaecola>>.
- WANG, D. W. L.; VASCONCELOS, N. P.; OLIVEIRA, V. E. e TERRAZAS, F. V. (set/out.2014). Os impactos da judicialização da saúde no município de São Paulo: gasto público e organização federativa. Rev. Adm. Pública, Rio de Janeiro, V. 48(5):1191-1206.

LUCHA POR EL DERECHO A LA EDUCACIÓN EN LA CIUDAD DE SÃO PAULO

1970	Movilización política del Centro Ecuménico de Documentación e Información (CEDI) y movimientos populares para la redemocratización del país y la lucha por la educación pública.
1988	Promulgación de la Constitución Federal de Brasil.
1992	Ratificación del Pacto de San José de Costa Rica en Brasil.
1994	Cierre de la CEDI y la fundación de la ONG "Ação Educativa"(Acción educativa).
1996	Aprobación de FUNDEF.
2001	Plan Nacional de Educación.
2005	La educación infantil es reconocida como un derecho público subjetivo por la Corte Suprema Federal.
2006	Se crea la Enmienda Constitucional No. 53 (reorganiza el sistema de enseñanza y crea el FUNDEB). Se implementó la Defensoría pública del estado de Sao Paulo. Se aprobó la Ley Municipal No. 14.124 (obliga a la divulgación de la oferta y demanda de la educación infantil).
2007	Creación del Movimiento "Creches" (Guarderías) para Todos (MCT).
2008	MCT propuso la acción colectiva (proceso No. 0150735-64.2008.8.26.0002), en el Tribunal de la Infancia y la Juventud del Foro Regional de Santo Amaro. La acción colectiva se extinguió sin juicio de mérito. MCT apela de la decisión de extinguir el proceso colectivo.
2010	El Tribunal de Justicia de Sao Paulo (TJSP) acepta la apelación y la acción vuelve a primera instancia para un nuevo juicio.
2012	La acción es juzgada improcedente en primera instancia y las actoras de la acción apelan ante el TJSP. Se establece el Grupo de Trabajo Interinstitucional sobre Educación Infantil (GTIEI). Opinión técnica de Gotti y Ximenes y taller temático sobre litigio estructurales.
2013	ENERO: Empieza la gestión de Fernando Haddad (2013-2016), en la Alcaldía de São Paulo. ABRIL: La apelación de la demanda colectiva No. 0150735-64.2008.8.26.0002 es llevada a juicio en la Câmara Especial del TJSP. Miembros de la GTIEI preparan un memorial y conversan con el juez relator, quien cambia su entendimiento y convierte el juicio en diligencia. AGOSTO: Se agenda la primera audiencia pública del TJSP. NOVIEMBRE: La audiencia de conciliación es infructuosa. DICIEMBRE: La Alcaldía de Sao Paulo es condenada a abrir 150.000 nuevas vacantes en la educación infantil de la ciudad de São Paulo.
2014	La Alcaldía apela contra la decisión del TJSP y al mismo tiempo participa de las reuniones de la Coordinadoría de la Infancia y la Juventud para demostrar el cumplimiento del programa de expansión de vacantes en la educación infantil.
2016	La gestión de Haddad finaliza: se han añadido 101.877 nuevas matrículas a la educación de la primera infancia.
2017	ENERO: Empieza la gestión de João Agripino da Costa Doria Junior (2017-2020), en la Alcaldía de São Paulo. JUNIO: El TJSP realiza una nueva audiencia pública. SEPTIEMBRE: Realización del acuerdo judicial entre la Alcaldía y las actoras de la acción. DICIEMBRE: Termina la demanda preescolar.
2018	Bruno Covas se hace cargo de la Alcaldía y le da continuidad al acuerdo realizado.

A stylized, light gray illustration of a woman's face and hands. The woman has long, wavy hair and is looking down with a slight smile. Her hands are positioned near her face, with fingers slightly curled. The illustration uses simple lines and shading to create a soft, artistic effect. The background is white with a subtle pattern of small dots.

**O direito ao trabalho e às condições justas,
equitativas e satisfatórias de emprego: o
contrato intermitente previsto pela reforma
trabalhista brasileira e seus impactos
sociais e econômico**

ADRIANA SILVA MAILLART⁴⁸

RESUMEN

Este artículo analiza la protección jurisdiccional del derecho al trabajo frente a la inclusión del contrato intermitente en la Reforma laboral brasileña de 2017. Analiza las motivaciones legislativas y las demandas jurisdiccionales de la incorporación de esta modalidad de trabajo en la Reforma y concluye que las condiciones justas, equitativas e igualitarias de trabajo y de remuneración son previsiones básicas de los principios de la dignidad humana y de la valorización social del trabajo, presentes en la Constitución Federal brasileña y dispositivos internacionales de protección de los Derechos Humanos, siendo precepto basilar para el ejercicio de los demás derechos económicos, sociales y culturales.

Palabras claves: Derecho al trabajo • Reforma laboral • Contrato intermitente • Dignidad humana • Protocolo de San Salvador

ABSTRACT

This article analyzes the jurisdictional protection of the right to work against the inclusion of the intermittent contract in the Brazilian Labor Reform of 2017. It analyzes the legislative motivations and jurisdictional demands of the incorporation of this work modality in the Reform and concludes that the fair, equitable and equal conditions of work and remuneration are basic prerogatives of the principles of human dignity and social valorization of labor, provided for the Brazilian Federal Constitution and international mechanisms for the protection of Human Rights, being basilar precept for the exercise of other economic, social and cultural rights.

Keywords: Labor law • Labor reform • Intermittent contract • Human Dignity • Protocol of San Salvador

1. NOTAS INTRODUTÓRIAS

Este artigo tem como objetivo a análise da proteção jurisdicional do direito ao trabalho frente à inclusão do contrato intermitente pela Reforma trabalhista brasileira. Analisa as motivações legislativas para a incorporação desta modalidade de trabalho na Reforma e as demandas jurisdicionais em relação a Ações Diretas de Inconstitucionalidade da Lei propostas ao Supremo Tribunal Federal e as demandas individuais referentes à fraude à lei em matéria infraconstitucional. Apesar de a flexibilização dos contratos de trabalho ser um movimento mundial, com a justificativa de estaria protegendo as pessoas que executavam trabalho informal, observa-se que, no Brasil, em casos como o de Marcos Teixeira Olegário vs Magazine Luiza (aqui analisado), demonstra-se que erroneamente está sendo utilizado, em muitos casos, para a não efetivação do contrato indeterminado de trabalho, evitando encargos trabalhistas devidos. Ademais, conforme pode-se observar no Informe 2019 do Banco Mundial, ao tratar da flexibilidade das regras trabalhistas, propõe não a exploração do capital humano, mas, ao contrário, o investimento em capital humano, com melhoria da saúde e educação dos trabalhadores, a fim de que estes possam se adaptar ao mercado tecnológico e possam encontrar melhores empregos, numa adaptação e nova visão do contrato social (Banco Mundial, Informe sobre el desarrollo Mundial, 2019, p. 19). Situação, na visão desta pesquisa, distante da realidade encontrada no Brasil, que ainda não se encontrou o equilíbrio entre segurança e flexibilidade, de tal forma que a justificativa de que a flexibilização criaria mais postos de empregos no país, não se comprovou em curto prazo, como se verá ao longo desta pesquisa.

Conclui-se que as condições justas, equitativas e igualitárias de trabalho e de remuneração são prerrogativas básicas dos princípios da dignidade humana e da valorização social do trabalho, previstos na Constituição Federal brasileira e dispositivos internacionais de proteção dos Direitos Humanos. De tal maneira que, o direito ao trabalho e remuneração adequada tornam-se prerrogativas básicas para o exercício dos demais direitos econômicos, sociais e culturais, trazendo impacto para questões socioeconômicas do país, sendo importante instrumento para a manutenção da ordem social e econômica, previstas na própria Constituição.

Este artigo adota como técnica de pesquisa, a análise documental da legislação e jurisprudências brasileiras, bem como de Convenções e instrumentos internacionais relativos à matéria estudada, tendo a análise bibliográfica como técnica auxiliar e complementar.

2. A PROTEÇÃO DO DIREITO AO TRABALHO FRENTE À NOVA MODALIDADE DE CONTRATO DE EMPREGO CRIADA PELA REFORMA TRABALHISTA BRASILEIRA DE 2017: TRAJETO INICIAL DA RESOLUÇÃO DO CONFLITO

O surgimento do Direito do Trabalho remonta de uma fase sórdida da História com a precarização e exploração das condições de emprego e do alto nível de desemprego, fomentados pela industrialização, pela expansão das empresas e pela perseguição pelos mais altos índices de produção, momento em que a ingerência do Estado em questões socioeconômicas era mínima. Mas foi em meio a estas condições difíceis de trabalho e do desemprego em alta, que emerge o Direito do Trabalho, como “um processo de luta, organização e representação de interesses do conjunto da classe trabalhadora”, com o propósito de regulamentar as condições mínimas de trabalho, sendo, ainda hoje, “um ramo jurídico sempre hábil a contemplar um largo espaço à produção normativa parte dos próprios agentes sociais, não obstante a ação específica do Estado” (DELGADO, 2018, p. 104). É neste ce-

nário que nasce o Direito do Trabalho, como consequência das razões política e econômica da Revolução Francesa e a Revolução Industrial, respectivamente.

Porém, como bem ressalta Maurício Godinho Delgado (2018, p. 94), “o Direito do Trabalho não apenas serviu ao sistema econômico deflagrado com a Revolução Industrial, no século XVIII, na Grã-Bretanha; na verdade ele fixou controles para esse sistema, conferiu-lhe certa medida de civilidade, inclusive buscando eliminar as formas mais severas de utilização da força de trabalho pela economia”.

O Direito do Trabalho, assim, “é produto do capitalismo, atado à evolução histórica desse sistema, retificando-lhe distorções econômico-sociais e civilizando a importante relação de poder que sua dinâmica econômica cria no âmbito da sociedade civil, em especial no estabelecimento e na empresa” (Delgado, 2018, p. 94)

Em âmbito interno, a garantia de proteção do trabalho foi primeiramente prevista na legislação brasileira na Constituição de 1934 e repetida em todas suas constituições subsequentes.

A Constituição atual, com eventuais emendas, foi aprovada pela Assembleia Constituinte de 05 de outubro de 1988 e tem o homem seu objeto principal. Delgado (2018, p. 18) explica que, “a centralidade da pessoa humana está manifestamente exposta pelo próprio sentido da estruturação topográfica da Constituição da República. O Preâmbulo constitucional, o Título I da Constituição (“Dos Princípios Fundamentais”) e o seu Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais –estes, os componentes paradigmáticos da Constituição Federal, que antecedem os demais e a eles influenciam–, todos são enfáticos em demonstrar essa centralidade humanística e social, conforme se reconhece, hoje, amplamente, no segmento científico e jurisprudencial do Direito”.

Este viés de centralidade da pessoa humana também é expressado nos direitos individuais e sociais trabalhistas, como podem ser observadas no art. 7º da Constituição Federal, que trata sobre os Direitos Sociais relativos ao Trabalho, mas também no art. 170⁴⁹ sobre “Da Ordem Econômica e Financeira” e no art. 193⁵⁰, que trata da Ordem Social”.

Com esta perspectiva houve um claro abandono do individualismo e a valorização do coletivo e do social, resgatando-se de sobremaneira a dignidade da pessoa humana, alinhada com os demais dispositivos internacionais, tais como a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (1948), a Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948) e a Convenção Americana de Direitos Humanos (1969).

No plano internacional, a Declaração Universal dos Direitos do Homem previu no seu art. 23 a garantia ao trabalho e a dignidade humana em seu exercício, prevendo ainda, dentre outros direitos, férias remuneradas, limitações de jornada, elevando esses direitos trabalhistas ao status de direito humano.

Em nível regional, a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem foi um marco importante em nível mundial em relação à proteção dos Direitos do Homem, de tal forma que foi fonte inspiradora para a Declaração Universal e outros instrumentos de proteção dos Direitos Humanos, como especifica Kathryn Sikkink⁵¹. Esta Declaração previu

49 O art. 170 da Constituição prevê que: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social [...]”

50 O art. 193 dispõe que: “A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais”.

51 “A pesar de la importancia de estos temas, las campañas no lograron una acción internacional para estandarizar y proteger un conjunto amplio de derechos humanos.136 Muchas de las historias sobre la protección internacional de los derechos humanos consideran a la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH), aprobada por la Asamblea General de la ONU el 10 de diciembre de 1948, como el momento fundacional del régimen internacional de los derechos humanos. Sin embargo, la DUDH no fue la primera oportunidad en que una organización intergubernamental adoptó una enumeración detallada de derechos. Existe un precedente que es la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aprobada de forma unánime por los veinte estados de América Latina y los Estados Unidos ocho meses antes de la DUDH, en abril de 1948, en una conferencia en Bogotá, Colombia”. SIKKINK, 2018, p. 81-82. Neste sentido ainda expõe Viviana Krsticevic (2019, p. 3) que, “the American Declaration represents a valuable contribution of the Americas to international human rights law. It is the

em seu art. XIV o Direito ao trabalho e a uma justa retribuição⁵², prevendo também no seu art. XXXVII, o dever do trabalho.

Outro dispositivo, em nível regional imensamente relevante que trata da matéria, é o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, “Protocolo de San Salvador”, que prevê no seu art. 6º, a garantia do Direito ao Trabalho e, no seu art. 7º, que o trabalho seja realizado em condições justas, equitativas e satisfatórias, análise central desta pesquisa.

Além destes dispositivos constitucionais e internacionais, a legislação infraconstitucional brasileira possui uma gama de leis que preveem a regulamentação das relações de trabalho, tendo como sua maior expressão a Consolidação das Leis do Trabalho, dispositivo que estatui as normas que regulam as relações individuais e coletivas de trabalho no Brasil.

2.1 Reforma trabalhista brasileira: trâmite e repercussões

O texto original da Consolidação das Leis do Trabalho foi promulgado pelo Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943, por Getúlio Vargas no período do Estado Novo, e passou por diversas modificações ao longo dos anos, sendo que sua última alteração teve cabo em 2017, com a denominada Reforma Trabalhista.

Um dos primeiros anúncios de que haveria uma Reforma em âmbito laboral no Brasil, foi feita pelo então Ministro do Trabalho⁵³, Ronaldo Nogueira, em encontro com a Central de Sindicatos Brasileiros, em setembro de 2016. Naquele encontro, o Ministro mencionou que o governo Federal pretendia enviar ao Congresso Nacional um projeto de Reforma e que, entre outras medidas, faria a regulamentação da jornada de trabalho 12 x 36⁵⁴ e priorizaria a negociação coletiva. Entretanto, sob forte pressão das centrais sindicais, o Presidente Michel Temer criticou a postura do Ministro, que foi orientado pelo próprio Presidente a assegurar publicamente que o Governo não elevaria a jornada de oito horas nem tiraria direito dos trabalhadores” (Nota oficial do Ministério do Trabalho, 2016).

Logo após, no final de 2016, um projeto de Lei foi proposto pelo governo, cujo texto originário (n.6.787/2016) previa a alteração de apenas sete artigos da CLT (arts. 47, 47-A, 58-A, 523-A, 611-A, 634, 775). A justificativa parlamentar do Projeto era a valorização da negociação coletiva entre trabalhadores e empregadores, atualizando os mecanismos de

first document of its kind that recognized a broad set of rights for individuals in an international forum. Its text is permeated by the thinking of several traditions, including key Latin American jurists of the first half of the past century, constitutional frameworks from the region, the Catholic Church's social doctrine, and liberal ideas. At the time of its adoption by the Ninth International Conference of American States in 1948, it included declarations that recognized civil and political rights as well as economic, social and cultural rights. Amongst the latter, it protected the right to health, education, work, social security, culture, and property. The American Charter of Social Guarantees, which focused on workers' rights, was adopted at the same time as the Declaration”.

52 Artigo XIV. Toda pessoa tem direito ao trabalho em condições dignas e o de seguir livremente sua vocação, na medida em que for permitido pelas oportunidades de emprego existentes. Toda pessoa que trabalha tem o direito de receber uma remuneração que, em relação à sua capacidade de trabalho e habilidade, lhe garanta um nível de vida conveniente para si mesma e para sua família.

53 A Medida Provisória n. 870, primeira medida do governo do Presidente Jair Bolsonaro, extinguiu o Ministério do Trabalho, criando em 1930, teve como função em seus quase 88 anos de existência de gerir e organizar as relações entre capital e trabalho. Em 08 de novembro de 2018, em nota técnica, o Ministério Público do Trabalho, a Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (Anamatra), o Colégio de Presidentes e Corregedores de Tribunais Regionais do Trabalho (Coleprecor), a Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho (ANPT) e a Associação Brasileira de Advogados Trabalhistas (Abrat) posicionavam em relação a então a proposta de extinção ou fusão do Ministério do Trabalho, asseverando que: “[...] as signatárias posicionam-se contrariamente à proposta de extinção ou fusão do Ministério do Trabalho, por entender que qualquer iniciativa desse jaez gerará irreversível desequilíbrio nas relações entre capital e trabalho, com evidente risco de violação dos compromissos internacionais assumidos pela República Federativa do Brasil na promoção do trabalho decente (v. Declaração da OIT sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho e seu Seguimento, 1998) e na não regressividade dos direitos sociais (v. art. 26 do Pacto de San José da Costa Rica)” (Extinção do Ministério do Trabalho: Nota técnica, 2018).

54 O tipo de jornada de trabalho (12 x 36) foi assunto da Reforma e foi aprovada pelo Congresso Nacional, prevendo a compensação das horas extraordinárias que excederem as 44 horas semanais.

combate à informalidade da mão-de-obra no país, valorizando a negociação coletiva e modificando as regras sobre o trabalho temporário.

Entretanto, este não foi o texto analisado pelo Congresso Nacional. Após sua apresentação houve a substituição por outro texto pela Comissão Especial⁵⁵ destinada a proferir parecer ao projeto, cuja versão final, promulgada pela Lei n. 13.467, alterou 97 artigos da CLT, além de outros artigos da Lei n. 6.019/74 (trabalho temporário e terceirização) e da Lei n. 8.212/91 (Custeio da Seguridade Social), dentre eles o que previu a criação do contrato intermitente⁵⁶ (art. 443 e 452 da CLT), objeto deste estudo.

No voto do Deputado Rogério Marinho, relator do novo texto do Projeto, este determina que a preocupação do Congresso era assegurar a modificação da legislação trabalhista e visava, sobretudo, “a ampliação do mercado de trabalho, ou seja, as modificações que forem aprovadas deverão ter por objetivo não apenas garantir melhores condições de trabalho para quem ocupa um emprego hoje, mas criar oportunidades para os que estão fora do mercado” (Comissão especial, 2017, p. 20). Expõe ainda que: “não resta dúvida de que, hoje, a legislação tem um viés de proteção das pessoas que estão empregadas, mas a rigidez da CLT acaba por deixar à margem da cobertura legal uma parcela imensa de trabalhadores, em especial, os desempregados e o trabalhadores submetidos ao trabalho informal. Assim, convivemos com dois tipos de trabalhadores: os que têm tudo –emprego, salário, direitos trabalhistas e previdenciários– e os que nada têm –os informais e os desempregados–. A reforma, portanto, tem que almejar igualmente a dignidade daquele que não tem acesso aos direitos trabalhistas”. Determinando que, “muito se especulou de que este Projeto de Lei e esta Comissão teriam como objetivo principal retirar direitos dos trabalhadores. Eu afirmo com convicção de que este não é e nunca foi o nosso objetivo e, mesmo que fosse, não poderíamos, em hipótese alguma, contrariar o que está colocado no artigo 7º da Constituição Federal”. (Comissão especial, 2017, p. 20-21)

Em 28 de junho de 2017, o Presidente Michel Temer enviou uma carta ao Senado Federal, elogiando o trabalho da Câmara e do Senado por melhorar a proposta da reforma feita pelo executivo e enfatizando a importância da reforma e da modernização da legislação como fator determinante para que o país retomasse o nível de emprego e o crescimento econômico (Carta do Presidente Michel Temer ao Senado, 2017).

Como se pode presumir, o mencionado Projeto de Lei acabou despertando várias discussões por parte da sociedade civil, da academia e, principalmente, dos sindicatos.

Parte da literatura, percebe a Reforma como mais prejudicial ao trabalhador. Para Delgado (2018, p. 120), por exemplo, “embora se fale, eufemisticamente, em simplificação, desburocratização, racionalização e modernização, além da busca de maior segurança jurídica no contexto da relação empregatícia, o fato é: as inovações, em sua vasta maioria, debilitam, direta ou indiretamente, os direitos e garantias trabalhistas, exacerbam os poderes contratuais do empregado na relação de emprego e diminuem, acentuatadamente, os custos da contratação do trabalho humano pelo poder econômico”.

55 A Comissão Especial é constituída por um número limitado de parlamentares e tem como objetivo estudar e examinar proposições legislativas, apresentando ao final um parecer. No caso da Comissão Especial da Reforma Trabalhista ela foi composta de 5 membros, que efetuaram 16 audiências públicas e ouviram cerca de 100 pessoas vinculadas ao tema. Sendo assim, houve a proposta dos legisladores de incorporar ao texto original outras modificações àquelas apresentadas pelo governo.

56 O contrato intermitente tem similitudes com o “on-call work” do sistema anglo-saxão, como se pode observar no Informe da OIT 2016: “In some instances, working arrangements may involve very short hours or no predictable fixed hours, and the employer thus has no obligation to provide a specific number of hours of work. These arrangements come under different contractual forms depending on the country, including so-called “zero-hours contracts”, but are commonly referred to as “on-call work”. Their main characteristic is the high variability of the number and scheduling of working hours” (OIT, Non-standard employment around the world, 2016, p. 8-9). A OIT ainda especifica que: “The category of on-call work overlaps with other forms of NSE as it is casual work of an intermittent nature, but because of the variability and unpredictability of work, hours are generally part time”. (OIT, Non-standard employment around the world, 2016, p. 83)

Outros, por sua vez, veem a Reforma como algo positivo e necessário. Segundo Thezeza Nahas (2017, p. 22-23), “o que fundamenta é mais que modernizar relações: é estabelecer segurança jurídica às partes contratuais causadas por vários aspectos, muitas vezes determinados por decisões judiciais conflituosas ou abusos de direito cometidos pelas várias esferas de partes integradas nas relações jurídicas trabalhistas. [...] Portanto, é falacioso o discurso de que reformas no âmbito trabalhista sejam desnecessárias e fariam o País voltar à ditadura e também de que o Brasil não estaria sendo democrático. Não há espaço para que isso ocorra, pois esse retrocesso representaria a violação aos pactos econômicos realizados. Além disso, é preciso que o Brasil promova reformas para que possa cumprir a agenda da OIT. Há que se aproveitar o momento para viabilizar a tutela do trabalhador de forma eficiente, adequando os novos tipos de relações aos impactos que o capital globalizado e a crise do pós-neoliberalismo trarão ao País”.

Já para o Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos (Dieese), a então PL 6.787/2016 era percebida como risco e perdas impostos aos trabalhadores e ao movimento sindical. Em texto publicado por este Departamento em 2016, indica que, do ponto de vista dos trabalhadores e da maioria dos sindicatos, “a reforma trabalhista inscrita no Projeto de Lei 6.787/2016 institui um marco regulatório para as relações de trabalho altamente favorável aos interesses das empresas. Com isso, reverte a lógica que originalmente inspirou a criação da legislação trabalhista no país, de cunho mais protetivo ao trabalhador, ainda que permeada por uma visão conservadora a respeito dos direitos coletivos de organização e representação” (Dieese, 2017, p. 3). Assevera ainda que, “o projeto estabelece uma série de garantias e proteções às empresas, entre elas, uma forma de ‘blindagem patrimonial’, ao limitar o conceito de grupo econômico de forma a restringir a cobrança de passivos trabalhistas” (Dieese, 2017, 3), e que isto geraria:

‘a) revogação do princípio que protege o trabalhador perante o empregador [...]; b) redução do poder de negociação e contratação coletiva dos sindicatos, prevendo a possibilidade de realização de acordos individuais [...]; c) autorização para o rebaixamento de direitos previstos em lei, por meio do princípio da prevalência do negociado sobre o legislado em relação a diversos aspectos das relações de trabalho; d) ampliação da participação de contratos atípicos e do trabalho autônomo no conjunto das formas de contratação existentes no mercado de trabalho, dando às empresas mais alternativas de promover ajustes nos custos fixos e; e) forte restrição à atuação e ao poder normativo da Justiça do Trabalho, bem como ao acesso dos trabalhadores ao judiciário trabalhista’ (Dieese, 2017, p. 2). Concluindo que, “está em curso no país um verdadeiro desmonte da legislação trabalhista e sindical, que levará a proteção social do trabalho aos primórdios do processo de industrialização do país” (Dieese, 2017, p. 8).

Como se pode observar, a eminência da Reforma trouxe várias repercussões para a sociedade brasileira, que passou a analisar vários pontos controversos da norma. Um destes pontos diz respeito à criação da modalidade de contrato intermitente de trabalho, a qual se refere este estudo e que foi um dos assuntos tratados na Reforma.

2.2 A Reforma Trabalhista e a criação do contrato intermitente de trabalho

O contrato intermitente foi uma das inovações da Reforma de 2017 e foi tratada pelo Relator do Projeto como uma das “novas modalidades de contratação decorrentes das inovações tecnológicas e as suas consequências” (p. 21) Esta nova modalidade foi prevista no art. 443, §3º da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) e regulamentada no art. 452 da CLT.

Em conformidade com o art. 443, §3º da CLT, esta modalidade de contratação consiste no “[...]contrato de trabalho no qual a prestação de serviços, com subordinação, não é contínua, ocorrendo com alternância de períodos de prestação de serviços e de inatividade, determinados em horas, dias ou meses, independentemente do tipo de atividade do empregado e do empregador, exceto para os aeronautas, regidos por legislação própria” (Lei n. 13.467/17).

Nesta nova modalidade, o funcionário fica à disposição da empresa até ser convocado para o trabalho. Quando houver a necessidade de seu serviço, a empresa deve avisá-lo com pelo menos três dias de antecedência para executar o serviço pelo tempo combinado, podendo ser algumas horas, semanas ou meses, segundo o acordado entre as partes. O empregado tem um dia para responder sobre o aceite e, de acordo com o texto da reforma, quando aceita a oferta para o comparecimento ao trabalho, a parte que descumprir deverá pagar à outra uma multa de 50% da remuneração no prazo de 30 dias.

A justificativa da Comissão Especial da Reforma para a inclusão do contrato intermitente na Reforma menciona que, “não mais podemos aceitar que as rígidas regras da CLT impeçam a absorção pelo mercado de trabalho dos milhões de brasileiros que integram as estatísticas oficiais do desemprego, do subemprego e dos que desistiram de procurar por um emprego, após anos de busca infrutífera por uma ocupação no mercado. Mas, nem por isso, estamos propondo a revogação de direitos alcançados pelos trabalhadores após anos de lutas intensas. Até porque, grande parte desses direitos estão inseridos no art. 7º da Constituição Federal, de observância obrigatória pelos empregadores, os quais não são objeto de apreço nesta oportunidade. Nessa linha de atuação, um dos modelos que buscamos regulamentar é o contrato de trabalho intermitente” (Comissão Especial, 2017, p. 49).

Mas também expõe que: “as assertivas da Magistratura do Trabalho e do Ministério Público do Trabalho questionando a adoção do contrato de trabalho intermitente em nossas relações empregatícias se baseiam, via de regra, em um suposto desrespeito aos direitos dos trabalhadores, em face do descumprimento de dispositivos de lei. Dizem que não são garantidos aos trabalhadores direitos como os intervalos para repouso e alimentação, a não concessão de intervalo de onze horas no mínimo entre duas jornadas de trabalho, a não concessão de descanso semanal remunerado em pelo menos um domingo por mês. Todavia a proposta visa a, justamente, regulamentar essa modalidade de modo a que não restem dúvidas quanto a serem devidos todos os direitos aos empregados que venham a trabalhar sob esse regime, o que elide qualquer oposição à sua incorporação na CLT com esses fundamentos” (Comissão especial, 2017, p. 50). Segundo a OIT, os contratos sob chamada e os arranjos casuais podem trazer vários ônus para os trabalhadores, pois estes possuem “controle limitado sobre quando trabalham, com implicações para o equilíbrio entre vida profissional e pessoal, mas também para a segurança de renda, dado que o pagamento é incerto. Cronogramas variáveis também dificultam a tarefa de assumir um segundo emprego”⁵⁷. (OIT, Non-standard employment around the world, 2016, p. xxiii).

Em junho de 2017, a Federação do Comércio de Bens, Serviços e Turismo do Estado de São Paulo –FecomercioSP– (união de 17 entidades sindicais patronais) também manifestou que “considera positiva essa inovação, pois ela representará benefícios para empresas e empregados. Os primeiros poderão otimizar recursos, enquanto os trabalhadores poderão ajustar atividades profissionais a seus estágios de vida, como é o caso de estudantes ou aposentados, ambos perfis com menor disposição para contratos convencionais” (FECOMERCIO/SP, 2017).

57

“Workers in on-call employment and casual arrangements typically have limited control over when they work, with implications for work-life balance, but also income security, given that pay is uncertain. Variable schedules also make it difficult to take on a second job”. OIT, Non-standard employment around the world, 2016, p. xxiii).

Entretanto, a reação da maioria da sociedade civil e acadêmica, bem como, dos sindicatos dos empregados foi distinta das reações positivas manifestadas pelo Congresso e pelos sindicatos patronais. Isto pode ser observado na judicialização de conflitos individuais interpostos na Justiça do Trabalho e as Ações Diretas de Constitucionalidade interpostas pelos sindicatos dos empregados perante o Supremo Tribunal Federal (STF).

Observa-se ademais que esta modalidade de contratação deveria ser excepcional, atendendo as características específicas da não continuidade⁵⁸, mas tem sido utilizada como forma de não contratar pessoas efetivas por tempo indeterminado, por ser mais onerosa à empresa. Para alguns, isto configuraria fraude à lei, sendo considerado nulo o contrato, como é a orientação do TRT/MG, MARCOS TEIXEIRA OLEGÁRIO vs. MAGAZINE LUIZA S/A, que será analisado no próximo tópico.

3. INGRESSO AO APARATO JUDICIAL: AS AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE E DISSÍDIOS INDIVIDUAIS SOBRE A INCLUSÃO DO CONTRATO INTERMITENTE COMO MODALIDADE DE EMPREGO NA REFORMA LABORAL BRASILEIRA

Em reação às previsões normativas promulgadas pela Reforma Trabalhista, várias Federações e Confederações nacionais, entram com a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI)⁵⁹ perante o Supremo Tribunal Federal alegado o descumprimento de preceitos básicos constitucionais.

A ADI 5.794, da Confederação Nacional dos Trabalhadores em Transporte Aquaviário e Aéreo, na Pesca e nos Portos – CONTTMAF, recebeu o adendo de outras reclamações similares referentes à faculdade de contribuição sindical pelo trabalhador, que foi julgado improcedente pelo Supremo Tribunal Federal. No Inteiro Teor do Acórdão da ADI 5.794/DF, de 29/06/2018, que teve como relator o Ministro Edson Fachin, é mencionada “a relevância jurídica e social da matéria em debate revela-se pujante, diante do volume de ações diretas ajuizadas, que ora somam dezoito, dezessete das quais apensadas à presente, versando acerca da contribuição sindical. Tramitam, ainda, neste Supremo Tribunal Federal, sob minha relatoria, outras três ações diretas que versam sobre o contrato de trabalho intermitente. São elas: ADI 5826; ADI 5829 e ADI 5950⁶⁰.”

A ADI 5826 teve como requerente a Federação Nacional dos Empregados em Postos de Serviços de Combustíveis e Derivados de Petróleo (Fenepospetro); a ADI 5829, a Federação Nacional dos Trabalhadores em Empresas de Telecomunicações e Operadores de

58 Para a OIT: “Ensuring equal treatment for workers in NSE is essential; it is also a way of maintaining a level playing field for employers. Establishing minimum guaranteed hours and limiting the variability of working schedules can provide important safeguards for part-time, on-call and casual workers. Legislation also needs to address employment misclassification, restrict some uses of NSE to prevent abuse, and assign obligations and responsibilities in multi-party employment arrangements. Efforts are needed to ensure that all workers, regardless of their contractual arrangement, have access to freedom of association and collective bargaining rights. Improving enforcement is also essential”. OIT, Non-standard employment around the world, 2016, p. xxiv).

59 Como afirma Roberto B. Dias da Silva (2007, p. 120), “as leis ou atos normativos que podem ser objeto do controle da constitucionalidade pela via de ação direta são as espécies normativas previstas no art. 59 da Constituição Federal, ou seja, as emendas à Constituição, as leis complementares, as leis ordinárias, as leis delegadas, as medidas provisórias, os decretos legislativos e as resoluções”. A ADI pode ser proposta, em conformidade com o art. 103 da Constituição Federal pelo Presidente da República; Mesa do Senado Federal; Mesa da Câmara dos Deputados; Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; Governador de Estado ou do Distrito Federal; Procurador-Geral da República; Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; partido político com representação no Congresso Nacional ou confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional. Vale ressaltar que a decisão do Supremo que declarar a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo tem efeitos para todos (erga omnes) e ex tunc (retroativo) (SILVA, 2007, p. 127).

60 Em anexo (Anexo I), pode ser encontrado o quadro informativo como o número da ADI recebida no Supremo, bem como o agente proponente da Ação.

Mesas Telefônicas (Fenattel) e a ADI 5950, a Confederação Nacional dos Trabalhadores no Comércio (CNTC). Entre outros pedidos, as federações e confederações trabalhistas pedem a declaração de inconstitucionalidade dos artigos 443 (caput e § 3º), 452-A (caput e parágrafos), 452-B, 452-D, 452-C, 452-E, 452-F, 452-G, 452-H e 911-A (caput e §§ 1º e 2º), todos da Consolidação das Leis do Trabalho, justificando a necessidade de reconhecimento dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal brasileira e a dignidade da pessoa humana.

Tendo em vista as várias ações apresentadas ao Supremo Tribunal Federal em relação a possível inconstitucionalidade da figura do trabalho intermitente criada pela Reforma trabalhista, o relator da ação, Ministro Edson Fachin, aplicou ao caso o rito previsto no artigo 12 da Lei 9.868/1999 (Lei das ADIs), que permite o julgamento do processo pelo Plenário do STF diretamente no mérito, sem prévia análise do pedido de liminar. Desta forma, até o presente momento, aguarda-se o julgamento destas Ações Diretas de Inconstitucionalidade para compreender o entendimento do sistema jurídico brasileiro sobre as dimensões constitucionais do tema.

Tendo em vista a compreender as argumentações e a dimensão da judicialização destas Ações Diretas de Inconstitucionalidade, analisaremos aqui os pedidos de cada Federação/Confederação em isolado.

3.1 ADI 5806 (apensada à ADI 5794)

A ADI 5806 foi proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Atividade Profissional dos Empregados na Prestação de Serviços de Segurança Privada, de Monitoramento, Ronda Motorizada e de Controle Eletroeletrônico e Digital (CONTRASP).

A referida ADI requer a declaração de inconstitucionalidade dos artigos 443, § 3º; 545; 578, 582, 583, 587 e 602, da CLT, na redação que lhes foi conferida pela Lei 13.467/2017. Os artigos 545; 578, 582, 583, 587 e 602, da CLT foram objeto de apreciação pelo Supremo e tiveram seu provimento negado. Entretanto, as disposições relativas ao contrato intermitente não foram apreciadas naquela oportunidade, dependendo da apreciação da ADI 5826 para sua resolução.

Em relação ao contrato intermitente, a ADI 5806 “aduz que a alteração promovida pela denominada reforma trabalhista ao art. 443 da CLT [...] viola os incisos IV e VII do art. 7º da CRFB, dentre outras garantias constitucionalmente asseguradas ao trabalhador, como direito à aposentadoria (art. 7º, XXIV), décimo terceiro salário (art. 7º, VIII), férias (art. 7º, XVII) e repouso semanal remunerado (art. 7º, XV)” (Inteiro Teor ADI 5794, 2018, p. 18).

3.2 ADI 5826 (ADI 5829 apensado)

A ADI 5826 foi interposta, em 23 de novembro de 2017, pelas Federação Nacional dos Empregados em Postos de Serviços de Combustíveis e Derivados de Petróleo – FENEPSPETRO e Federação Nacional dos Trabalhadores em Empresas de Telecomunicações e Operadores de Mesas Telefônicas, que contestavam a constitucionalidade dos artigos Arts. 443 (caput e parágrafo 3º), 452-A (caput e parágrafos), 452-B, 452-D, 452-C, 452-E, 452-F, 452-G, 452-H e 911 (caput e parágrafos 1º e 2º), todos da Consolidação das Leis do Trabalho. Seus argumentos para a proposição da ADI diziam respeito aos seguintes pontos:

1) o contrato intermitente propicia a precarização da relação de emprego, servindo inclusive de desculpa para o pagamento de salários inferiores ao mínimo constitucionalmente assegurado e que não atendem às necessidades básicas do trabalhador e de sua família, no tocante à moradia, alimentação, educação, saúde e lazer; 2) os dispositivos ques-

tionados violam os princípios da dignidade da pessoa humana e da isonomia, e desrespeita os incisos XIII e XVI do artigo 7º da Constituição, que tratam da duração da jornada de trabalho e da remuneração do serviço extraordinário; 3) ausência de garantia de jornada e, por conseguinte, de salário, não garante a subsistência do trabalhador e de sua família com pagamento do salário mínimo mensal constitucional em manifesta ofensa ao artigo 7º (incisos IV e VII) da Constituição, nem o acesso a direitos sociais como trabalho, moradia, alimentação, saúde, segurança estabelecidos no artigo 6º (cabeça) da CF; 4) ferimento do princípio do não retrocesso de direitos.

Em análise ao caso, a Procuradoria Geral da República emitiu parecer acreditando não haver indícios de inconstitucionalidade da Lei e indicando a improcedência do pedido, argumentando que: 1) a mera incorporação de modelo que difere da contratação convencional e o fato de a prestação de serviços –no contrato intermitente– acontecer de forma descontínua não acarretam a automática conclusão de que a modalidade redunda em fragilização das relações trabalhistas ou na diminuição da proteção social conferida aos trabalhadores; 2) a instituição da modalidade de trabalho intermitente não consubstancia fragilização das relações de emprego ou ofensa ao princípio do retrocesso, tendo em vista que a inovação pode resultar em oportunidades e benefícios para ambas as partes envolvidas no vínculo de trabalho: empregadores e empregados; 3) não há impeditivo à implementação da jornada intermitente, desde que garantido o consequente pagamento proporcional ao trabalho prestado, tomando-se como base o salário mínimo previsto para a jornada convencional. É dizer: assegurado o salário mínimo pelo tempo trabalhado (por valor horário, diário ou mensal) na mesma proporção do que deveria ser pago na contratação regular, não há falar em ofensa ao texto constitucional.

Como mencionado anteriormente, a presente Ação Direta de Inconstitucionalidade ainda não foi analisada e aguarda julgamento do Supremo Tribunal Federal.

3.3 Caso Infraconstitucional de nulidade do contrato intermitente

Em caráter *infraconstitucional*, o contrato intermitente também sido objeto de judicialização no Poder Judiciário. Normalmente, as causas que chegam à análise do Poder Judiciário, dizem respeito à fraude à Lei, em que há a contratação do empregado pela modalidade intermitente, mas os requisitos contratuais demonstram que o contrato tem caráter temporário ou permanente.

Um dos casos foi o Recurso interposto perante o TRT de Minas (TRT-3 - PROCESSO nº 0010454-06.2018.5.03.0097 (ROPS) -MARCOS TEIXEIRA OLEGÁRIO vs. MAGAZINE LUIZA S/A), em que o contrato intermitente entre rede varejista de eletrônico e móveis e um empregado foi considerado nulo.

Segundo o exame do Tribunal, “a nova lei definiu o contrato de trabalho intermitente como sendo aquele em que ‘a prestação de serviços, com subordinação, não é contínua, ocorrendo com alternância de períodos de prestação de serviços e de inatividade, determinados em horas, dias ou meses, independentemente do tipo de atividade do empregado e do empregador, exceto para os aeronautas, regidos por legislação própria’. Diante de tal redação, entende-se o contrato de trabalho intermitente como sendo uma contratação excepcional, em atividade empresarial descontínua. Assim sendo, essa modalidade de contrato, por ser atípica e peculiar, assegura aos trabalhadores patamares mínimos de trabalho e remuneração, devendo então ser utilizada somente para situações específicas. In casu, analisando o contrato de trabalho de Id. d140d84, verificou-se que o reclamante foi contratado pela reclamada Magazine Luiza em 21/11/2017 para o cargo de assistente de loja, em atividades típicas, permanentes e contínuas da empresa, recepcionar o cliente na loja, conferir produtos e fazer pacotes, efetuar procedimentos de entrega de produtos

adquiridos pelo site, contar, conferir e zelar pelo estoque de produtos da loja, entre outras. Nesse sentido, a Anamatra - Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho, por meio de sua Comissão, redigiu a tese 28 da 19ª CONAMAT, por meio da qual entende que o regime de caráter intermitente é incompatível com a demanda permanente, contínua ou regular ou para substituir posto de trabalho efetivo. Vejamos: "No caso do contrato de trabalho intermitente: "é ilícita a contratação para atendimento de demanda permanente, contínua ou regular de trabalho, dentro do volume normal de atividade da empresa"; é ilegal substituir posto de trabalho efetivo (regular ou permanente) pela contratação do tipo intermitente; não pode o empregador optar por essa modalidade contratual para, sob tal regime, adotar a escala móvel e variável de jornada; acaso contratado na modalidade da intermitência, o trabalhador tem direito subjetivo à convocação, sendo ilícita sua preterição ou a omissão do empregador (Enunciado nº 90 da 2ª Jornada)." Entende-se, portanto, que o trabalho em regime intermitente é lícito de acordo com a nova legislação, todavia, deve ser feito somente em caráter excepcional, ante a precarização dos direitos do trabalhador, e para atender demanda intermitente em pequenas empresas, sobretudo, não podendo ser utilizado para suprir demanda de atividade permanente, contínua ou regular". (MARCOS TEIXEIRA OLEGÁRIO vs. MAGAZINE LUIZA S/A, 2018, p. 2-3)

Visando a evitar possibilidades de fraude à lei, foi editada, em 14 de novembro de 2017, a Medida Provisória n. 808, para analisar o tema e impor regras para a modalidade de contrato intermitente e outros pontos nebulosos da Reforma Trabalhista, mas acabou perdendo eficácia em abril de 2018. Temendo a precarização das relações trabalhistas, o Ministério do Trabalho, atualmente extinto, emitiu uma Portaria⁶¹ determinando as formalidades necessárias para que haja o reconhecimento do contrato intermitente. Mas, como aponta Manuela Tucunduva (2018), isto acabou acentuando a insegurança jurídica, pois "a portaria, enquanto ato administrativo do Poder Executivo, não possui força vinculante, ou seja, não se equipara à lei e não vincula o Poder Judiciário. No entanto, para efeitos práticos, as portarias editadas pelo Ministério do Trabalho são aplicáveis para fins de fiscalização pelos auditores fiscais".

O que se pode perceber é que ainda não há uma medida efetiva do Estado para evitar possibilidades de fraude à lei, restando ao Poder Judiciário a análise caso a caso dos dissídios a levados a seu conhecimento.

4. ANÁLISE DO PROBLEMA SOB À LUZ DO DIREITO CONSTITUCIONAL E INTERNACIONAL: BASES LEGISLATIVAS E PRINCIPIOLÓGICAS DO DIREITO AO TRABALHO

4.1 A proteção do direito ao trabalho e a Constituição Federal Brasileira

A atual Constituição Federal Brasileira, promulgada em 1988, já no seu primeiro artigo determina que, o Estado brasileiro é um estado democrático de Direito e tem entre seus princípios fundamentais a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa. E reserva no título "Direitos e Garantias Fundamentais", um capítulo relativo aos Direitos Sociais, que contemplam todos os principais direitos e garantias dos trabalhadores. Prevendo expressamente no seu art. 7º, que "são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene,

61 Portaria n. 349, de 23 de maio de 2018, emitido pelo Ministério do Trabalho.

transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim”.

Vale lembrar também que o art. 170 da CF, que trata “Da ordem econômica e financeira”, determina que a ordem econômica tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social. E, em seu art. 193, trata “Da Ordem Social”, especificando como disposição geral que, “a ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais”. Demonstrado, assim, que o trabalho é o sustentáculo das demais demandas sociais como os disciplinados no demais artigos do Título “Da Ordem Social”: saúde, previdência e assistência social, educação, cultura, desporto, ciência e tecnologia, comunicação social, meio ambiente, família e índios⁶². Analisando a previsão do art. 193 da Constituição Federal de 1988 que trata sobre a Ordem Social, fica clara a importância do trabalho justo e remunerado adequadamente para a promoção das demais demandas sociais, de tal forma que, fica claro o impacto social que a não garantia de horas mínimas de trabalho podem trazer a implementação de outros direitos sociais tais como, saúde, educação, alimentação, moradia, lazer, entre outros.

Como se pode observar, a livre iniciativa e a ordem econômica não podem ser dissociadas do direito ao trabalho, que deve proporcionar uma remuneração digna e que atenda às necessidades básicas vitais do trabalhador e de sua família, objetivando assim seu bem-estar e a concretização da justiça social.

O que se pode depreender da análise constitucional brasileira em relação ao trabalho, é que ela prevê legalmente a necessidade de promover a iniciativa privada, mas também proporcionar ao trabalhador a dignidade do trabalho, dentro de seus princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana e da valorização social do trabalho.

Ademais, como expõe Carlos Roberto Siqueira Castro (2003, p. 17), “os objetivos constitucionais de construção de uma sociedade livre, justa e solidária e de erradicação da pobreza colocaram a pessoa humana –isto é, os valores existenciais– no vértice do ordenamento jurídico brasileiro, de modo que tal é o valor que conforma todos os ramos do Direito”. Ou seja, “[...] no que toca aos direitos fundamentais do homem, impende reconhecer que o princípio da dignidade humana tornou-se o epicentro do extenso catálogo de direitos civis, políticos, econômicos e culturais, que as constituições e os instrumentos internacionais em vigor em pleno terceiro milênio ofertam solenemente aos indivíduos e às coletividades (CASTRO, 2003, p. 15-16).

Ainda em cunho legislativo, este foi o espírito da Emenda Constitucional n. 31/2000, que tinha caráter transitório e vigorou até dezembro de 2010, que introduziu o conceito de remuneração de subsistência digna, abarcando elementos próprios do salário mínimo. Como expõe Ceneviva (2003, p. 97), “seu cumprimento se destina[va] a assegurar a finalidade indicada, compreendendo ações suplementares de nutrição, habitação, educação, saúde, reforço da renda familiar, além de outros programas [...] previstos por lei”.

Assim, para analisar às questões relativas à *constitucionalidade* ou não do contrato intermitente, precisa-se levar em conta que o direito ao trabalho e a garantia a um salário mínimo, que proporcione a subsistência da pessoa e de sua família, é um dispositivo expressamente previsto na Constituição e em diversas convenções internacionais, reconhecidas pela jurisprudência brasileira como recepcionadas pelo sistema interno tendo em vista o caráter supralegal dos dispositivos internacionais que versam sobre Direitos Humanos⁶³. E,

62 Para Flávia Piovesan (1997, p. 197): “[...] está definitivamente superada a concepção de que os direitos sociais, econômicos e culturais não são direitos legais. Os direitos sociais, econômicos e culturais são autênticos e verdadeiros direitos fundamentais”

63 Voto do Ministro Gilmar Mendes, na sessão de julgamento do Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 22 de novembro de 2006, RE466.343-SP, “portanto, diante do inequívoco caráter especial dos tratados internacionais que cuidam da proteção dos direitos humanos, não é difícil entender que a sua internalização no ordenamento jurídico, por meio do procedimento

apesar da motivação legislativa, sustentando que a flexibilização deste contrato de trabalho seria necessária para legalizar o trabalho informal já existente, observa-se que houve ferimento aos dispositivos constitucionais, em seus princípios basilares da dignidade da pessoa humana e da valorização do trabalho, bem como do seu art. 7, ao não conferir a garantia de um salário mínimo capaz de proporcionar subsistência da pessoa e de sua família, além de contar com a insegurança de não haver um salário garantido mensal, tendo em vista que o trabalho dependerá da necessidade do empregador. Segundo o Informe da OIT sobre “emprego não padrão em todo mundo”, aponta que para os trabalhadores temporários ou intermitentes (on-call workers), é mais difícil obter acesso a créditos e empréstimos imobiliários (OIT, *Non-standard employment around the world*, 2016, p. xxiv). Ademais, este informe expõe que: “horários variados têm associados a efeitos sobre a saúde e o bem-estar. A imprevisibilidade dos cronogramas pode implicar uma falta de segurança de renda, dado que o pagamento é incerto. [...] A variabilidade de suas horas de trabalho de uma semana para outro também dificulta a cobertura da segurança social, uma vez que os limiares aplicáveis não podem ser atendidos continuamente. Horários flexíveis nem sempre são um aspecto negativo, podendo até ser positivo se a flexibilidade é escolhida ou “liderada por funcionários”, mas os trabalhadores em ocupações de nível inferior são menos propensos a ter o poder de barganha para negociar seus horários de trabalho, ou mesmo qualquer autonomia e controle sobre seus horários”⁶⁴. (OIT, *Non-standard employment around the world*, 2016, p. 226-227).

Outro ponto a ser levado em consideração diz respeito à Projeção realizada pela Frente Parlamentar Mista em Defesa do Comércio, Serviços e Empreendedorismo na Comissão Especial da Reforma que vislumbrava a geração de vagas catorze milhões de postos de trabalho formais no espaço de dez anos com a adoção do contrato intermitente (Comissão Especial, 2017, p. 50). Entretanto, os índices demonstram que a taxa de desemprego e subocupação tem aumentado no Brasil. No último trimestre de 2018, o nível de desemprego, realizado pela Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua do IBGE, era de 11,6% da população brasileira; sendo que, no primeiro trimestre de 2019, a taxa de desemprego era de 12,4%. “O aumento representou a entrada de 892 mil pessoas na população desocupada, totalizando 13,1 milhões de trabalhadores nessa condição”, em apenas três meses. Outro dado relevante, diz respeito à taxa composta de subutilização da força de trabalho que contabiliza 24,6% da população, somando 27,9 milhões de pessoas, pico da série histórica iniciada em 2012 (IBGE, 2019). Não se pode, portanto, afirmar, até o presente momento, que a Reforma Trabalhista atingiu o escopo de suas exposições de motivos em relação à geração de empregos e diminuição da subocupação.

de ratificação previsto na Constituição, tem o condão de paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com ela conflitante. Nesse sentido, é possível concluir que, diante da supremacia da Constituição sobre os atos normativos internacionais, a previsão constitucional da prisão civil do depositário infiel (...) deixou de ter aplicabilidade diante do efeito paralitante desses tratados em relação à legislação infraconstitucional que disciplina a matéria (...). Tendo em vista o caráter supralegal desses diplomas normativos internacionais, a legislação infraconstitucional posterior que com eles seja conflitante também tem sua eficácia paralisada”. Também vale ressaltar que, “reconhecendo a importância dos Direitos Humanos como instrumento efetivo de acesso à justiça, a Emenda Constitucional n. 45, de 2004, incluiu o §3º ao art. 5º da Constituição Federal, prevendo que: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”. Sendo assim, os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos ratificados a partir de 2004, desde que observado o procedimento e o quórum especial de aprovação pelo Congresso Nacional, têm hierarquia de emenda constitucional. Infelizmente, vale lembrar que por ter sido ratificado em 1992, sem maioria qualificada, a Convenção Americana de Direitos Humanos, possui status ordinário, mas em nível supralegal, como mencionado acima. MAILLART e CALATROIA, 2017, p. 33.

64 “Variable schedules have been associated with negative effects on health and well-being. The unpredictability of schedules may imply a lack of income security, given that pay is uncertain. [...] The variability of their working hours from one week to another also makes social security coverage more difficult since applicable thresholds may not be met on a continuous basis. Flexible hours are not always a negative aspect, though, and can be positive if flexibility is chosen or “employee-led”, but workers in lower-level occupations are less likely to have the bargaining power to negotiate their working schedules, or indeed any autonomy and control over their schedules”. OIT, *Non-standard employment around the world*, 2016, p. 226-227).

Ademais, se poderia até cogitar uma possibilidade de discriminação indireta ocasionada pela consagração do contrato intermitente, como modalidade reconhecida pelo Direito do Trabalho. Isto porque a imposição de uma regra, que num primeiro momento parece inofensiva, pode impactar sobremaneira pode trazer consequências negativas para o trabalhador e a precarização das relações de emprego. Deve-se evitar que esta discriminação resulte em casos como o da Fazenda Brasil Verde, levado a julgamento perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Embora o caso trate sobre o trabalho escravo, serve de alerta para que negligências em relações às questões trabalhistas não ocorram. O princípio protetor, alicerce do Direito do Trabalho, deve sempre servir de base para a análise das questões trabalhistas, principalmente, num país em que a desigualdade social e a vulnerabilidade do trabalhador ainda imperam⁶⁵.

4.2 A proteção do direito ao trabalho no Cenário Internacional

Em nível global

Para Norberto Bobbio (1992, p. 30), “os direitos do homem nascem como direitos naturais universais, desenvolvem-se como direitos positivos particulares, para finalmente encontrarem sua plena realização como direitos positivos universais. A Declaração Universal contém em germe a síntese de um movimento dialético, que começa pela universalidade abstrata dos direitos naturais, transfigura-se na particularidade concreta dos direitos positivos, e termina na universalidade não mais abstrata, mas também concreta, dos direitos positivos universais”.

A *Declaração Universal dos Direitos do Homem* (1948) teve seu princípio basilar e seu princípio motor a dignidade da pessoa humana, determinando em seu preâmbulo “a fé nos direitos fundamentais do Homem, na dignidade e no valor da pessoa humana, na igualdade de direitos dos homens e das mulheres e se declaram resolvidos a favorecer o progresso social e a instaurar melhores condições de vida dentro de uma liberdade mais ampla”. Dentre estas proteções primordiais, ela prevê nos art. 23, 24 e 25 direitos relativos ao trabalho. E, mais especificamente no art. 23.3, que: “quem trabalha tem direito a uma remuneração equitativa e satisfatória, que lhe permita e à sua família uma existência conforme com a dignidade humana, e completada, se possível, por todos os outros meios de proteção social”.

Com a Declaração dos Direitos do Homem, abre-se caminho para “a era da globalização dos direitos humanos, com o reconhecimento da complementaridade dos múltiplos instrumentos de proteção, tanto em nível global quanto regional” (CASTRO, 2003, p. 134).

Um destes instrumentos, de caráter global, é o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966), que reconhece, sob o viés da dignidade humana, medidas protetivas ao trabalho nos seus artigos 6 e 7. De tal forma que, §2 do art. 6º expressamente prevê que, “as medidas que cada Estados Membros no presente Pacto tomará, a

65 No Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde x Brasil, “a Corte indicou que ‘os Estados devem se abster de realizar ações as quais, de qualquer maneira, estejam dirigidas, direta ou indiretamente, a criar situações de discriminação de jure ou de facto’. Os Estados estão obrigados ‘a adotar medidas positivas para reverter ou alterar situações discriminatórias existentes em suas sociedades, em prejuízo de determinado grupo de pessoas. Isso significa o dever especial de proteção que o Estado deve exercer com respeito a atuações e práticas de terceiros que, sob sua tolerância ou aquiescência, criem, mantenham ou favoreçam as situações discriminatórias’. A Corte se pronunciou no sentido de estabelecer que toda pessoa que se encontre em uma situação de vulnerabilidade é titular de uma proteção especial, em razão dos deveres especiais cujo cumprimento por parte do Estado é necessário para satisfazer as obrigações gerais de respeito e garantia dos direitos humanos. O Tribunal recorda que, não basta que os Estados se abstenham de violar os direitos, mas é imperativa a adoção de medidas positivas, determináveis em função das particulares necessidades de proteção do sujeito de direito, seja por sua condição pessoal ou pela situação específica em que se encontre, como a extrema pobreza ou a marginalização”. Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde vs. Brasil, Corte Interamericana de Direitos Humanos, 2016.

fim de assegurar o pleno exercício desse direito, deverão incluir a orientação e a formação técnica e profissional, a elaboração de programas, normas técnicas apropriadas para assegurar um desenvolvimento econômico, social e cultural constante e o pleno emprego produtivo em condições que salvaguardem aos indivíduos o gozo das liberdades políticas e econômicas fundamentais". E ainda prevendo no seu art. 7 que, "os Estados Membros no presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de gozar de condições de trabalho justas e favoráveis, que assegurem especialmente: 1. Uma remuneração que proporcione, no mínimo, a todos os trabalhadores; 2. Um salário equitativo e uma remuneração igual por um trabalho de igual valor, sem qualquer distinção; em particular, as mulheres deverão ter a garantia de condições de trabalho não inferiores às dos homens e perceber a mesma remuneração que eles, por trabalho igual; 3. Uma existência decente para eles e suas famílias, em conformidade com as 4 disposições do presente Pacto".

Ao que se refere a este Pacto, os Comentários Gerais n. 18 referente ao Direito ao Trabalho emitidos pelo Comitê Econômico, sociais e culturais do Conselho Econômico e Social da ONU, em 2005, determina, como premissas básicas, que: (a) o direito ao trabalho é um direito fundamental; (b) essencial para a realização de outros direitos humanos; (c) constitui parte inseparável e inerente à dignidade da pessoa humana; (d) deve velar pela eliminação do trabalho forçado; (e) deve oferecer uma renda que permita os trabalhadores viver e assegurar a vida de suas famílias; (f) deve respeitar a integridade física e mental do trabalhador no exercício do trabalho; (g) trabalho digno é aquele que respeita os direitos fundamentais do trabalhador e as condições de seguridade trabalhista e remuneração, bem como oferece renda que permite o trabalhador a viver e assegurar sustento de seus familiares; (h) trabalho forçado é considerado o serviço exigido de um indivíduo sob ameaça de uma pena qualquer e para qual dito indivíduo não se oferece voluntariamente. E, também, indica que o exercício laboral pressupõe a existência de disponibilidade, acessibilidade, aceitação e qualidade, que são elementos interdependentes e essenciais, cuja aplicação depende das condições existente em cada Estado⁶⁶. (ONU. Consejo Económico y Social. Observaciones generales n. 18: el derecho al trabajo, 2005).

O Brasil também faz parte de várias *Convenções da Organização Internacional do Trabalho* (OIT), bem como, participa da agenda da OIT para a promoção do trabalho decente⁶⁷.

A agenda da promoção do trabalho decente da OIT tem quatro objetivos principais: promover e cumprir as normas e os princípios e direitos fundamentais no trabalho; criar maiores oportunidades para mulheres e homens para que disponham de remuneração e empregos decentes; realçar a abrangência e a eficácia da proteção social para todos e fortalecer o tripartismo e o diálogo social (OIT. INFORME DO DIRETOR GERAL, 2006, p. VIII). Pois como já bem anteviu o Comitê de Direito Econômico, Social e Cultural da ONU, "os direitos econômicos, sociais e culturais exigem muito mais do que assistência social, inclui a remoção de barreiras sociais que dificultam a plena participação de todos na vida econômica e social" (ONU. Folheto informativo n. 33 de Derechos Humanos, 2012, p. 27).

Nesta linha, a OIT propõe que, "a promoção do trabalho decente constitui uma estratégia que permite avançar em direção à obtenção de uma maior participação dos pobres e dos socialmente excluídos nos frutos do crescimento econômico, assim como ao fortalecimento da democracia e à superação da pobreza, da desigualdade e da exclusão, nos marcos de uma globalização mais justa" (OIT. INFORME DO DIRETOR GERAL, 2006, p. IX).

Outro ponto ressaltado pela OIT: "o problema principal é que os mercados de trabalho são altamente assimétricos e, portanto, produzem resultados que podem ser eficien-

66 Para maiores informações: vide Observaciones generales n.18 sobre o direito do Trabalho, do Conselho Econômico e Social da ONU.

67 Vale ressaltar que o objetivo 8 da Agenda 2030 da ONU também trata do emprego decente e crescimento econômico.

tes para alguma das partes, mas não necessariamente justos. Os salários, nessas condições, deixam de refletir apenas condições de oferta e procura e passam a ser determinados por fatores tais como um poder de negociação claramente desigual. Quando isso ocorre, ainda que em condições de crescimento da economia e de produtividade do trabalho, os salários e as remunerações em geral não aumentam necessariamente na mesma proporção nem nos mesmos prazos”.

Dentre as Convenções da OIT, relevantes para esta pesquisa, ratificadas pelo Brasil, pode-se citar a Convenção n. 26 sobre Métodos de fixação de salários mínimos (1928)⁶⁸; Convenção n. 95 sobre Proteção do Salário (1949); Convenção n. 117 sobre Objetivos e Normas Básicas de Política Social (1962)⁶⁹; Convenção n. 131 sobre Fixação de salários mínimos, especialmente nos países em desenvolvimento (1970)⁷⁰ e Convenção n. 168 sobre a Promoção do Emprego e Proteção contra o Desemprego (1988).

Em nível Regional

Em âmbito regional, uma das principais Convenções de proteção dos direitos do homem, é a Convenção Americana de Direitos Humanos (1969), também conhecida no Brasil por Pacto de San José da Costa Rica, tendo como princípio a dignidade da pessoa humana e a menção no seu art. 26 sobre a importância do desenvolvimento progressivo dos direitos econômicos, sociais e culturais, que foi objeto de seu Protocolo Adicional sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos econômicos, sociais e culturais, “Protocolo de San Salvador”.

O Protocolo de San Salvador trata, ao longo de todo seu texto normativo, sobre prerrogativas já disciplinadas em outros instrumentos sobre Direitos Humanos, tendo suas garantias pautadas na dignidade humana e abordando especificamente sobre a proteção ao direito ao trabalho no seu art. 7.a, que prevê que: “Os Estados Partes neste Protocolo reconhecem que o direito ao trabalho, a que se refere o artigo anterior, pressupõe que toda pessoa goze do mesmo em condições justas, equitativas e satisfatórias, para o que esses Estados garantirão em suas legislações, de maneira particular: a) Remuneração que assegure, no mínimo, a todos os trabalhadores condições de subsistência digna e decorosa para eles e para suas famílias e salário equitativo e igual por trabalho igual, sem nenhuma distinção”.

Vale frisar que, estes são alguns exemplos dos instrumentos internacionais (em nível global e regional) de proteção ao direito do trabalho, havendo outros aqui não citados. Estas Convenções Internacionais, por sua suma importância para a proteção dos Direitos Humanos, recebem no Brasil caráter supralegal perante o sistema jurídico brasileiro, como bem

68 Convenção n. 26 sobre Métodos de fixação de salários mínimos (1928), que prevê no seu art. 4 que: 1. Todo Membro que ratifique a presente convenção deve tomar as medidas necessárias, por meio de um sistema de controle e de sanções, para que, de uma parte, os empregadores e empregados interessados tomem conhecimento das quantias mínimas de salário em vigor e, de outra parte, os salários efetivamente estipulados não sejam inferiores aos mínimos aplicáveis. 2. Todo trabalhador ao qual as quantias mínimas são aplicáveis e que recebeu salários inferiores ao mínimo deve ter direito, por via judiciária ou outra via legal, de recuperar o montante da soma que lhe é devida, dentro do prazo que poderá ser fixado pela legislação nacional.

69 Convenção n. 117 sobre objetivos e normas básicas de Política Social (1962), prevê que em seus arts. I e V que: Art. I. 1. Qualquer política deve visar principalmente ao bem-estar e ao desenvolvimento da população, bem como à promoção de suas aspirações de progresso social”. 2. Qualquer política de aplicação geral deverá ser formulada tomando na devida conta suas repercussões sobre o bem-estar da população”. Art. V. 2. “Na fixação do nível de vida mínimo, será necessário levar em conta as necessidades familiares essenciais dos trabalhadores, inclusive a alimentação e seu valor nutritivo, a habitação, o vestuário, os cuidados médicos e a educação”.

70 Convenção n. 131 sobre a Fixação de salário mínimos, especialmente nos países em desenvolvimento foi criada com o intuito de assegurar uma proteção aos assalariados contra os salários excessivamente baixos e que, embora de aplicação geral, leve em conta especialmente às necessidades dos países em desenvolvimento, determinando em seu art. III que: “os elementos tomados em consideração para determinar o nível dos salários mínimos deverão, na medida do que for possível e apropriado, respeitadas a prática e as condições nacionais, abranger: a) as necessidades dos trabalhadores e de suas famílias, tendo em vista o nível geral dos salários no país, o custo da vida, as prestações de previdência social e os níveis de vida comparados de outros grupos sociais; b) os fatores de ordem econômica, inclusive as exigências de desenvolvimento econômico, a produtividade e o interesse que existir em atingir e manter um alto nível de emprego.

aponta Maurício Godinho Delgado (2018, p. 67): “a recente reorientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, conferindo caráter supralegal às regras de tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, independentemente de seu quórum de aprovação parlamentar (STF, RE – 466343; RE-349703; HC-87585, sessão de 2.12.2008), acentuou a importância no Brasil das Declarações, Tratados e Convenções Internacionais sobre Direitos Humanos Sociais, Econômicos e Culturais, inclusive os trabalhistas, quer da OIT, quer da ONU, quer de outras entidades internacionais. É que, na qualidade de repositório de regras de direitos humanos econômicos, sociais e culturais, tais diplomas internacionais passam a ter sua imperatividade incrementada em nosso sistema jurídico”.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Observou-se ao longo deste estudo que, a Constituição Federal brasileira possui como princípios fundamentais a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (art.1º). De tal forma que, a ordem econômica deve assegurar a todos existência digna (art. 170 da CF) e a ordem social tem como primado o trabalho (art. 193 da CF). Assim, analisando as questões relativas à constitucionalidade da Lei n. 13.467, conclui-se que a proteção da dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e os fins da ordem econômica e social, garantidas pela Constituição Federal brasileira, não foram observadas quando aprovada a modalidade do contrato intermitente pela Reforma Trabalhista. A incerteza de um número mínimo de horas trabalhadas e, consequentemente, a incerteza de um salário mínimo lesa o art. 7º da Constituição e traz como consequências a precarização das condições humanas do trabalhador e de sua família, trazendo impacto para o exercício dos demais direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais (DESCAs). Isto porque, se salário mínimo nominal já não permite que a pessoa possua estas condições justas, por estar aquém do valor necessário para a subsistência do indivíduo⁷¹, o contrato intermitente acabou agravando esta situação. Além do mais, a geração de empregos prometida com a criação do contrato intermitente não foi concretizada. No trimestre de novembro/2018 a fevereiro de 2019, houve um aumento significativo do nível de desemprego e de subocupações, atingindo marcas progressivas altas desde a promulgação da Reforma Trabalhista.

Outrossim, o contrato intermitente de trabalho também acabou ferindo dispositivos internacionais que determinam que a toda pessoa goze de condições justas, equitativas e satisfatórias de trabalho, recebendo para tanto uma remuneração mínima para ter condições de subsistência digna e decorosa, indo de encontro, por exemplo, as diretrizes do Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e o Protocolo de San Salvador, da Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem, bem como de normativas da OIT, dentre eles a agenda referente ao Trabalho decente. E, como num efeito dominó, a não observação de um dos direitos sociais primordial, qual seja o trabalho digno, acaba acarretando ofensa a outros direitos econômicos, sociais e culturais referentes à dignidade humana e trazendo impacto significativo em âmbito social e econômico. Dentre estas garantias, está a implementação de outros direitos sociais previsto no art. 6º da CF, como o direito à educação, à saúde, à alimentação, à moradia, ao transporte, ao lazer, à segurança e outros direitos econô-

71

Levando-se em conta os dados do Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos (DIEESE) (março de 2019), o salário mínimo necessário para suprimir as necessidades básicas (levando em consideração à cesta básica de alimentos) era de R\$4.052,65, sendo que o salário mínimo nominal do período é 998,00. Vale ressaltar que, o Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos (DIEESE) é uma entidade criada e mantida pelo movimento sindical brasileiro. Foi fundado em 1955, com o objetivo de desenvolver pesquisas que subsidiassem as demandas dos trabalhadores.

micos, sociais, culturais e ambientais, previstos nos dispositivos internacionais tratados ao longo deste trabalho.

Como as Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI), ainda estão em pendência de decisão pelo Supremo Tribunal Federal, há a necessidade de se trabalhar com hipótese de que o contrato intermitente possa ser considerado constitucional por aquele Órgão. Frente à esta possibilidade, do ponto de vista deste trabalho, acredita-se que haverá a necessidade de uma “fiscalização” redobrada do Poder Judiciário para garantir que não haja a incorreção de fraude à lei na utilização do contrato intermitente de trabalho. Ao nosso ver, haverá um aumento considerado de demandas e ações similares ao caso Marcos Teixeira Olegário vs Magazine Luiza/SA ao Poder Judiciário. Isto porque, o contrato intermitente possui características específicas e estas características não têm sido levadas em conta pelo empregador. O contrato intermitente deveria ser utilizado como modalidade de contratação excepcional, não podendo ser um substitutivo para o exercício de atividades típicas, permanente e contínuas da empresa em substituição a postos efetivos de trabalho. Sendo, assim, será primordial o papel do Judiciário para a manutenção da verdadeira função do instituto⁷², tornando-o como modalidade de trabalho casual e não de desemprego casual e sem garantias, como tem sido utilizado atualmente.

Entretanto, como exposto ao longo desta investigação, acredita-se que o contrato intermitente é inconstitucional, por ferir os arts. 1, 7, 170 e 193 da Constituição, que dizem respeito à dignidade da pessoa humana, valorização social do trabalho digno e decentemente remunerado e que impacta sobremaneira na ordem social e econômica do país e diversos dispositivos internacionais recepcionados pelo sistema jurídico brasileiro. Sobre-tudo, vai de encontro com os artigos 6 e 7 do Pacto de San Salvador, por não respeitar as premissas básicas de assegurar trabalho digno e condições justas, equitativas e satisfatórias de trabalho previstas nestes dispositivos, não oferecendo condições de trabalho decente e uma renda que permita ao trabalhador viver e assegurar o sustento de seus familiares.

REFERÊNCIAS

- Banco Mundial (2019). *Informe sobre desarrollo Mundial: La naturaleza cambiante del trabajo*. Washington, DC.
- Bobbio, N. (1992). *A era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus.
- Brasil. STF. ADI 5829. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5317595>> e <<http://stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=363662&caixa-Busca=N>>. Acesso em: 15 abr. 2019.
- Brasil. STF. Inteiro Teor do Acórdão da ADI 5.794/DF, de 29/06/2018 <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339959032&ext=.pdf>>. Acesso em: 20 mai. 2019.
- Brasil. Lei n. 13.467/2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13467.htm>. Acesso em: 10 mar. 2019.
- Brasil. Medida Provisória n. ° 870, de 1° de janeiro de 2019. Estabelece a organização básica dos órgãos da Presidência da República e dos Ministérios (2019). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Mpv/mpv870.htm>. Acesso em: 17 mai. 2019.
- Brasil. Projeto de Lei n. 6.787 (2016). Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=3CAAC81F204C1C4904EC759EB49FC082.proposicoesWebExterno1?codteor=1520055&filename=PL+6787/2016>. Acesso em: 16 mai. 2019.
- Carta do Presidente Michel Temer ao Senado Federal (2017). Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documentodm=5374460&ts=1553283210534&disposition=inline>>. Acesso em: 17 mai. 2019.

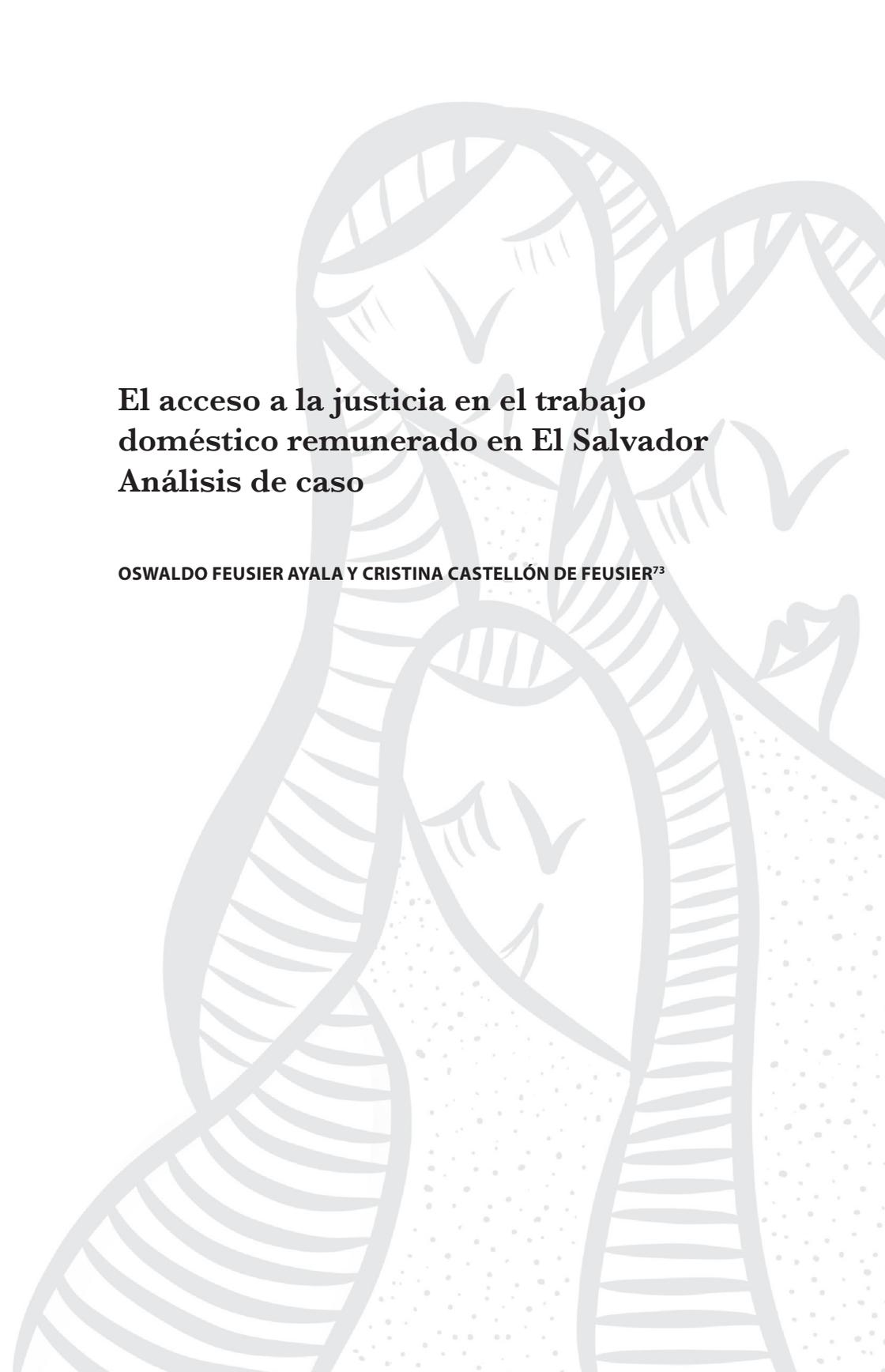
72

Do nosso ponto de vista, o contrato intermitente é inconstitucional. Trabalha-se aqui com alternativa de interpretação em caso de hipótese de negação de provimento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade propostas perante o Supremo.

- Castro, C.R.S. (2003). *A constituição aberta e os direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense.
- Ceneviva, W. (2003) *Direito Constitucional brasileiro*. São Paulo: Saraiva.
- Comissão especial destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei n. 6.787, de 2016, do Poder Executivo, que "Altera o Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943 – Consolidação das Leis do Trabalho, e a Lei n. 6.019, de 3 de janeiro de 1974, para dispôs sobre eleições de representantes dos trabalhadores no local de trabalho e sobre trabalho temporário, e dá outras providências (2017). Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegracao?deor=1544961&filenome=Tramitacao-PL+6787/2016>. Acesso em: 10 abr. 2019.
- Delgado, M. G. *Curso de Direito do Trabalho* (2018). São Paulo: LTr.
- DIEESE. *Reforma trabalhista: riscos e perdas impostos pelo PL 6.787/2016 aos trabalhadores e ao movimento sindical* (2017). Disponível em: <https://www.dieese.org.br/outraspublicacoes/2017/reformaTrabalhista Sintese.pdf>. Acesso em: 17 mai. 2019.
- Extinção do Ministério do Trabalho: Nota técnica. (2018) <<https://www.anamatra.org.br/images/DOCUMENTOS/20181108.notatecnicaextincao0.pdf>>. Acesso em: 17 mai. 2019.
- Fecomercio/SP. (2017). *Reforma trabalhista: o que é contrato de trabalho intermitente?* Disponível em: <<https://www.fecomercio.com.br/noticia/reforma-trabalhista-o-que-e-contrato-de-trabalho-intermitente>>. Acesso em: 25 mai. 2019.
- IBGE (2019). Desemprego sobe para 12,4% e população subutilizada é a maior desde 2012. Disponível em: <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/24110-desemprego-sobe-para-12-4-e-populacao-subutilizada-e-a-maior-desde-2012>>. Acesso em: 27 mai. 2019.
- Krsticevic, V. (2019). Research Handbook on Economic, Social and Cultural Rights as Human Rights Section A. The Human Rights Framework. In: *ESCR Chapter 5 The Inter-American System of Human Rights Protection*.
- Maillart, A.S; Calatroya, G. (2017) Acesso à justiça no Brasil: panorama e perspectivas diante da jurisprudência interna e da corte internacional de direitos humanos. In. *Derecho de Acceso a la justicia: Aportes para la construcción de un acervo latinoamericano*. Santiago/Chile: CEJA.
- Marcos Teixeira Olegário vs. Magazine Luiza S/A (2018). TRT-3. PROCESSO nº 0010454-06.2018.5.03.0097 (ROPS). Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/trt-mg-anula-contrato-intermitente.pdf>>. Acesso em: 10 mai. 2019.
- Nota oficial do Ministério do Trabalho (2018). <<http://trabalho.gov.br/component/content/article?id=3793>>. Acesso em: 16 mai. 2019.
- OEA. Caso Trabalhadores Fazenda Brasil Verde vs Brasil. Sentença Corte Interamericana de Direitos Humanos, 2016. Disponível em: <http://www.itamaraty.gov.br/images/Banco_de_imagens/Sentenca_Fazenda_Brasil_Verde.pdf>. Acesso em: 28 jun. 2019.
- OIT (2016). INFORME DO DIRETOR GERAL: Trabalho decente nas Américas: uma agenda hemisférica, 2006-2015. Disponível em: <https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasilia/documents/publication/wcms_226226.pdf>. Acesso em: 25 mai. 2019.
- OIT. (2016) Non-standard employment around the world: Understanding challenges, shaping prospects International Labour Office. Geneva: ILO.
- ONU. *Folleto informativo n. 33 de derechos humanos: Preguntas frecuentes sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales* (2009). Disponível em: <www.ohchr.org/Documents/Publications/FS33_sp.pdf>. Acesso em: 21 set. 2012.
- ONU (2005). Consejo Económico y Social. Comité de derechos económicos, sociales y culturales. Observaciones generales n. 18: el derecho al trabajo. Disponível em: <http://observatoriopoliticasocial.org/sitioAnterior/images/stories/biblioteca/pdf/documentos-sistema-naciones-unidas/observacionesgenerales/18_al_trabajo.pdf>. Acesso em: 19 ago. 2019.
- Piovesan, F. (1997) *Direitos Humanos e Direito Constitucional Internacional*. 2.ed. São Paulo: Max Limonad.
- Sikkink, K. (2018). *Razones para la esperanza*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina.
- Silva, R.B.D (2007). *Manual de Direito Constitucional*. Barueri: Manole.
- Tucunduva, Manuela. (2018) *Compensa aderir ao contrato intermitente?* Migalhas, 20 set. 2018. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI287788,101048-Compensa+aderir+ao+contrato+intermitente>>. Acesso em: 05 jun. 2019.

ANEXO**QUADRO DE ADIS RELATIVAS A CONTRATO INTERMITENTE
PROPOSTAS PERANTE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Número da ADI	Agente propositor
ADI 5.794	Confederação Nacional dos Trabalhadores em Transporte Aquaviário e Aéreo, na Pesca e nos Portos – CONTTMAF
ADI 5.826	Federação Nacional dos Empregados em Postos de Serviços de Combustíveis e Derivados de Petróleo (Fenepospetro)
ADI 5.829	Federação Nacional dos Trabalhadores em Empresas de Telecomunicações e Operadores de Mesas Telefônicas (Fenattel)
ADI 5.950	Confederação Nacional dos Trabalhadores no Comércio (CNTC)

A stylized, light gray illustration of a woman's face and hands. The woman has long, wavy hair and is looking down with a slight smile. Her hands are positioned near her face, with fingers slightly curled. The background is filled with a pattern of small dots and lines, creating a textured effect.

El acceso a la justicia en el trabajo doméstico remunerado en El Salvador Análisis de caso

OSWALDO FEUSIER AYALA Y CRISTINA CASTELLÓN DE FEUSIER⁷³

RESUMEN

El presente artículo, pretende desarrollar un estudio de un caso concreto denominado "Flor Morales", a efectos de brindar al lector las características de justiciabilidad o acceso a la justicia del derecho al trabajo en condiciones justas, equitativas y satisfactorias para el trabajo doméstico remunerado en El Salvador, todo lo anterior, desde tres dimensiones claramente diferenciadas: 1) Trayecto inicial de la resolución del conflicto, 2) El Ingreso al aparato judicial y proceso, 3) La respuesta jurisdiccional, y finalmente, 4) El cumplimiento de la resolución.

Palabras claves: Acceso a la justicia • Derecho al trabajo • Trabajo doméstico • Derecho laboral • Derechos sociales • El Salvador

ABSTRACT

This article aims to develop a study of a specific case called "Flor Morales", in order to provide to the reader with the characteristics of access to justice of the "right to work" in fair, equitable and satisfactory conditions for the domestic paid work in El Salvador, all previous, from three differentiated dimensions: 1) Initial course of the resolution of the conflict, 2) Entry into the judicial apparatus and process, 3) The jurisdictional response, and finally, 4) Accomplishment of the resolution.

Keywords: Access to justice • Right to work • Domestic work • Labor law • Social rights in El Salvador

1. INTRODUCCIÓN

Utilizando una epistemología crítica ellacuriana (Feusier, 2016), y un enfoque metodológico cualitativo de análisis de caso, se pretende reflejar la realidad del derecho al trabajo en condiciones justas, equitativas y satisfactorias relacionado en el artículo 6.1. del protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, también conocido como Protocolo de San Salvador de 1999, el caso seleccionado

La elección del presente trabajo, tiene como tema a estudiar el “derecho al trabajo y a condiciones justas, equitativas y satisfactorias de empleo”, pues a nuestro criterio, se trata de un esquema y marco conceptual de lucha en el que se decide el modelo económico dominante, como principio de explotación y desigualdad que impide el desarrollo de nuestro contexto nacional y regional.

Quizás influido por tal razón, el derecho al trabajo no aparece conceptualizado en la redacción inicial de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948, a diferencia de la Declaración Universal de Derechos Humanos del mismo año, que en su artículo 23.1 relaciona que “toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo”, definición que permanece prácticamente en los mismos términos en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966.

La falta de esta conceptualización puntual del derecho al trabajo, se mantendría en el ámbito interamericano con la llegada del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de noviembre de 1969, que apenas formuló en su artículo seis una prohibición de la esclavitud, la servidumbre y el trabajo forzoso. Algo que cambiaría con la entrada en vigencia del protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, también conocido como Protocolo de San Salvador de 1999.

El protocolo, señala en su artículo seis que “1. Toda persona tiene derecho al trabajo, el cual incluye la oportunidad de obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa a través del desempeño de una actividad lícita libremente escogida o aceptada (...)”. Por su parte, el artículo siete desarrolla que este derecho al trabajo se realice “en condiciones justas, equitativas y satisfactorias”, señalando expresamente como condiciones fundamentales un salario justo, que asegure una subsistencia digna y decorosa, la necesidad que esta actividad laboral responda a las expectativas vocacionales, a la promoción y el ascenso en el trabajo, a la estabilidad, a la seguridad e higiene, prohibiendo el trabajo nocturno e insalubre a los menores de dieciocho años de edad, y limitando en general las horas de trabajo al tiempo razonable.

Como se puede observar, el núcleo del derecho está dirigido a la consecución de la libertad para optar por una actividad que permita el desarrollo y plan de vida de la persona, permitiéndole su subsistencia individual y familiar, generando enfoques específicos en sectores vulnerables que tienen mayor dificultad para el acceso al trabajo, como lo son los grupos con necesidades especiales y las mujeres (Badilla, p. 199, 2019).

En el caso salvadoreño, y en los términos expresados por Bertrand Galindo y otros, el derecho al trabajo aparece regulado como libertad hasta la Constitución de 1885, antes de la anterior, como sucedió en la Constituciones de 1880 y 1883, el trabajo aparecía como una obligación, y más allá de lo anterior, en la Carta Magna de 1872, el trabajo y la ocupación se miraban como “bases de la moralidad y el progreso nacional, eran necesarios y por consiguiente obligatorios” (p. 960, 1999), una regulación muy consecuente con un andamiaje económico y social donde comenzaba a florecer y desarrollarse los cimientos de

un incipiente capitalismo agrario basado en la exportación de ciertos productos agrícolas, como la caña de azúcar.

Por su parte, en las Constituciones de 1945, 1950 y 1962 (surgidas en el contexto de los estados de bienestar), donde el derecho al trabajo adquirirá la fisonomía que actualmente presenta en la Constitución salvadoreña vigente, regulándolo la Constitución de 1945 como un derecho y deber, al cual el Estado se debe, por lo que tiene que emplear todo medio a su alcance para proporcionar trabajo a quien carezca del mismo, debiendo procurarse “armonía entre el capital y el trabajo”. Por su parte, las Constituciones de 1950 y 1962 enumera una serie de principios que siguen fundamentando nuestro vigente código de trabajo, y que en nuestra Constitución vigente aparecen como derechos fundamentales en su artículo treinta y ocho, derechos tales como:

- i) Equidad en la remuneración independientemente del sexo, raza, credo o nacionalidad del trabajador.
- ii) Derecho a aguinaldo anual y un salario mínimo pagado en moneda de curso legal, “suficiente para satisfacer las necesidades normales del hogar del trabajador en el orden material, moral y cultural”.
- iii) Inembargabilidad del salario y prestaciones sociales (salvo por obligaciones alimenticias), además de ser el salario un crédito privilegiado con respecto a otros créditos que pueda tener el patrono.
- iv) Una jornada de trabajo que no puede exceder de ocho horas diurnas y cuarenta y ocho horas semanales, estableciendo plazos de vacaciones anuales remuneradas, los días de asueto como días de descanso, y un día de descanso remunerado por cada semana (sin duda, uno de los derechos más violentados para el caso en estudio que se ha seleccionado).
- v) La prohibición de trabajo para menores de catorce años y una jornada reducida de seis horas para los menores de dieciséis años, y,
- vi) El derecho a una indemnización conforme a la ley en caso de despido sin causa justificada o renuncia voluntaria.

Por su parte, esta regulación constitucional, se ve acompañada por una serie de resoluciones o antecedentes jurisprudenciales que fortalecen lo establecido en la Carta Magna desde la perspectiva sustantiva, o bien dotando al derecho laboral salvadoreño de una serie de principios procesales que favorecen a la clase trabajadora, dentro de dichas resoluciones, podemos citar las siguientes líneas jurisprudenciales:

- i) Las sumas de dinero que el trabajador recibe para desempeñar sus funciones no constituyen salario (Sala de lo Constitucional, 280-C-2005, 2006).
- ii) La necesidad de protección del salario mínimo a través de su revisión constante, cuantía mínima según las condiciones de los trabajadores y su inembargabilidad (Sala de lo Constitucional, I-26-2006, 2007).
- iii) La preferencia por la interpretación finalista del derecho de trabajo, según la finalidad protectora con la que fue diseñado (Sala de lo Civil, 103-C-2005 y 480-Ca., 2002 y 2005).
- iv) La admisión en del derecho de trabajo salvadoreño de un trato desigual a favor del trabajador salvadoreño, que encuentra su sentido en la natural relación de desfavorecimiento que el mismo posee desde la perspectiva económica (Sala de lo Civil, 175-C-2005, 2005).
- v) La interpretación del conflicto laboral dentro de un entramado procesal en los que prime el principio de justicia social (Sala de lo Civil, 280-C-2005, 2006).
- vi) El principio irrenunciabilidad, según el cual los derechos de los trabajadores son no negociables (Sala de lo Constitucional, 26-2006, 2007), y,

- vii) El principio de primacía de la realidad, según el cual en las condiciones del contrato y relación laboral debe considerarse de manera preponderante el contexto social de donde dimanan los hechos, las prácticas viciadas de los patronos como la simulación de los contratos (Sala de lo Civil, 128-C-2007, 2007 y 137-C-2005, 2007), entre otras.

Quizás esta última referencia al principio de primacía de la realidad, de alguna forma adelanta la enorme brecha existente entre lo declarado en el código de trabajo la Constitución de la república, y lo vivido por millones de trabajadores salvadoreños en el mundo laboral que se respira en la realidad, una diferencia que incluso aumenta más, mientras más vulnerable sea la posición social y género del trabajador inmerso en la relación laboral. En este punto es donde precisamente encontramos el trabajo doméstico remunerado en El Salvador, un campo laboral de precariedad dejado desde siempre a las mujeres de escasos recursos, y en el cual se insertan desde temprana edad, y del cual tomaremos un caso representativo en la metodología de análisis de casos seleccionada, a efectos de demostrar esta discrepancia entre lo normativo y lo declarado desde una perspectiva ellacuriana, es decir, analizar un derecho desde donde más se niega dicho derecho.

2. EL TRABAJO DOMÉSTICO REMUNERADO EN EL SALVADOR, REALIDAD Y LEGISLACIÓN

Conceptualmente hablando, se entiende en la legislación salvadoreña por trabajo de servicio doméstico, aquel que se dedica “en forma habitual y continua a labores propias de un hogar o de otro sitio de residencia o habitación particular, que no importen lucro o negocio para el patrono” (artículo setenta y siete del código de trabajo de El Salvador), tal como sucede en el convenio número ciento ochenta y nueve de la Organización Mundial del Trabajo, no se considera como trabajo doméstico, aquel trabajo que sea simplemente ocasional o esporádico.

Según datos extraídos del Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Centroamericana “José Simeón Cañas” (Martínez, Evangelina y Marroquín, Roxana, 2015a), que a su vez toma como referencia la Encuesta de Hogares de Propósitos Múltiples (EHPM), del 2012 para El Salvador, la población ocupada en nuestro país es de 2,559,315 personas, de la cuales apenas 111,780 son personas que se dedican al trabajo doméstico, y de las cuales el 91.4% son mujeres y el 8.6% son hombres (P. 42-46)

El mismo estudio, contó para la formulación de sus conclusiones con una encuesta con una muestra efectiva de 794 entrevistas a empleadas domésticas, un error máximo del 3.5% a nivel nacional y una confianza del 95%, señalando que de las 794 trabajadoras encuestadas, el 35% inició como trabajadora doméstica antes de los catorce años de edad, y el 45.8% antes de los dieciséis años de edad, un dato que ciertamente contradice las mismas prohibiciones de trabajo remunerado para menores de edad del Código de Trabajo (Martínez, Evangelina y Marroquín, Roxana, 2015b, p. 94-95), en los términos antes vistos por nuestra Carta Magna. A similar conclusión llega el informe denominado “La Institucionalización sociocultural y jurídica de la desigualdad”, según el cual “La mayoría de las trabajadoras domésticas inician su vida laboral, principalmente, entre los 15 y 20 años, para todas las modalidades de trabajo doméstico y en general esa ha sido su experiencia de trabajo a lo largo de sus vidas” (SG-SICA, 2010, p.57)

Siguiendo la caracterización de esta franja ocupacional en donde predomina ampliamente el sexo femenino, podemos afirmar que nos encontramos frente a un sector integrado mayoritariamente por mujeres solteras, con hijos y un escaso grado de desarrollo

educativo. Para el caso, el estudio del IDHUCA demuestra que el 54.2% de las trabajadoras domésticas son solteras, frente al 21.7% casadas o el 17.1% acompañadas. Por su parte, de las 794 mujeres entrevistadas e independientemente de su estado familiar, el 79.8% de las trabajadoras tienen hijos e hijas, y el 49.3% de las mismas no estudió o completó la primaria, llegando apenas el 13.1% hasta el 6° grado y sólo el 10.9% terminó el 9° grado de tercer ciclo de educación básica.

Finalmente, en cuanto al promedio salarial que se obtiene ejerciendo labores de trabajo doméstico remunerado, resulta llamativo la existencia de una discriminación por género, siendo que el salario promedio de los hombres es de \$165.94 mensuales, mientras que para las mujeres es de \$126.2787 mensuales, una cantidad que dicho sea de paso es muy inferior a los \$242.42 mensuales que se percibe como salario mínimo para el sector comercio y servicios, por lo que también estaríamos hablando de una clara contradicción con respecto al derecho fundamental de un salario que haga frente a las inclemencias de una vida digna.

En cuanto a la regulación del trabajo doméstico remunerado en El Salvador y siguiendo el esquema que nos propone Xochitl Bendeck (San Salvador, 2004), podemos iniciar mencionando que dicho fenómeno se encuentra contemplado en la Constitución de la República de El Salvador y en el Código de Trabajo de El Salvador. En el caso del ordenamiento constitucional, el artículo cuarenta y cinco de la Constitución de la República establece que los trabajadores domésticos remunerados “tienen derecho a protección en materia de salarios, jornada de trabajo, descansos, vacaciones, seguridad social, indemnizaciones por despido y, en general, a las prestaciones sociales”. Por su parte, esta regulación se complementa con el código de trabajo, en un capítulo específico para esta actividad laboral (capítulo III “Del trabajo doméstico”, del título segundo “Del trabajo sujeto a regímenes especiales” del libro primero “Derecho individual del trabajo” del código de trabajo) que contiene ocho artículos que regulan las condiciones del trabajo doméstico remunerado en nuestro país, y que sucintamente puede resumirse en los siguientes aspectos:

- Se regula como posibilidad que el contrato de servicio doméstico se celebre de forma verbal, y en caso de celebrarse de manera escrita surge la obligación para el patrono de extender a petición del trabajador una constancia de trabajo (artículo setenta y seis).
- Se regula el contenido de la retribución por este tipo de trabajo, señalándose en términos generales y salvo pacto en contrario, esta retribución se sujeta al “salario convenido” entre las partes, y el suministro de alimentación y habitación para el trabajador doméstico (artículo setenta y ocho).
- Se regula el derecho al patrono para exigir al trabajador, previo inicio de sus labores, los comprobantes relativos a su buena salud (artículo setenta y nueve).
- Se regula el horario del trabajo doméstico, que en términos generales no se encuentra sujeto a horario, pero goza de un mínimo de doce horas diarias, de las cuales diez serán nocturnas y continuas.

El marco normativo antes relacionado ha recibido múltiples y fuertes críticas, para el caso, el artículo setenta y ocho antes relacionado no obliga a los empleadores en el contexto nacional a pagar un salario mínimo legal, sino apenas un “salario convenido”, dejando abierta la posibilidad que se acuerde cualquier cantidad distinta en concepto de salario bajo el argumento que el mismo será complementado con el suministro de alimentación y habitación, cuando lo cierto es que en la mayoría de los casos no se proveerá tal habitación o significativa alimentación, pues la empleada doméstica remunerada no se queda a dormir en su lugar de trabajo. De hecho, según la encuesta del IDHUCA (2015), solo el 30.5% de las trabajadoras encuestadas dijeron dormir en su lugar de trabajo, por lo que la amplia mayoría

de casos (69.5%), se trata de empleadas domésticas que duermen fuera de su lugar de trabajo y por tanto no reciben tal complemento del “suministro de alimentación y habitación” (p.73).

Por increíble que parezca esta inequidad en materia laboral, la misma incluso ha recibido la venia por parte de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, a través del proceso de inconstitucionalidad bajo la referencia 10-2018, que fue concluido a través de sentencia definitiva del dieciséis de marzo del 2018. En dicho proceso de inconstitucionalidad, el demandante tildó nuestra legislación laboral de contrario a la Carta Magna de manera omisiva, pues en el estado en que se encuentra, esta regulación del trabajo doméstico remunerado choca con los principios de seguridad jurídica (arts. 1 inc. 1º y 2 inc. 1º Cn.) y el principio de igualdad (art. 3 inc. 1º Cn.), al no garantizar a los trabajadores domésticos condiciones mínimas para realizar sus labores colocándolos en desventaja en relación con los demás tipos de trabajadores regulados en la ley. Es decir, lo arriba apuntado en materia salarial.

La Sala, en su decisión definitiva, de manera muy formalista se limitó a rechazar la demanda citando los artículos del código de trabajo que regulan el trabajo doméstico remunerado, agregando que “en el ordenamiento jurídico interno sí existe normativa laboral que regula lo referente al salario y prestaciones sociales de los trabajadores domésticos”, sin analizar por supuesto, si estas prestaciones en el campo de la realidad, no de la forma, permiten el cumplimiento de derechos constitucionales y compromisos internacionales.

Pero lo anterior no es el único aspecto polémico en materia de trabajo doméstico remunerado, un segundo elemento normativo sumamente cuestionado consiste en conceder al patrono la facultad de celebrar el contrato laboral verbalmente, una regulación que podría tener por finalidad reducir el nivel de formalismo en este contrato de trabajo, pero que finalmente genera resultados contraproducentes para el trabajador doméstico remunerado, pues le dificulta la labor probatoria sobre el vínculo laboral en los tribunales, tal como se verá más adelante en el caso “FLOR MORALES” que será analizado. En la práctica, según la investigación realizada por el IDHUCA (2015), un aplastante 98.4% de las trabajadoras domésticas encuestadas respondió que no cuenta con un contrato laboral escrito que le permita demostrar la relación laboral que posee con su patrono ante los tribunales de justicia laboral de nuestro país (p. 74). Como se puede ver al menos en este punto, la “realidad” termina superando por mucho al “principio de primacía de la realidad” que debería regir en materia laboral.

Un tercer aspecto criticable, lo constituye el relacionado artículo ochenta del código de trabajo que señala que todo trabajador domestico goza de un descanso mínimo de doce horas diarias, de las cuales diez horas serán nocturnas y continuas, y las otras dos destinadas para las comidas. Por supuesto, la anterior normativa contradice lo señalado por la Constitución de la Republica y La Carta Internacional Americana de Garantías Sociales, según las cuales la jornada ordinaria de trabajo, independientemente del tipo de actividad, no debe exceder de ocho horas diarias, peor aún, en el caso del trabajo doméstico remunerado no se comprende que este exceso sea un trabajo extraordinario o incluso nocturno en algunos casos. De igual forma, el mencionado artículo ochenta realiza otra distinción injustificada para el trabajador domestico que se encuentra fuera del marco constitucional, al establecer la posibilidad que el mismo sea obligado por su empleador a trabajar por tres semanas continuas sin tener un día de descanso semanal, otra forma de discriminación que no se justifica desde una perspectiva constitucional y de derechos humanos, pues sencillamente no existe para otras categorías de actividades.

Finalmente, en cuanto a las causales de terminación del contrato, y a diferencia de lo que sucede en el resto de actividades laborales, el trabajo doméstico remunerado no incluye causales especiales de terminación del contrato sin responsabilidad del trabajador doméstico, ello sin mencionar que el artículo ochenta y tres ordinal primero del

Código de Trabajo establece discriminaciones constitucionalmente insostenibles para el trabajador domestico remunerado, señalando la posibilidad legal de finalizar el contrato individual, sin responsabilidad para el patrono, cuando su empleado padezca de “enfermedades infectocontagiosas”, es decir, cuando se verifique cualquier proceso patológico o enfermedad viral o bacteriana que invada al cuerpo multiplicándose para posteriormente transmitirse a cualquier otra persona, a través de enfermedades tan comunes en nuestro contexto como la gripe o el dengue, una causal que no existe para ninguna otra actividad laboral, y que naturalmente genera un trato desigual con respecto al resto de actividades productivas.

En cuanto a seguridad social se refiere, debe decirse que en la legislación salvadoreña se señala como logro relativamente reciente la inclusión, desde julio del año dos mil diez, del trabajo doméstico remunerado bajo la cobertura del Instituto Salvadoreño del Seguro Social, entidad encargada de brindar atención en salud y prestaciones económicas a los derechohabientes. Esto último se asegura en el artículo nueve de la ley orgánica que rige la referida institución, según la cual “Los trabajadores agrícolas y domésticos serán incorporados al Sistema de acuerdo a las condiciones y peculiaridades de su trabajo. Para su afiliación se dictará un Reglamento especial”.

Este reglamento especial surge a través del decreto Ejecutivo 74/2010, que regula el Régimen Especial de Salud y Maternidad para los Trabajadores del Sector Doméstico. Sin embargo, se trata de un avance con importantes limitaciones y restricciones, para el caso, se trata de un régimen voluntario para el empleador y con cobertura limitada en cuanto a los servicios y prestaciones, no incluyendo subsidio por incapacidad total o temporal, y excluyéndose el régimen en casos de invalidez, vejez y muerte, un trato desigual para el trabajo doméstico remunerado que no parece tener justificación constitucional. Sin duda, la mencionada voluntariedad del régimen previsional, permite entender porque para diciembre del 2018, el Instituto Salvadoreño del Seguro Social apenas reportó 1,820 trabajadores domésticos que cotizan seguridad social, un número insignificante si consideramos las 2,989,385 personas económicamente activas, o los 856,497 trabajadores cotizantes que reporta el mismo informe, es decir, los trabajadores domésticos que cotizan seguridad social apenas constituyen un 0.21% (ISSS, 2019, 4-10).

Pero esta deuda en la seguridad social para el trabajador domestico salvadoreño no es la más reprochable en nuestro contexto jurídico, más allá de lo anterior, nuestro sistema legal aun no regula de manera expresa y obligatoria la pensión por vejez para esta labor, pues a pesar que el artículo siete de la ley del sistema de ahorro para pensiones de El Salvador establece que “La afiliación al Sistema será obligatoria cuando una persona ingrese a un trabajo en relación de subordinación laboral”, el inciso segundo del artículo nueve del mismo cuerpo normativo establece una limitación para aquel trabajador domestico remunerado, al establecer que “Los trabajadores agrícolas y domésticos serán incorporados al Sistema de acuerdo a las condiciones y peculiaridades de su trabajo. Para su afiliación se dictará un Reglamento especial”, un reglamento que hasta la fecha no existe en nuestro país.

Finalmente, no puede cerrarse esta breve síntesis normativa sin reconocer como otra importante deuda en nuestra legislación, la falta de voluntad para la ratificación del convenio número ciento ochenta y nueve, adoptado en su centésima conferencia general en junio del 2011 por la Organización Internacional del Trabajo (2011), relativo a las trabajadoras y los trabajadores domésticos, convenio que establece y fortalece derechos y principios básicos en esta actividad laboral.

Para justificar la falencia, el Ministerio de Trabajo y Previsión Social admitía en su informe de labores del 2018 que “Se continúa impulsando el proceso para la ratificación del Convenio 189 de la OIT, relativo al Trabajo Decente para Trabajadoras y Trabajadores Domésticos, para proteger los derechos de las trabajadoras del hogar remunerado; a través de la Presidencia de la Señora Ministra en el Comité Interinstitucional para la ratificación del

convenio 189, integrado por El Ministerio de Trabajo y Previsión Social, Ministerio de Relaciones Exteriores, Ministerio de Salud, ISSS, ISDEMU y La Secretaría Técnica de Planificación de la Presidencia” (2018, P. 42).

En lo que sigue a continuación, analizaremos las anteriores falencias normativas, inconsistencias constitucionales y situación precaria en materia laboral del campo de estudio (el trabado domestico remunerado), mediante el análisis de un caso en concreto, nos referimos al caso de FLOR MORALES.

3. TRAYECTO INICIAL DE LA RESOLUCIÓN DEL CONFLICTO

Los hechos que a continuación se detallan se encuentran enmarcados dentro del proceso que denominaremos “FLOR MORALES”, conocido por el Juzgado Segundo de lo Laboral de la Corte Suprema de Justicia entre el mes de julio (mes en que se presentó la demanda), a septiembre del 2018 (mes en que se dictó la sentencia definitiva absolutoria a favor de la parte patronal en primera instancia). En los términos relacionados en la demanda interpuesta el veinticinco de julio del dos mil dieciocho, FLOR MORALES no escapa de las características distintivas del ámbito del trabajo doméstico remunerado en nuestro país, se trata de una joven de veinticinco años de edad y soltera, que devenga un salario de doscientos treinta dólares de los Estados Unidos de América Mensuales, una cantidad de dinero que ligeramente escapa a la media de doscientos dólares mensuales para el trabajo doméstico remunerado en nuestro país (según la encuesta del IDHUCA arriba relacionada), y que también supera de forma leve los 200.76 dólares de los Estados Unidos de América que constituye el valor de la canasta básica para el sector urbano para el mes de julio del 2018.

Según la relación de hechos consignados en su demanda, la joven FLOR MORALES comenzó a laborar para su patrono en el cargo de oficios domésticos el treinta y uno de agosto del dos mil diecisiete hasta el momento de su despido, a las cinco de la madrugada del veintitrés de julio del dos mil dieciocho, consistiendo sus funciones en realizar labores de limpieza en la casa de habitación de su patrono, además de cocinar, planchar, y otras actividades que no se detallan en el libelo. En cuanto a la duración de la jornada de trabajo de FLOR MORALES, la misma cumplió un horario de trabajo diario que iniciaba a las cuatro de la mañana para terminar hasta las siete y treinta de la noche, es decir, catorce horas con treinta minutos, un marco superior al permitido en nuestra legislación laboral que establece doce horas como máximo para el trabajador domestico remunerado, sin reconocimiento de horas extraordinarios, y todo lo anterior de lunes a domingo, descansando un sábado y domingo cada quince días.

Frente al despido realizado el veintitrés de julio del dos mil dieciocho, FLOR MORALES solicitó en su demanda como reclamo, una audiencia conciliatoria con su patrono para llegar a un acuerdo, y de no alcanzarse el mismo, las prestaciones correspondientes a la indemnización por despido injusto, vacación y aguinaldo proporcional, peticiones que en caso de condenarse a la parte patronal, representaría para FLOR MORALES un pago de \$ 410.65, más un total de \$ 268.45 en concepto de salarios caídos de conformidad al código de trabajo.

Aunque en el proceso laboral salvadoreño, la demanda puede ser directamente presentada por el trabajador despedido, FLOR DE MARIA se acompañó de un abogado público proporcionado por la unidad de defensa de los derechos del trabajador de la Procuraduría General de la República (PGR), una institución que según su informe de labores correspondiente al año 2017, cuenta a nivel nacional con 70 Defensores Públicos Laborales, trece de los cuales también realizan funciones administrativas como Coordinadores Locales, recalcando que “en las Auxiliares de Cojutepeque, Metapán y Sensuntepeque sólo se cuenta con

una persona que realiza todas las actividades inherentes a Defensor Público, Coordinador Local, Atención de Usuarios, Asesor/receptor, etc., lo que vulnera el principio de igualdad para las personas usuarias, por no contar las diferentes Unidades del país con la misma capacidad instalada para su atención” (PGR, 2017, p. 65).

A su vez, según la memoria de labores relacionada, de los 13,409 expedientes aperturados entre junio del 2016 a mayo del 2017, el 13% de casos pertenecientes al sector privado provenían los rubros de agricultura, construcción, maquila, educación privada y trabajo doméstico, quedando el restante 87% de los expedientes aperturados del sector privado para los rubros de servicios, comercio, seguridad e industria. Como se puede observar entonces, el trabajo doméstico remunerado ocupa un porcentaje marginal de esfuerzo de la institución mencionada, seguramente por la poca escasa presencia de este tipo de conflictos en los tribunales.

Esta cifra del 13% disminuye aún más, en el informe realizado en el 2010 por el Consejo Ministerial de la Mujer de Centroamérica del Sistema de Integración Centroamericana, denominado “La Institucionalización sociocultural y jurídica de la desigualdad: el trabajo doméstico remunerado: resúmenes de estudios de la región de Centroamérica y República Dominicana”, citando nuevamente estadísticas del Ministerio de Trabajo y Previsión Social de nuestro país, en los cuales se expresa que “la proporción de trabajadores y trabajadoras del servicio doméstico que acuden a interponer demandas por violaciones a derechos laborales es mínima. Solamente en el año 2007 se registraron apenas 19 demandas de este sector versus 5,557 recibidas de trabajadores y trabajadoras de otros sectores, lo que representó apenas el 0.3% del total” (p. 52).

Sobre este último punto, tratando de buscar explicaciones sobre este casi nulo ejercicio del derecho de acceso a la justicia a través de la jurisdicción en material laboral, el IDHUCA parece arribar a datos interesantes. En efecto, al ser encuestadas 794 trabajadoras domésticas en la investigación “Reconociendo el trabajo doméstico en El Salvador”, se advirtió que de todas apenas el 11.6% mencionaba como reconocer como uno de sus derechos el salario justo, en el caso del aguinaldo apenas un 7.3% lo menciona, la seguridad social solo un 7.6% lo relaciona como derecho, y finalmente el derecho a una indemnización proporcional, apenas fue reconocido como un derecho laboral por un 0.6% de las encuestas (P. 93). En un contexto de semejantes características, no es extraño observar que estas trabajadoras domésticas interrogadas, al ser preguntadas sobre quien puede ayudarles en caso de maltrato o violación a sus derechos, apenas cuatro empleadas mencionaron al Ministerio de Trabajo y Prevención Social (p. 94).

4. INGRESO AL APARATO JUDICIAL Y PROCESO

Como mencionamos, la demanda del caso FLOR MORALES se interpuso el veinticinco de julio del 2018, los requisitos que debió cumplir demanda son los relacionados en el artículo trescientos setenta y ocho del Código de Trabajo salvadoreño, requiriéndose que dicho libelo contenga: 1) Designación del juez ante quien se interpone, Nombre del actor y su edad, estado civil, nacionalidad, profesión u oficio, domicilio y lugar para oír notificaciones; 2) Indicações del lugar en que se desempeña o se desempeñó el trabajo con ocasión del cual se originó el conflicto, precisando su dirección en cuanto fuere posible; 3) Salario ordinario devengado por el trabajador, jornada ordinaria, horario de trabajo y fecha o época aproximada de iniciación de la relación laboral; 4) Relación de los hechos; 5) Nombre y domicilio del demandado y la dirección de su casa de habitación o del local en que habitualmente atiende sus negocios o presta sus servicios. 6) Peticiones en términos precisos; 7) Lugar y fecha, y, 9) Firma del actor o de quien comparezca por él o de la persona que firme a

su ruego. Cabe agregar que en la demanda relacionada, la joven Flor Morales colocó como sus patronos a dos personas para los cuales realizaba sus funciones de trabajo doméstico.

Como se mencionó, el acompañamiento de un profesional del derecho no es necesario en estricto sentido legal para la interposición de la demanda, aunque la cantidad y complejidad de los requisitos técnicos que exige la confección de dicho escrito, así como la complejidad del resto del proceso, se vuelve un obstáculo o barrera “natural” para que todo trabajador puede ejercer sus pretensiones directamente, requiriéndose entonces acudir a la unidad de defensa de los derechos del trabajador de la Procuraduría General de la República, quien proveerá un procurador público gratuito, pues como hemos mencionado al relacionar las condiciones salariales de este estrato laboral, pagar un abogado particular sencillamente es inimaginable.

Una vez interpuesta la demanda, y luego de verificados los requisitos de admisibilidad de la misma por parte del tribunal, en el proceso laboral salvadoreño se cita a las partes del conflicto a una audiencia conciliatoria en la cual se pueda alcanzar un acuerdo que le ponga fin al proceso a través del ofrecimiento a la trabajadora de un reinstalo, o arribar a un arreglo económico, y en el caso que no se llegue a un acuerdo conciliatorio, incluso se pueden negar los hechos del despido, tal como establece el artículo trescientos ochenta y seis del código de trabajo. En el caso específico del proceso de FLOR MORALES, esta audiencia conciliatoria se programó el catorce de agosto del dos mil dieciocho, sin embargo y no obstante, compareció el procurador que representaba a Flor Morales, no compareció la parte demandada a pesar de su legal notificación, por lo que se declaró rebeldes a los demandados y continuó el proceso a la fase probatoria.

En cuanto a las dos etapas ya comentadas, de admisión de la demanda y conciliación, puede decirse en los términos que señala de Adolfo Ciudad Reynaud (2010a), que para el año dos mil diez los tribunales de primera instancia en materia laboral arrastraban una tasa de congestión (saturación o retraso existente), según la cual se debió resolver 1.9 veces más casos de los que se resolvieron para eliminar el retraso, promedio que bajó un poco a nivel de fase de casación, en la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de El Salvador, que debió resolver 1.4 veces de lo resuelto para eliminar el retraso existente. En cuanto a la tasa de pendencia de los mismos tribunales, o porcentaje de expedientes que no han iniciado trámite o que iniciándolo no han terminado, en primera instancia el autor nos habla de un 47,8% de los casos totales en trámite, a diferencia de lo que sucede en casación en la Corte Suprema de Justicia, en la que se hablamos de un 18,9% de los casos en giro.

De igual forma, cabe apuntalar que en términos generales el proceso laboral salvadoreño continua brindando gran importancia a los principios de desconcentración, intermediación, y una relativa oralidad, todo lo anterior en una jurisdicción que está lejos de ser especializada, pues para el año 2010, de cuarenta tribunales competentes para conocer asuntos en materia laboral, apenas nueve conocían con exclusividad dicha materia, mientras que la restante cantidad de tribunales tendrán además otras competencias en asuntos civiles, penales y de otras naturalezas (Ciudad Reynaud, 2010b).

En cuanto a la etapa de conciliación, para la OIT (2010), el proceso laboral salvadoreño posee particulares falencias en cuanto a la especialización, pues “La percepción que se tiene de dichos servicios (en el área de conciliación), es que no existe personal profesional especializado en técnicas de conciliación ni en materia laboral, por lo que en ocasiones inclusive se promueve la negociación de derechos en condiciones de desventaja para los trabajadores” (p. 177).

Volviendo al proceso específico de nuestra protagonista, FLOR MORALES, luego de la etapa de conciliación, se abrió el plazo para la etapa probatoria, que en la legislación laboral salvadoreña, consiste en un plazo de ocho días hábiles para que las partes puedan presentar prueba, de las cuales, los primeros seis días son para solicitar audiencia de declaración de testigos, y los últimos dos se reservan para la audiencia de testigos. En el caso de la

prueba documental, la misma puede presentarse hasta antes de dictar sentencia definitiva, siendo la prueba documental más frecuentemente utilizada la constancia de salario, que obligatoriamente deben expedirse si el trabajador la requiere, tal como señala el artículo setenta y seis del código de trabajo.

Finalmente, otro medio probatorio que suele presentarse en el proceso laboral salvadoreño es la declaración de partes, sucesora del “pliego de posiciones” y que en esencia vendría a entenderse como una suerte de confesión regulada en el código procesal civil y mercantil salvadoreño, que dicho sea de paso, es el cuerpo normativo que se aplica supletoriamente a nuestra legislación procesal laboral, y que entiende a esta “declaración de partes”, como aquel medio probatorio por medio del cual “quien ostenta el carácter de parte en un proceso o puede sustituirle a estos efectos, proporcione información importante, pertinente y útil relacionada con los hechos controvertidos” (Cabañas García y otros, 2010, p. 385). La no comparecencia de la parte citada a declarar, en los casos de “declaración de parte contraria”, posee como elemento de presión para asistir a la diligencia, la presunción que ante la incomparecencia “se tendrán por aceptados los hechos personales atribuidos por la contraparte”, tal como establece el artículo 347 del código procesal civil y mercantil de nuestro país.

En el caso de FLOR MORALES, entre los meses de agosto y septiembre del 2018, se abrió el plazo probatorio, dentro del cual únicamente desfilaron dos medios probatorios ofrecidos por el procurador de la trabajadora doméstica, en primer lugar, “prueba documental” consistente en varias impresiones de fotos y mensajes realizados a través de una aplicación de mensajes para teléfonos inteligentes, con la cuales se pretendía demostrar la existencia de conversaciones de carácter laboral entre FLOR MORALES y sus dos patrones, y en segundo lugar, la “declaración de parte contraria” del único patrón que para la fecha había contestado la demanda, esta declaración de parte contraria se estaría realizando el once de septiembre del 2018, con resultados contraproducentes para FLOR MORALES, pues en la diligencia la parte patronal se mantuvo firme en la posición que manifestó inicialmente al contestar la demanda, en el sentido que FLOR MORALES nunca estuvo subordinada a su persona, y que ciertamente, ni siquiera laboró por más de dos días consecutivos para dicha parte patronal.

Por supuesto, hasta cierto punto es comprensible que una trabajadora doméstica promedio en el contexto salvadoreño, como FLOR MORALES, no pueda contar con prueba testimonial para respaldar sus reclamos, sobre todo si tomamos en cuenta que en la mayoría de casos no tiene otras compañeras de trabajo que le puedan servir como testigos (pues generalmente el trabajo doméstico es realizado por una sola persona del sexo femenino), lo anterior sin contar en cuenta, que en el extraño supuesto que se tenga testigos, estos también trabajan en labores domésticas, y por tanto se trata de empleados que siguen bajo los servicios del empleador o patrono demandado.

Con la prueba documental sucede algo similar, ya hemos establecido que en la legislación salvadoreña, el principal instrumento con el que puede demostrarse la relación laboral, el contrato laboral, no requiere formularse por escrito, bastando para su existencia de un acuerdo verbal, si a lo anterior, sumamos que en la práctica la trabajadora doméstica no solicita constancias de pagos, tenemos un escenario en el cual el trabajador esta desamparado probatoriamente hablando, tal como sucedió en el caso de FLOR MORALES, impactando lo anterior decisivamente en la sentencia definitiva que desestimo sus pretensiones.

Es llamativo pensar, que uno de los principales elementos que tuvo a su favor FLOR MORALES, provino de la parte patronal que se encontraba rebelde hasta el mes de septiembre del 2018, pues como hemos mencionado, el proceso inició con la demanda contra dos patrones, el primero de ellos, se mostró parte por medio de escrito del quince de agosto del 2018, contestando negativamente la demanda y contraargumentando que FLOR MORALES nunca estuvo subordinada a su persona, y que nunca laboró por más de dos días consecu-

tivos para dicha parte patronal, por su parte, el segundo patrono se mostró parte por medio de escrito de fecha siete de septiembre del 2018, alegando la excepción (es decir, la defensa procesal) de “abandono de labores” de FLOR MORALES, o en otros términos, que FLOR MORALES abandonó unilateralmente su lugar de trabajo.

Sin embargo, alegar esta última excepción de “abandono de labores” de alguna forma representaba admitir que FLOR MORALES si tenía una relación laboral con este segundo patrono que se mostró parte hasta septiembre del 2018, con lo cual se demostraba la relación laboral que la empleada doméstica no pudo demostrar con testigos o documentos. A pesar de este golpe de suerte para FLOR MORALES, el peso de esta afirmación implícita no sería suficiente para lograr sus pretensiones de obtener una indemnización justa, como lo veremos en el siguiente apartado.

5. RESPUESTA JURISDICCIONAL

En el ámbito de la legislación salvadoreña, los requisitos de la sentencia definitiva en materia laboral se encuentran regulados en el artículo cuatrocientos dieciséis del código de trabajo, estableciendo como exigencia que la Sentencias Definitivas se funden en los siguientes elementos:

- En las disposiciones del código de trabajo, normas legales de carácter laboral, contratos y convenios colectivos e individuales de trabajo, reglamentos internos de trabajo y en los reglamentos de previsión y seguridad social.
- En los principios doctrinarios del derecho de trabajo y de justicia social.
- En la legislación diferente de la laboral, en cuanto no contraríe los principios de este, y,
- Razones de equidad y buen sentido.

Definitivamente, no puede decirse que la Sentencia Definitiva que absolvió a las partes patronales de pagar los beneficios solicitados por FLOR MORALES, sea una decisión que cumplió con las anteriores exigencias de fundamentación. Con apenas tres páginas y medio de contenido, la Sentencia Definitiva del veintisiete de septiembre del 2018, que cerró la primera instancia en el caso de FLOR MORALES, puede caracterizarse como fámedica en lo básico y ausente de cualquier referencia a “principios doctrinarios del derecho de trabajo y de justicia social”, constituyéndose apenas de cuatro partes: 1) Una relación de las partes intervinientes, 2) Una breve síntesis de las etapas del proceso, 3) Los considerandos, apenas dos que analizaron las posiciones de las partes, y de los cuales uno de ellos se ocupó de desestimar las aportaciones probatorias presentadas por el procurador de FLOR MORALES, y, 4) La parte dispositiva: Absuélvase a los demandados.

Como se mencionó en el párrafo que antecede, un considerando fue suficiente para desestimar las pretensiones de la parte demandante, al no haber prueba testimonial de cargo que demuestre la relación patronal, se valoró la “declaración de parte contraria” de uno de los patronos señalados, que no tuvo ningún impacto en favor de la trabajadora doméstica, al negar dicho patrono la relación laboral, la existencia de conversación alguna con la misma, sea de forma directa o electrónica, e incluso que FLOR MORALES trabajó para el segundo patrono demandado.

La prueba documental ofrecida no tuvo mejor suerte, consistiendo como arriba señalamos, en impresiones de fotos y mensajes realizados a través de una aplicación de mensajes para teléfonos inteligentes, con la cuales se pretendía demostrar la existencia de conversaciones de carácter laboral entre FLOR MORALES y sus dos patronos. Sin embargo,

el valor de este elemento probatorio también fue desestimado, al considerar el juzgador que dicha prueba documental “no es idónea para probar la relación laboral entre las partes, siendo procedente rechazar la misma por carecer de utilidad, de conformidad con el Art. 602 Código del Trabajo”.

Finalmente, existía un último elemento que debía analizarse, el indirectamente aceptado por el segundo patrono que estaba rebelde hasta septiembre del año 2018, que al alegar en dicha fecha que FLOR MORALES había “abandonado sus labores”, implícitamente aceptaba que FLOR era parte de una relación laboral con dicho patrono. Sin embargo, a criterio del juzgador esto no era suficiente, pues de nada sirve demostrar una relación laboral sino se demostraba la existencia de un “despido injusto” de dicho trabajo.

Curiosamente, para el juzgador de lo laboral que conoció la causa, este tipo de inferencias solo puede proceder contra trabajadores domésticos remunerados, pues para el resto de actividades laborales, bien podía aplicarse el artículo cuatrocientos trece del código de trabajo, que literalmente estipula: “La falta del contrato escrito será imputable al patrono y, en caso de conflicto una vez probada la existencia del contrato de trabajo (...) se presumirán ciertas las estipulaciones y condiciones de trabajo alegadas por el trabajador en su demanda y que deberían haber constado en dicho contrato”.

Sin embargo, la anterior presunción no opero para el caso de FLOR MORALES, pues la presunción del artículo cuatrocientos doce del código de trabajo solo opera ante “la falta de contrato escrito”, y como en el trabajo doméstico remunerado no es obligatorio el contrato escrito, pues sencillamente el artículo y su presunción están fuera del alcance de trabajadores como FLOR MORALES. En palabras del juzgador: “en el caso en concreto, al tratarse de trabajo doméstico no es obligatorio el contrato escrito, por consiguiente, la falta de este último no le es imputable al patrono, consecuentemente no operan las presunciones establecidas en el artículo 20 y 413 Código del Trabajo”.

Por supuesto, con semejante razonamiento que quiebra el más elemental sentido de justicia e igualdad se absolvió a las partes demandadas, y decimos que se trata de una resolución carente de sentido de justicia e igualdad, pues teóricamente la existencia de un contrato verbal en el trabajo doméstico remunerado, que debería servir como garantía para no imponer más cargas probatorias sobre este punto al trabajador doméstico, terminó sirviendo en el caso concreto de FLOR MORALES, como elemento fundamental para justificar la desestimación de sus pretensiones.

Contra la anterior sentencia definitiva de carácter absolutorio para la parte patronal, el procurador público de FLOR MORALES, interpuso recurso de apelación en la Cámara Primera de lo Laboral de la ciudad de San Salvador, arguyendo que la sentencia definitiva dictada en primera instancia fue contraria a derecho por no aplicar la presunción del artículo cuatrocientos trece del código de trabajo, misma que establece, tal como arriba relacionamos, que “La falta del contrato escrito será imputable al patrono y, en caso de conflicto una vez probada la existencia del contrato de trabajo (...) se presumirán ciertas las estipulaciones y condiciones de trabajo alegadas por el trabajador en su demanda y que deberían haber constado en dicho contrato”.

Algo cambio en la sentencia definitiva que finalmente dictó la Cámara Primera de lo Laboral de la ciudad de San Salvador, y al menos el tribunal de alzada hizo importantes consideraciones sobre la fragilidad y vulnerabilidad del trabajo doméstico remunerado en El Salvador, llegando a afirmar que:

“el juzgador debe ir más allá en la interpretación de dicha norma (refiriéndose al mencionado artículo cuatrocientos trece del código de trabajo), y no quedarse en la literalidad de la misma, sino más bien desde una perspectiva teleológica y sistemática contextual del ordenamiento laboral, enfatizando su labor tuitiva y protectora del trabajo remunerado, que ubicada desde el mundo social no olvi-

da sino más bien compensa, de las naturales relaciones de desigualdad que existen entre empleado y empleador, una idea que cobra mayor sentido, cuando se trata de un sector tan vulnerable como el que tratamos en la presente sentencia, el sector del servicio doméstico, un ámbito laboral que entidades como la Organización Internacional del Trabajo ha caracterizado como un sector donde la relación laboral se invisibiliza (se escapa de la mirada del mundo exterior), existe una más marcada desproporción de poder entre trabajador y empleador, ausencia de descripción precisa del trabajo (se extiende básicamente a toda actividad que quiera el patrono) y predominan la relaciones feudales y paternalistas (el empleador no ve su hogar como un lugar de trabajo, predominando la idea de estarle haciendo un favor a una mujer pobre y sin educación recibéndola en su casa)?

A pesar de estos importantes reconocimientos, la Cámara encontró imposible cambiar la sentencia definitiva absolutoria que desfavoreció los intereses de FLOR MORALES, y confirmó resolución dada en primera instancia, las razones que fundamentaron esta confirmación se reducen en esencia a dos motivos, en primer lugar, se sostuvo nuevamente que la prueba documental presentada por FLOR MORALES –las impresiones de fotos y mensajes realizados a través de una aplicación de mensajes para teléfonos inteligentes– no demostraba un vínculo laboral, de dependencia, e incluso por carecer alguno de los mensajes de fecha de emisión, y en segundo lugar, se sostuvo que a pesar de ser aplicables las presunciones del artículo cuatrocientos trece del código de trabajo, y presumir estas “estipulaciones y condiciones de trabajo alegadas por el trabajador”, no es suficiente para presumir o conocer la fecha en que se dio el despido, un extremo respecto del cual nunca se presentó prueba directa, en parte porque sencillamente FLOR MORALES no tenía otra compañera de trabajo o testigo que pudiese respaldar el hecho de su despido.

Finalmente, podemos concluir que el fallo definitivo del caso de FLOR MORALES en segunda instancia, fue generado por su propia situación de vulnerabilidad, que al obligarle a laborar en un ambiente tan cargado de desprotección y desventajas, le imposibilitó obtener o buscar los insumos probatorios suficientes para hacer valer su derecho fundamental a una indemnización justa.

6. CUMPLIMIENTO DE LA RESOLUCIÓN

En términos generales, una sentencia definitiva en materia laboral basa su ejecución y cumplimiento en lo relacionado por el artículo cuatrocientos veintidós del Código de Trabajo, que establece la ejecución a petición de parte por el juzgador que conoció la primera instancia. La forma de proceder en la ejecución inicia con el decreto de embargo sobre los bienes del patrono condenado, cumplimiento de embargo que puede ser realizado por un juez de paz o un ejecutor de embargos particular, en este último caso, el ejecutor de embargo particular es nombrado por la Corte Suprema de Justicia, siendo solicitado por la Procuraduría General de la República o el trabajador, debiendo pagar el trabajador un porcentaje de sus honorarios sobre la base de lo recuperado en el embargo. En todo caso, realizar el procedimiento a través del ejecutor de embargo asegura un resultado más rápido por evidentes razones, aunque esta rapidez resultará más onerosa.

Luego del embargo, el juez de lo laboral ordena la venta de los bienes embargados en caso de tratarse de bienes inmuebles, no así en el caso de cuentas bancarias, respecto a las cuales, el ejecutor confeccionará un acta con la cantidad de dinero acre-

ditada en la cuenta, a efectos de realizar un oficio o mandamiento a la entidad financiera que administra la cuenta bancaria, ordenando el pago al trabajador del monto condenado.

En términos generales, diremos que se trata de un proceso con ausencia absoluta de oralidad, desconcentrado, y tan lento que en ocasiones puede durar años, esto en gran medida porque se encuentra confiado en su totalidad a la legislación procesal civil que se aplica supletoriamente, y en la que consecuentemente rige el principio dispositivo, es decir, un proceso en el cual toda la actividad procesal, como la función jurisdiccional, depende de lo que requieran o soliciten las partes interesadas, de hecho el código de trabajo de El Salvador hace una renuncia expresa de la materia ejecutiva, dejando confiada su regulación “en la forma prevenida por el Código de Procedimientos Civiles para el juicio ejecutivo”. Sumado a lo anterior, debe considerarse que el trámite a realizarse en los Registros correspondientes, cuando se trata del embargo de bienes muebles o inmuebles, suele ser lento y burocrático, tan solo para la imposición de las medidas cautelares.

Desafortunadamente, sobre la etapa en comento fue imposible recopilar un caso que involucre personas que ejercen trabajo doméstico remunerado.

7. CONCLUSIONES

En primer lugar, el presente artículo permite conformar una idea general sobre las obligaciones normativas convencionales y constitucionales que se deben a toda actividad laboral, entre las que debería incluirse de manera encarecida –por el marcado nivel de vulnerabilidad– el trabajo doméstico remunerado. Estas exigencias normativas y convencionales, han sido contrapuestas con las características reales y demográficas del sector laboral salvadoreño que se dedica al trabajo doméstico remunerado en nuestro país, un sector integrado por más de un 90% de mujeres, la mayoría de ellas con un salario inferior al salario mínimo urbano vigente, con uno o dos hijos que alimentar, escaso grado de escolaridad y de joven edad.

En segundo lugar, el presente artículo permite concluir las condiciones legales que enfrenta este desfavorecido estrato laboral, sin un salario mínimo legalmente fijado, respecto al cual no existe la obligación de proveer un contrato laboral escrito (salvo que la trabajadora doméstica lo solicite, lo que no sucede en una aplastante cantidad de casos), un sector que legalmente cuenta con mayor cantidad de horas diarias de trabajo en comparación al resto de actividades laborales, sin que estas horas se reconozcan como salario extraordinario, y respecto al cual existe la obligación legal de trabajar por tres semanas continuas sin tener un día de descanso semanal, otra obligación que no poseen el resto de sectores laborales en nuestro país.

De igual forma, concluimos la presencia de otras discriminaciones para el sector doméstico remunerado, claramente inconstitucionales y abiertamente contrarias a la legislación laboral internacional más elemental, como por ejemplo establecerse causales de despido que no poseen otros sectores labores, por ejemplo, permitir el despido legal del trabajador doméstico por padecer “enfermedades infectocontagiosas”, todo lo anterior en un clima laboral donde virtualmente no existe la seguridad social y legalmente la pensión por vejez.

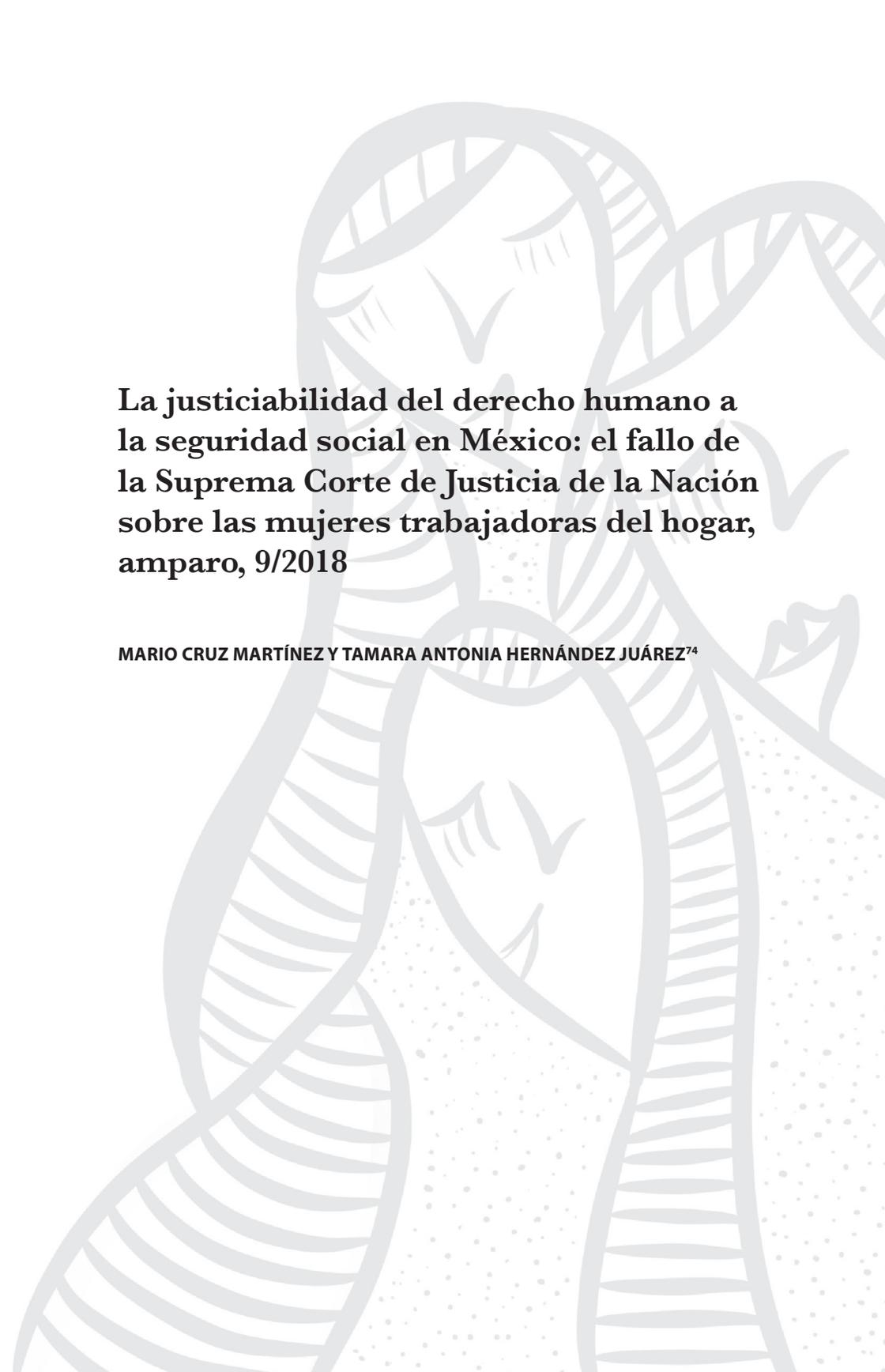
Finalmente, la conjugación perfecta de esta dos entidades, la desfavorable realidad social resuelta a través una hostil y desigual legislación laboral, se cristalizan en el caso “FLOR MORALES”, mismo en el cual, uno de los escasos casos de trabajo doméstico remunerado que ingresa a la jurisdicción laboral de nuestro país, es incapaz de alcanzar una respuesta

favorable para “FLOR MORALES”, al exigirle condiciones probatorias que sencillamente están fuera de su alcance por sus precarias condiciones materiales y las limitaciones legales que el mismo sistema impone a la trabajadora doméstica, en un entramado jurídico y social en el cual el Estado alimenta y genera las condiciones de su propio fracaso.

BIBLIOGRAFÍA

- Badilla, Elena y otros (2019), *El Derecho al Trabajo en el sistema interamericano de Derechos Humanos*. Recuperado el 20 de agosto del 2019 en <http://www.corteidh.or.cr/tablas/a22091.pdf>
- Bendeck, Xochitl (2004). *Análisis legislativo sobre el trabajo doméstico en El Salvador y propuesta de reforma legislativo*. Recuperado el veintisiete de mayo del 2019 en <http://www.jurisprudencia.gob.sv/DocumentosBoveda/D/4/2010-2019/2010/11/89BE5.PDF>
- Bertrand Galindo, Francisco y otros (1999). *Manual de Derecho Constitucional*. San Salvador: Centro de Investigación y Capacitación, Proyecto de Reforma Judicial 1992.
- Cabañas García, Juan Carlos y otros (2010). *Código Procesal Civil y Mercantil Comentado*. San Salvador: CNJ.
- Ciudad Reynaud, Adolfo (2010). La modernización de la justicia laboral en El Salvador. En *Perspectiva Laboral El Salvador* (Pp. 41-60). San Salvador: OIT.
- Consejo Ministerial de la Mujer de Centroamérica del Sistema de Integración Centroamericana (2010). *La Institucionalización sociocultural y jurídica de la desigualdad: El trabajo doméstico remunerado: resúmenes de estudios de la región de Centroamérica y República Dominicana*, San Salvador: SG-SICA.
- Feusier, Oswaldo (2016). *Una visión de las ciencias jurídicas desde Ignacio Ellacuría*. Recuperado el quince de agosto del 2019 en <https://enfoquejuridico.org/2016/05/30/una-vision-de-las-ciencias-juridicas-desde-ignacio-ellacuria/>
- Gobierno de El Salvador (2018). *Informe de labores junio 2017 a mayo 2018*. San Salvador: Ministerio de Trabajo y Previsión Social de El Salvador
- Instituto Salvadoreño del Seguro Social (2019). *Informe de Coyuntura del ISSS Enero 2019*. San Salvador: ISSS.
- Martínez, Evangelina, y, Marroquín, Roxana (2015). *Reconociendo el trabajo doméstico en El Salvador*. San Salvador: IDHUCA.
- Organización Internacional del Trabajo (2010). Estado de situación de la administración de justicia laboral de El Salvador y propuestas para su modernización y fortalecimiento. En *Perspectiva Laboral El Salvador* (Pp. 171-183). San Salvador: OIT
- Organización Internacional del Trabajo (2011), *Perspectiva laboral el salvador*, San Salvador: OIT.
- Procuraduría General de la República (2017), *Memoria de labores 2016-2017*. San Salvador: Procuraduría General de la República.
- Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (2017). *Las trabajadoras del hogar remuneradas Derechos y garantías fundamentales en el cono sur: Lucha de superación de exclusiones históricas*. Nueva York: PNUD.
- Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia, sentencia definitiva, proceso dentro de la referencia 420 Ca, once de junio del 2002
- Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia, sentencia definitiva, proceso dentro de la referencia 137-C-2005, catorce de marzo del 2007.
- Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia, sentencia definitiva, proceso dentro de la referencia 128-C-2007, veinticuatro de enero del 2005.
- Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia, sentencia definitiva, proceso dentro de la referencia 280-C-2005, veinte de marzo del 2006.
- Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia, sentencia definitiva, proceso dentro de la referencia 175-C-2005, diecinueve de diciembre de 2005.
- Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia, sentencia definitiva, proceso dentro de la referencia 103-C-2005, diecinueve de diciembre de 2005.
- Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia, sentencia definitiva, proceso dentro de la referencia 480-Ca, veintinueve de octubre de 2002

- Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, sentencia definitiva, proceso de inconstitucionalidad bajo la referencia 10-2018, del dieciséis de marzo del 2018
- Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, sentencia definitiva, proceso de inconstitucionalidad bajo la referencia 517, 2006, del veinticuatro de enero del 2005.
- Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, sentencia definitiva, proceso de inconstitucionalidad bajo la referencia 280-C-2005, del 20 de marzo del 2006.
- Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, sentencia definitiva, proceso de inconstitucionalidad bajo la referencia I-26-2006, del 12 de marzo del 2017.



La justiciabilidad del derecho humano a la seguridad social en México: el fallo de la Suprema Corte de Justicia de la Nación sobre las mujeres trabajadoras del hogar, amparo, 9/2018

MARIO CRUZ MARTÍNEZ Y TAMARA ANTONIA HERNÁNDEZ JUÁREZ⁷⁴

RESUMEN

El texto analiza las metodologías y perspectiva de derechos humanos de la Sentencia estructural 9/2018, de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México y la tutela efectiva que realiza al trabajo doméstico como derecho social en igualdad de condiciones. La importancia del fallo radica en la consideración de una discriminación indirecta por parte de las leyes mexicanas a las trabajadoras domésticas, y especialmente el generoso debate social, que incluyó trabajadoras domésticas, organizaciones de la sociedad civil para lograr un cambio en las políticas públicas y legislación laboral en materia de trabajo doméstico en mayo de 2019.

Palabras claves: Trabajo doméstico • Trabajadoras del hogar • Seguridad social • Discriminación indirecta • Derechos humanos

ABSTRACT

The document analyses the vision of human rights about the decision of Supreme Court of 5 December 2018 on domestic work and as a leading case in Mexico. Amparo Directo 9/2018 is a landmark 2018 Supreme Court case in which the justices ruled that domestic work must be protected by the law as a social law. The verdict underlines some problems about indirect discrimination in the domestic work, and it has created an important public debate about social justice in Mexico.

Keywords: Homework • Homemaker • Mades • Social Security • Indirect Discrimination • Human Rights

1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES: SOBRE LA POSIBILIDAD EFECTIVA DE LA JUSTICIA Y LA ESPERANZA DE LAS GRAMÁTICAS DE LOS DERECHOS EN MÉXICO

El trabajo que tiene en sus manos el lector plantea uno de los raros casos de justicia efectiva en México, en donde los reclamos de una mujer de 80 años, trabajadora doméstica, tiene solución por parte de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. La visión técnica de la cuestión podría señalarse, desde la evolución de los modelos de derechos sociales hasta la configuración de una ponderación efectiva para identificar una discriminación indirecta. Los derechos y sus epistemologías son complejas. Simplemente, se quiere dejar constancia al lector, que el día 5 de diciembre de 2018 la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), brindó justicia a todas las trabajadoras domésticas de México y demostró que el lenguaje de los derechos, y sus complejas gramáticas, pueden brindar resultados efectivos a los reclamos de los que no tienen voz, a los excluidos del bienestar de los modelos democráticos y que las desigualdades a las que nos hemos acostumbrado, pueden cambiar un día. A continuación, la historia y análisis de esta histórica sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México.

2. EL CASO DE LA SEGURIDAD SOCIAL PARA LAS TRABAJADORAS DEL HOGAR. ANTECEDENTES DEL AMPARO 9/2018

2.1 Historia del Caso

Una mujer de 80 años trabajadora del hogar presentó el veintiocho de abril de dos mil dieciséis en la Unidad Jurídica de la Oficialía de Partes de la Junta Local de Conciliación y Arbitraje de la Ciudad de México, una demanda en contra de sus empleadoras, solicitando el pago de las siguientes prestaciones: indemnización constitucional; pago de salarios caídos, aguinaldo, vacaciones, prima vacacional, prima de antigüedad y del tiempo extraordinario; así como la inscripción retroactiva ante el Instituto Mexicano del Seguro Social.

En su demanda narraba, que ingresó a laborar el 11 de enero de 1959, al ser contratada por una de las demandadas, y posteriormente al crecer sus hijas, también trabajó para ellas. Dentro de sus obligaciones estaba cubrir un turno continuo realizando las labores de limpieza, planchado, comidas, lavar ropa, platos y áreas comunes de edificios, en un horario de las 8:00 a.m. a las 17:00 p.m. horas, de Lunes a Sábado de cada semana, sin horas de comidas ni descanso.

2.2 Recorrido institucional

Junta de Conciliación y Arbitraje de la Ciudad de México

En el caso de la trabajadora del hogar, su demanda se registró en la Junta Especial Número Diecinueve de la Local de Conciliación y Arbitraje de la Ciudad de México, el veintiocho de abril de dos mil dieciséis; esta fue la encargada en primera instancia de conocer sobre las peticiones de la trabajadora del hogar, y la primera puerta para la reivindicación de sus derechos.

Las Juntas de Conciliación y Arbitraje nacen bajo el amparo del artículo 123 fracción XX de la Constitución Mexicana, y funcionan como un espacio de conciliación entre trabajadores y empleadores con el apoyo del Estado. Según su propio reglamento la Junta tiene

a su cargo la conciliación, tramitación y resolución de los conflictos laborales individuales o colectivos que se susciten entre las y los trabajadores, y las y los patrones, derivados de las relaciones individuales o colectivas de trabajo o de hechos íntimamente ligados con ellas.

El nueve de febrero de dos mil diecisiete, la Junta emitió el laudo en el caso de la trabajadora del hogar; esencialmente el laudo, reafirmaba lo establecido por la ley respecto a la voluntariedad del empleador en la inscripción de la trabajadora del hogar al seguro social, consideró acreditada la renuncia voluntaria de la trabajadora doméstica, y reconoció de forma parcial algunos de los reclamos como horas extras, prima vacacional y aguinaldos. *(Para conocer el contenido completo del laudo ir a Anexos Tabla 2)*

Tribunales Colegiados de Circuito

Inconforme con el laudo emitido por la Junta de Conciliación y Arbitraje, la trabajadora del hogar decidió recurrirlo a través del recurso de Amparo Directo. De acuerdo con el artículo 170 de la Ley de Amparo, el amparo directo procede contra sentencias definitivas, laudos y resoluciones que pongan fin al juicio, dictadas por tribunales judiciales, administrativos, agrarios o del trabajo, ya sea que la violación se cometa en ellos, como era el caso del laudo de la Junta en contra de la trabajadora del hogar. La autoridad responsable para conocer el cumplimiento de los requisitos del amparo son los Tribunales Colegiados de Circuito, debiendo resolver si admite la demanda, o la desecha por encontrar improcedente.

En el caso que nos ocupa, el Décimo Sexto Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo del Primer Circuito fue el encargado de tramitar el amparo directo, quien dictó sentencia el veinticinco de octubre de dos mil diecisiete, en la que consideró importante solicitar a la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), que ejerciera su facultad de atracción para conocer del juicio de amparo, pues se trataba de un caso cuya relevancia radicaba en la consideración del principio de igualdad y no discriminación respecto a las mujeres trabajadoras del hogar, por un precepto de la Ley de Seguridad Social que contravendría la Constitución.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN)

La SCJN ha desarrollado en los últimos años una notable actividad como Tribunal Constitucional y ha desarrollado nuevas narrativas de protección de derechos humanos en México. Lo anterior debe entenderse debido a nuevos contextos sociales, políticos y a las numerosas reformas constitucionales que han logrado establecer un nuevo modelo de tribunal constitucional, desde la reforma del 31 de diciembre de 1994, hasta la reforma de derechos humanos de 2011, que potenció la geografía de los derechos humanos de fuente nacional e internacional, con el bloque de constitucionalidad, así como el desarrollo del catálogo de herramientas de interpretación constitucional, como interpretación conforme, control de convencionalidad, entre otras.

En el caso de la trabajadora del hogar, la SCJN determinó el catorce de febrero de dos mil dieciocho, ejercer la facultad de atracción para conocer del amparo directo, y evaluar la posible discriminación que se planteaba en el caso de las trabajadoras del hogar frente a la ley de seguridad social y el acceso a este derecho humano.

3. POLÉMICA EN EL CASO DE LAS MUJERES TRABAJADORAS DEL HOGAR. EL PROYECTO DE AMPARO DESECHADO

Una importante discusión social se desarrolló respecto del amparo que resolvería el caso de la trabajadora del hogar, desde diversas organizaciones de la sociedad civil y las ins-

tituciones de derechos humanos esperaban un recurso que por fin eliminara la desigualdad y discriminación que llevaban evidenciando. Se buscaba pues, que los tribunales pudieran hacer un pronunciamiento que trazara criterios de justicia, y la posibilidad de impulsar cambios importantes en el acceso a los derechos.

La SCJN dio a conocer en octubre de 2018, un proyecto de sentencia que resolvería el caso. La redacción de este proyecto estuvo a cargo del ministro Alberto Pérez Dayán. El problema principal del proyecto es que no amparaba a la quejosa en su petición. Este proyecto establecía que: *“El trato asimétrico que otorga la ley respecto de los empleados domésticos y los demás trabajadores no constituye una distinción discriminatoria, ya que no se basa en especificidades y circunstancias atinentes a los atributos de la persona, sino en las de tipo de labor que realizan los empleados domésticos y que, por ende, requiere de una regulación diferenciada”*. El proyecto también planteaba; *“el hecho de que los empleados domésticos no se encuentren contemplados dentro del régimen obligatorio del Instituto Mexicano del Seguro Social, no vulnera, en sí y por sí mismo, el derecho humano a la seguridad social”*. (Pérez, 2018).

Una vez, que se hizo público que ese proyecto de sentencia no amparaba, ni protegía a la trabajadora del hogar, las reacciones en contra no se hicieron esperar, defensores de derechos humanos, académicos e instituciones defensoras de derechos humanos. Por ejemplo, la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal (CDHDF), emitió un comunicado donde expresaba su preocupación ante el proyecto pues no contribuía al avance de los derechos de las personas trabajadoras del hogar, y refrenda un trato desigual ante los derechos laborales⁷⁵. Académicos y defensores de derechos humanos hicieron llegar a la SCJN una carta que entre otras cosas se decía: *“Consideramos que la SCJN elude la situación de desventaja en la que objetivamente se encuentran este grupo de trabajadoras dada su condición socio-económica y la naturaleza irregular de la relación laboral producto de nuestras leyes federales. Con ello, legitima la permanencia de un orden jurídico que obstaculiza su acceso a una vida digna”*⁷⁶.

Las planas de medios de comunicación se llenaron de títulos como: “Acusan a la SCJN de discriminar a trabajadoras del hogar” y otros relacionados⁷⁷. Días después, la SCJN anunció que retiraba el proyecto en discusión⁷⁸. Las trabajadoras del hogar lograron el apoyo de la sociedad, y se convirtieron en un ejemplo de cómo la sociedad unida puede transformar las realidades e impulsar cambios.

4. EL TRABAJO DEL HOGAR Y LAS TRABAJADORAS DEL HOGAR EN MÉXICO.

Como se advierte en el estudio de la sentencia, el trabajo doméstico plantea una notable cuestión social. A continuación, se hará un breve estudio de la situación de las mujeres que desempeñan esta labor.

4.1 Las trabajadoras del hogar en México, ¿Cuántas y quiénes son?

Para la Organización Mundial del Trabajo, OIT (2011), un trabajador doméstico es

75 Para ver el comunicado completo consultar <https://cdhdf.org.mx/2018/10/la-cdhdf-alerta-que-el-proyecto-de-sentencia-de-la-scn-no-contribuye-al-avance-de-los-derechos-de-las-trabajadoras-del-hogar/>

76 La carta se puede consultar en <https://aristeguinoticias.com/1610/mexico/proyecto-de-scn-sobre-trabajadoras-del-hogar-es-discriminatorio-activistas/>

77 Acusan a la SCJN de discriminar a trabajadoras del hogar. <https://www.jornada.com.mx/2018/10/16/sociedad/036n1soc>. Proyecto de la Corte sobre trabajadoras del hogar es discriminatorio, alertan defensores y activistas <https://www.animalpolitico.com/2018/10/corte-trabajadoras-hogar-discriminacion/>.

78 Corte retira proyecto que ONG calificaron de discriminatorio contra trabajadoras del hogar. <https://www.animalpolitico.com/2018/10/corte-retira-proyecto-trabajadoras-hogar/>

toda persona que realiza trabajo doméstico dentro de una relación de empleo. Existe un mínimo de 52,6 millones de trabajadores domésticos en todo el mundo, sin embargo, se estima que esta cantidad pueda elevarse hasta los 100 millones debido al subregistro. Se estima que el trabajo doméstico representa el 1,7 por ciento del empleo mundial total, y 3,6 por ciento del empleo asalariado. En América Latina se estima que el 11,9 por ciento del empleo asalariado se encuentra en servicios domésticos.

Además, el 83 por ciento de todos los trabajadores domésticos a nivel mundial son mujeres. En América Latina y el Caribe, el trabajo doméstico remunerado representa más de un cuarto (26,6 por ciento) del empleo asalariado femenino, lo que representa la feminización del trabajo doméstico en el mundo. Así lo ha revelado la Comisión Económica Para América Latina y el Caribe (CEPAL 2017. p.75), en su informe Brechas, ejes y desafíos en el vínculo entre lo social y lo productivo, al explicar que el trabajo doméstico no remunerado es uno de los primeros eslabones de la larga cadena de desigualdad que separa a hombres y mujeres y uno de los factores importantes en la reproducción de las desigualdades en la sociedad.

En México 2.2 millones de personas se dedican al servicio doméstico remunerado, y se ubican en el sector informal del trabajo, además, nueve de cada diez son mujeres, Instituto Nacional de Estadísticas y Geografía (INEGI, 2018). Según la encuesta realizada por el Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación CONAPRED (2015), identifica el perfil de las mujeres trabajadoras del hogar con un promedio de edad de 35 años, la mayoría inicio a trabajar siendo menores de edad; más de la mitad no concluyeron su educación básica; casi la mitad de las trabajadoras labora más de 8 horas al día; el 96% carecen de contrato de trabajo y no cuentan con derechos laborales incluyendo la seguridad social; la mayoría de ellas han sido objeto de violencia verbal y física, por cómo se ven, por su origen y su lengua. (*Para más información del perfil completo de las trabajadoras del hogar en México ir a Anexos tabla 1*)

El perfil descrito por el CONAPRED identifica rasgos fundamentales relacionados con categorías sospechosas de discriminación, un primer elemento de este perfil es la edad, el 5% de las trabajadoras del hogar son niñas, lo que las coloca en un estado de mayor vulnerabilidad frente a distintos tipos de violencia, y entorpecen el derecho a la supervivencia y al pleno desarrollo, y se trata de explotación laboral de niñas.

La pobreza es otro rasgo destacable, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Comisión IDH, (2017), en su informe Pobreza y Derechos Humanos, al referirse sobre los impactos diferenciados de la pobreza en niños, niñas y adolescentes identificó que uno de los fenómenos preocupantes y que tiene todavía implantación y aceptación social es el trabajo doméstico de niñas, niños y adolescentes. Es además, un elemento que predispone a las mujeres a realizar este trabajo. Pobreza heredada de las mujeres de la familia, se trata de una transmisión intergeneracional de la pobreza de las mujeres. Como explica Irma Arriagada de CEPAL (2003), la pobreza vista desde la perspectiva de género plantea que las mujeres son pobres por razones de discriminación de género. (CEPAL,2016)

4.2 La regulación del trabajo del hogar en México

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

El año 2011, fue crucial para México con la entrada en vigor de la reforma constitucional en Derechos Humanos. La reforma refuerza el respeto, la promoción y garantía de los Derechos Humanos contenidos en la propia constitución y en aquellos tratados de los que México forma parte, estableciendo así un catálogo más extenso de derechos.

Este mismo artículo, prohíbe toda discriminación motivada por varias razones incluyendo el origen étnico, el género, la edad, la condición social, o cualquier otra que atente

contra la dignidad humana. Lo que resulta crucial para este trabajo, pues en el caso de las mujeres trabajadoras del hogar se presenta una interseccionalidad de identidades y patrones sociales comunes a las mujeres exponiéndolas a sufrir discriminación.

Por su parte, el artículo 5° Constitucional garantiza que a ninguna persona podrá impedirse que se dedique al trabajo que le acomode, y no poder ser obligado a prestar trabajos personales sin la justa remuneración. Además, el artículo 123 dispone los principios y derechos fundamentales en el trabajo, y señala: “Toda persona tiene derecho al trabajo digno y socialmente útil; El Congreso de la Unión deberá expedir leyes sobre el trabajo, las cuales regirán: A. Entre los obreros, empleados domésticos, artesanos ...”.

Ley Federal del Trabajo (LFT)⁷⁹

La Ley Federal del Trabajo LFT, reglamentó el artículo 123 constitucional, respecto a las relaciones entre trabajadores y empleadores. El artículo 2° guarda el término “trabajo digno o decente”, estableciendo características del trabajo, el respeto pleno a la dignidad humana del trabajador. No discriminación. Acceso a la seguridad social y percepción de un salario remunerador. El Artículo 18 establece que la interpretación de las normas del trabajo será la más favorable al trabajador; principio que en la doctrina laboral conocemos como *in dubio pro operario*.

Ahora bien, la LFT regula en su título Sexto, una categoría denominada “Trabajos Especiales”, y bajo esta categoría se incluye en el Capítulo XIII el título “Trabajadores Domésticos”, en los artículos 181, 331 al 343. Según la LFT, los trabajadores domésticos son los que prestan los servicios de aseo, asistencia y demás propios o inherentes al hogar de una persona o familia. Respecto al descanso aquellos que habiten el hogar deberán descansar 9 horas consecutivas nocturnas, y 3 horas diurnas. Sobre el salario deberá comprender los alimentos y la habitación y se estimarán equivalentes al 50% del salario. Sobre los días de descanso semanal será de día y medio ininterrumpido. En caso de enfermedad no crónica el empleador deberá sufragar los gastos. En caso de muerte deberá cubrir gastos de sepelio.

Ley del Seguro Social (LSS)

La Ley de Seguridad Social LSS, tiene como objetivos según su artículo 2, garantizar el derecho a la salud, la asistencia médica, la protección de los medios de subsistencia y los servicios sociales necesarios para el bienestar individual y colectivo, así como el otorgamiento de una pensión que serán garantizados por el Estado. La LSS provee dos regímenes de incorporación al seguro social, el obligatorio y el voluntario. Según el artículo 6 que enlista los trabajadores del régimen obligatorio no se incluyó a los trabajos domésticos; estos forman parte del régimen voluntario, y en caso de inscripción las cuotas obrero-patronales se cubrirán con base en el salario real integrado que incluye alimentos y hospedaje.

El reclamo de las mujeres trabajadoras del hogar por un trabajo digno. Antecedentes de la lucha por sus derechos

La lucha de las mujeres trabajadoras del hogar es la lucha por la igualdad y la no discriminación en el acceso y garantía de su derecho humano a la seguridad social, al trabajo y a una remuneración justa. En México, la discriminación es latente para ciertas personas afectándolos desproporcionadamente en el acceso a sus derechos, y el respeto de su dignidad.

La Encuesta Nacional sobre Discriminación ENADIS (2017), incluyó en sus cuestionarios, a las trabajadoras del hogar con el objetivo de conocer la prevalencia de la

discriminación, prejuicios e Identificar el reconocimiento y respeto a sus derechos, así como sus principales problemáticas. Los resultados fueron; respecto a la percepción sobre respeto a los derechos de las trabajadoras del hogar el 62% considera que sus derechos son pocos o nada respetados. Respecto a la negación de derechos el 39.1% declararon haber tenido al menos un incidente de negación de derechos en los últimos cinco años relacionados con atención médica o medicamentos, recibir apoyos de programas sociales, y atención en oficinas de gobierno. Respecto de sus principales problemáticas se identificó que son la falta de prestaciones laborales con un 48%, y las malas condiciones laborales con un 32%.

Sobre percepción de frases que exponen prejuicio, se mencionó "El trabajo de las empleadas domésticas es poco valorado por la mayoría de la gente", la reacción fue, el 91.8% estuvo de acuerdo. Se les unen las expresiones despectivas para hacer referencia a las trabajadoras del hogar como: "chacha", "gata", "muchacha", "doméstica", entre otros que son muestra del desprecio social. La encuesta confirma una idea desvalorizada del trabajo doméstico, idea que se materializa, a través, de la negativa de derechos laborales, y malas condiciones de trabajo.

Las mujeres trabajadoras del hogar iniciaron en el año 2015, una lucha para reivindicar sus derechos a través, de la formación de su *Sindicato Nacional de Trabajadores y Trabajadoras del Hogar*⁸⁰ (SINACTRAHO) y con el apoyo de organizaciones de la sociedad civil comprometidas con su lucha.

Una de las principales organizaciones de sociedad civil que han respaldado este movimiento es el *Centro de Apoyo y Capacitación para Empleadas del Hogar* (CACEH) que tiene como misión que el trabajo del hogar sea reconocido y la defensa de los derechos de las trabajadoras.

El Consejo Nacional para Prevenir y Sancionar la Discriminación en México CONAPRED, ha jugado un rol importante en la lucha por evidenciar la discriminación de las mujeres trabajadoras del hogar, y ha sido muy categórico al afirmar que las trabajadoras del hogar tienen un estatus que guarda algunos elementos de servidumbre y esclavitud históricamente superados, (2018). Afirmación que llama mucho la atención, y se equipara a la situación evidenciada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Corte IDH, (2016) en la sentencia del caso trabajadores de la hacienda Brasil verde vs. Brasil, en donde advirtió que la situación de miseria del obrero es lo que le lleva espontáneamente a aceptar las condiciones de trabajo ofrecidas. Otra institución, es la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal (CDHDF), quien ha denunciado la situación de las mujeres trabajadoras del hogar afirmando que se encuentran al margen de los derechos laborales. (2015). Además, ha llamado al Estado mexicano a ratificar el Convenio 189 de la Organización Internacional del Trabajo OIT, en el que se establecen y garantizan los derechos de las trabajadoras del hogar. (CDHDF, 2018).

El año 2018, el movimiento de las mujeres trabajadoras del hogar recibió un impulso en la lucha por visibilizar sus condiciones de trabajo. La película "ROMA" de Alfonso Cuarón narró la historia de una mujer indígena, Cleo, quien salió de su casa hacia la Ciudad para dedicarse al trabajo del hogar, debía encargarse además del hogar, del cuidado de los niños, de las mascotas, y atender las necesidades de la empleadora. Cleo, debe afrontar su embarazo trabajando hasta el momento que da a luz, y cuyas necesidades de atención son provistas por la empleadora.

La película comunicó una historia de los años 70', y reveló que 50 años después nada

80 Sindicato Nacional de Trabajadores y Trabajadoras del Hogar (SINACTRAHO) tiene como misión organizar a las trabajadoras del hogar en el conocimiento y defensa de sus derechos humanos laborales por un trabajo digno. Para más información se puede consultar su web en <https://sinactraho.org.mx/conocenos/>

ha cambiado. El origen indígena, la discriminación, los malos tratos, la violencia, el clasismo y el racismo todos males presentes. Aunado a esto, sin reconocimiento de derechos laborales que les permitan afrontar la enfermedad, embarazo, vejez y pobreza. La película "ROMA" se convirtió en la bandera cultural del movimiento que les abrió las puertas en diferentes espacios para alzar la voz, y exponer la agenda pendiente de las mujeres trabajadoras del hogar. El elenco de "ROMA"; y su Director, se unieron a una serie de eventos del SINACTRAHO. Muestras de la película seguidas por mesas de análisis de derechos de las trabajadoras del hogar y la discriminación tomaron espacio en los principales periódicos y medios del país. "ROMA" ganó como mejor película en los OSCAR 2019.

5. RESPUESTA JURISDICCIONAL A LAS TRABAJADORAS DEL HOGAR. EL AMPARO DIRECTO 9/2018

El 5 de diciembre del 2018, la SCJN informó la aprobación por parte de la Segunda Sala, del amparo directo 9/2018. A continuación, se analiza su contenido, instrumentos utilizados, estándares y principios aplicados, así como sus falencias.

5.1. Sobre la aplicación del principio *pro persona* en su especificidad de protección al trabajador.

El primer elemento por destacar, es que la SCJN reconoce a la solicitante como una mujer que necesita una protección especial, y en aras de garantizar esa protección, decide que deberá suplir las deficiencias que puedan contener los escritos; privilegiando la protección de la trabajadora al formalismo del recurso.

Además, planteó examinar el caso desde el principio *in dubio pro operario* como se conoce en la doctrina de derecho laboral, esta perspectiva corresponde a una especificidad del principio *pro persona*. Esta visión ha sido utilizada por la Corte IDH, en la Opinión Consultiva (2003), determinando que "en cuanto al alcance de los derechos laborales, la Corte aplique el principio *pro persona*, señalando que en caso de existir varios instrumentos que regulen la misma situación, ha de preferirse el instrumento interno o internacional que mejor proteja al trabajador" (Serie A No. 18, párrafo 155).

5.2 Discriminación en el acceso al derecho humano a la seguridad social

La trabajadora del hogar alegó que el laudo reclamado viola la cláusula de no discriminación por razón de género, profesión o desempeño laboral, al señalar que el patrón no está obligado a inscribir a los trabajadores domésticos ante el Seguro Social, y que discrimina por razón de género a las trabajadoras domésticas.

Argumentos de la SCJN y su relación con los estándares interamericanos respecto al principio de igualdad y no discriminación

Al analizar el contenido y alcance del derecho a la igualdad y protección ante la ley, y no discriminación, la SCJN utiliza los estándares interamericanos desarrollados por la Corte IDH respecto a las obligaciones de protección, diferencia de trato y distinciones que desarrollo en casos como Artavia Murillo y otros ("fecundación in vitro") vs. Costa Rica, respecto a la obligación de abstenerse de producir regulaciones discriminatorias o que tengan

efectos discriminatorios en los diferentes grupos de una población al momento de ejercer sus derechos.

La SCJN destaca el principio de igualdad garantizado en el artículo 24 de la CADH, tal como lo hizo la Corte IDH dijo en el Caso Yatama vs Nicaragua; la obligación de los Estados de respetar y garantizar sin discriminación los derechos en la CADH, consagra un derecho que también acarrea obligaciones al Estado de respetar y garantizar el principio de igualdad y no discriminación en la salvaguardia de otros derechos y en toda la legislación interna que apruebe. (Corte IDH. 2005). Esto incluye la posibilidad que la normativa interna discrimine en el acceso al derecho a la seguridad social de hecho o de derecho, como el caso de las trabajadoras del hogar en donde la normativa interna las excluyó del régimen de seguridad social de cualquier trabajador. La consecuencia directa del incumplimiento de este precepto traería consigo una violación al artículo 2 de la CADH al contravenir la Obligación General de adecuar el ordenamiento interno que limite y excluya el ejercicio y goce de los derechos, y al artículo 24 por excluir el goce efectivo del derecho.

A su vez, la SCJN trae a colación, el párrafo 1 del artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que determina que el Estado debe “tomar medidas efectivas y revisarlas para realizar plenamente el derecho de todas las personas, sin ningún tipo de discriminación, a la seguridad social”. Este parámetro ha sido desarrollado por la Corte IDH en el Caso Poblete Vilches y otros Vs. Chile (2018. Párr. 104), fijando obligaciones como: la adopción de medidas generales de manera progresiva, y, por otro lado, la adopción de medidas de carácter inmediato frente a los DESCA. Respecto de las primeras, la realización progresiva significa que los Estados parte tienen la obligación concreta y constante de avanzar lo más expedita y eficazmente posible hacia la plena efectividad de los DESCA. Asimismo, se impone, por tanto, la obligación de no regresividad frente a la realización de los derechos alcanzados. Respecto de las obligaciones de carácter inmediato, éstas consisten en adoptar medidas eficaces, a fin de garantizar el acceso sin discriminación a las prestaciones reconocidas para cada derecho.

Del mismo modo, el Juez Ferrer (2019) de la Corte IDH, ha recordado en su Voto Razonado de la Sentencia del Caso Muelle Flores Vs. Perú, que en las obligaciones de exigibilidad inmediata, los Estados deberán adoptar medidas eficaces a fin de garantizar el acceso sin discriminación a las prestaciones reconocidas para el derecho a la seguridad social, y garantizar la igualdad de derechos entre hombres y mujeres.

También la SCJN, estableció en el amparo 9/2018, que el derecho a la seguridad social es de importancia fundamental para garantizar a todas las personas su dignidad humana cuando hacen frente a circunstancias que les privan de su capacidad para ejercer plenamente los derechos económicos, sociales y culturales. La seguridad social, debido a su carácter redistributivo, desempeña un papel importante para reducir y mitigar la pobreza, prevenir la exclusión social y promover la inclusión social. Esta idea de la SCJN, ha sido reforzada por la Comisión IDH (2008, Párr. 83), al determinar que la protección que garantiza el derecho a la seguridad social se activa frente a una contingencia, la cual se produce como efecto que una persona, resulta desfavorablemente afectado, en su nivel de vida, ya sea como consecuencia de un aumento en el consumo, o una disminución o supresión de los ingresos. Visto de esta forma el derecho a la seguridad social resulta indispensable para asegurar un nivel de vida digno, por tanto, se constituye en una obligación de los Estados garantizar su cumplimiento.

La SCJN hace hincapié que, si bien existen varios tipos de modalidades o planes para garantizar la seguridad social, cualquiera que sea el sistema elegido, debe respetar los elementos esenciales del derecho a la seguridad social, es decir, toda modalidad escogida por el Estado debe ser eficiente para garantizar este derecho. Respecto a la eficiencia de las políticas de seguridad social, el artículo 45 de la Carta de la OEA, prevé que dentro de un orden social justo se debe desarrollar una política eficiente de seguridad social.

Debemos advertir que en el análisis de derechos que desarrolla la SCJN se queda corto respecto de la utilización de estándares interamericanos del derecho a la seguridad social. La SCJN ha perdido la oportunidad de adherirse al trabajo del SIDH sobre el desarrollo de los DESCAs garantizados en conexión con otros derechos. Así se defendió el derecho a la seguridad social en su variante de pensiones en el Caso Cinco Pensionistas vs Perú, en donde la Corte IDH estableció que las pensiones se incorporan al patrimonio de las personas, patrimonio que esta resguardado por el artículo 21 de la CADH sobre el derecho a la propiedad privada⁸¹.

Además ha perdido la oportunidad para desarrollar el contenido propio y autónomo del derecho humano a la seguridad social reconocido ampliamente en el SIDH a través de sus instrumentos, desde la Carta de la OEA, pasando por el Protocolo de San Salvador y terminando con la defensa de los DESCAs como derechos autónomos, tal cual ha sucedido en el Caso Lagos del Campo vs. Perú, pues se trata de la primera sentencia en la que se declara violado el artículo 26 de la CADH sobre el desarrollo progresivo de los DESCAs, en consecuencia, esta sentencia marca un antes y un después para la justiciabilidad directa de los DESCAs en el sistema interamericano.

En este sentido, la SCJN se quedó corta en el desarrollo de la autonomía del derecho a la seguridad social, pues en la sentencia se desarrolla en conexión con el derecho a la igualdad y no discriminación, el objetivo de esta sección fue evidenciar que la SCJN tenía estándares interamericanos suficientes para dar mayor contenido al derecho a la seguridad social y reivindicar su autonomía.

5.3 Las trabajadoras del hogar desde la perspectiva de género

El Amparo 9/2018, resaltó como relevante atender el caso desde la identificación del sujeto que reclama protección, en este caso, resaltó la importancia de identificar a las trabajadoras del hogar como sujeto de protección especial en virtud de diferentes circunstancias que son determinantes a la hora de acceder y ejercer sus derechos, y destacó la situación de vulnerabilidad por los problemas laborales y de seguridad social que afecta de manera preponderantemente a las mujeres, analizando entonces el caso desde una perspectiva de género.

La SCJN recordó que el Estado mexicano, según los datos del Instituto Nacional de Estadística y Geografía INEGI, en el dos mil ocho se estima que 2.3 millones de personas se dedican al trabajo del hogar y nueve de cada diez son mujeres. Lo cual lleva a reflexionar como una gran parte de la sociedad no considera al trabajo del hogar como una ocupación “real”, sino como parte de las actividades “normales” o “naturales” de las mujeres. Por ello, éste “es un sector particularmente invisible y estigmatizado”.

Además, la SCJN resaltó la afectación desproporcional que la distinción normativa reclamada produce en las mujeres, lo que, desde luego, involucra una posible discriminación interseccional que potencializa su vulnerabilidad. Este criterio de interseccionalidad ha sido utilizado por la Corte IDH en distintos casos frente a la discriminación múltiple que sufren las mujeres⁸². En el caso de la trabajadora del hogar, la interseccionalidad nos hace

81 El artículo 21 de la CADH protege el derecho de los cinco pensionistas a recibir una pensión de cesantía, se trata de un derecho adquirido, de conformidad con lo dispuesto en la normativa constitucional peruana, o sea, de un derecho que se ha incorporado al patrimonio de las personas. Corte IDH. Caso “Cinco Pensionistas” Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C No. 98, Párrafo 102

82 La Corte ha reconocido que ciertos grupos de mujeres padecen discriminación a lo largo de su vida con base en más de un factor combinado con su sexo, lo que aumenta su riesgo de sufrir actos de violencia y otras violaciones de sus derechos humanos. Corte IDH. Caso I.V. Vs. Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2016. Serie C No. 329, Párrafo 247 También se puede consultar Corte IDH. Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 01 de septiembre de 2015. Serie C No. 298, Párrafo 290.

evidenciar múltiples factores de discriminación, entre ellos: mujer, adulta mayor, y persona en situación de pobreza.

De tal forma que la diferenciación reclamada atañe a una de las prohibiciones específicas de discriminación contenidas en el artículo 1, si bien es cierto que la exclusión normativa de las trabajadoras domésticas fue formulada por el legislador en “términos neutrales”, lo cierto es que fácticamente conlleva a una asimetría jurídica que afecta preponderante y desproporcionalmente a uno de los grupos o categorías a que se refiere la cláusula de no discriminación contenida el precepto 1 constitucional: a saber, la discriminación motivada por “el género”.

Bajo esta idea la SCJN identifica discriminación indirecta de las mujeres trabajadoras del hogar en el precepto normativo. Esta discriminación indirecta en contra las mujeres ocurren cuando las leyes, las políticas y los programas se basan en criterios que aparentemente son neutros desde el punto de vista del género pero que, de hecho, repercuten negativamente en la mujer. Excluir a las trabajadoras del hogar del régimen obligatorio de la seguridad social ocasionó una afectación generalizada que resienten las mujeres.

Pese a que la Ley Federal de Trabajo, establece que dichas trabajadoras realizan un “trabajo especial”, por ese simple hecho no significa que puedan encontrarse privadas de una adecuada cobertura de seguridad social. La exclusión de las trabajadoras del hogar representó una vulneración del Estado mexicano al principio de accesibilidad del derecho humano a la seguridad social. De esta forma, la primera conclusión del amparo 9/2018, es que el Estado mexicano se encuentra obligado a asegurar que las trabajadoras domésticas gocen del derecho humano a la seguridad social, sin discriminación alguna; en tanto, el hecho de que las empleadas domésticas no se encuentren contempladas dentro del régimen obligatorio del Seguro Social no atiende a una diferenciación objetiva y razonable, desde la perspectiva constitucional.

5.4 Decisión del Amparo 9/2018

- Se procede a conceder el amparo solicitado
- Se declara la Inconstitucionalidad del artículo 13, fracción II, de la Ley de Seguridad Social
- Se considera indebida valoración de las pruebas aportadas al juicio laboral

6. LÍNEA DE TIEMPO DEL AMPARO 9/2018. UN ANÁLISIS DEL PLAZO RAZONABLE

A continuación, una línea de tiempo del caso:

El caso de la mujer trabajadora del hogar inició con la demanda ante la Junta Local de Conciliación y Arbitraje de la Ciudad de México el 28 de abril del 2016, a partir de ahí inició un recorrido que, hasta el momento de la resolución de la SCJN, transcurrieron un año, siete meses y siete días.

El plazo razonable como un elemento del debido proceso y del adecuado acceso a la justicia se encuentra resguardado en el artículo 8.1 y 24 de la CADH, la razonabilidad del plazo se debe apreciar en relación con la duración total del procedimiento, hasta lograr obtener una resolución firme. Sin embargo, la razonabilidad del plazo de un proceso depende de las circunstancias de cada caso.

La Jurisprudencia de la Corte IDH⁸³ de manera reiterada ha considerado cuatro aspectos para determinar en cada caso concreto: la complejidad del asunto; la conducta de las autoridades; la actividad procesal del interesado, y la afectación generada en la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso.

El recurso de amparo presentado buscaba evidenciar la discriminación y en consecuencia la violación Constitucional. La Corte IDH (2009), al referirse al recurso de amparo, ha dicho que es idóneo para proteger la situación jurídica infringida, por ser aplicable a los actos de autoridad que implican una amenaza, restricción o violación a los derechos protegidos.

En el caso que nos ocupa parece ser que la conducta de las autoridades estatales, quienes son los rectores del proceso, y, por ende, quienes tienen el deber de dirigir y encausar el procedimiento judicial o administrativo, como en el caso de la Junta de Conciliación, no sacrificó el debido proceso en pro del formalismo, pues en todo momento suplieron las deficiencias que podían tener los recursos. En cuanto a la complejidad del asunto se trató de un análisis de inconstitucionalidad de una norma lo que complicó el estudio a elementos fuera de la aplicación estricta de la ley. Respecto a los dos elementos relacionados con las partes y la afectación de la víctima, el procedimiento corrió debidamente tomando en cuenta que la parte demandada se opuso e interpuso varios recursos dentro de los procedimientos anteriores al conocimiento de la SCJN. Por estas razones, se podría explicar que el caso de justiciabilidad del derecho a la seguridad social a través del principio de igualdad y no discriminación fue de rápido avance para garantizar este derecho humano a las trabajadoras del hogar.

7. IMPACTO DEL AMPARO 9/2018 EN MÉXICO

7.1 Una sentencia estructural

El amparo directo 9/2018, es una sentencia estructural que aborda múltiples narrativas sobre el trabajo del hogar, e identifica un proceso de discriminación directa por parte de la ley del Seguro Social y abre un surco en la vieja interpretación sobre los derechos sociales en México; especialmente en lo relacionado al trato discriminatorio realizado por la ley laboral al trabajo del hogar, al otorgar a la incorporación del régimen de seguridad un carácter excepcional. Es pues, la excepcionalidad del trabajo del hogar y la necesidad de contar con una protección jurídica integral de las mujeres trabajadoras el *leit motif* de la sentencia. De tal forma, el fallo de la SCJN no tan solo da una solución a las peticiones de la quejosa, sino que plantea un importante diagnóstico sobre las condiciones laborales y de vida de las trabajadoras del hogar en México y el mundo, y señala un programa de política pública dirigida a los demás actores institucionales para buscar la dignidad en el ámbito del trabajo del hogar. El impacto de esta sentencia es notable. Por una parte, la creación de un Programa Piloto para la incorporación de las trabajadoras domésticas al Instituto Mexicano de Seguridad Social, hasta la inclusión de los derechos de las trabajadoras domésticas en la Reforma Constitucional Laboral del primero de mayo de 2019, hasta la publicación de la Reforma a la Ley del Seguro Social y de la Ley Federal del Trabajo, del dos de julio de 2019, donde se señala la obligatoriedad de la seguridad social al trabajo del hogar.

83 Algunas de estas sentencias son: Caso Luna López Vs. Honduras, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 10 de octubre de 2013. Serie C No. 269. Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros Vs. Honduras, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de octubre de 2015. Serie C No. 305. Caso Familia Barrios Vs. Venezuela, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2011. Serie C No. 237

Las herramientas de la SCJN en la sentencia son amplias. Desde los estándares de la igualdad y no discriminación, la perspectiva de género, hasta el análisis del derecho a la seguridad social en igualdad de condiciones, para abrir un importante debate sobre la discriminación indirecta que han sufrido las trabajadoras domésticas. Advierte pues, el Tribunal Constitucional que la inconstitucionalidad advertida genera un problema estructural, desde el punto de vista institucional que implica que las autoridades estatales cuya competencia se vincula con el otorgamiento de una cobertura adecuada, deban a su vez, emprender las medidas necesarias para modificar, estructuralmente, las normas y políticas públicas que atañen a la seguridad social, a fin de que el Estado mexicano pueda cumplimentar con los débitos relacionados con el pleno goce de tal derecho humano (Amparo directo 9/2018).

De la metodología y ponderación planteadas por la segunda sala de la SCJN, se advierte la importancia de la seguridad social como derecho humano y como parte esencial de los DESCAs. Sobre este particular señala la sentencia: El cabal cumplimiento de los derechos humanos, en especial, de los derechos económicos y sociales, representa una condición imprescindible para permitir que las personas altamente vulnerables, en marginación y en el estado de pobreza puedan acceder a condiciones de vida más dignas y evitar la degradación, exclusión, estigmatización y, frecuentemente, el olvido de tales grupos de la población; de ahí que es dable colegir que combatir la pobreza y la marginación social no sólo es un imperativo moral, sino también una obligación jurídica. (Amparo 9/2018, p. 389).

Precisamente, la consideración del derecho a la seguridad social en igualdad de condiciones lleva a una discusión fundamental en México y en América Latina, la pobreza como el resorte que empuja amplios procesos de desigualdad estructural y la forma en cómo la falta de recursos económicos está detrás de la falta del ejercicio de diversos derechos humanos. Y es en esta parte, en dónde se encuentra la riqueza de la sentencia estructural que se analiza. Desde el pronunciamiento de la SCJN se advierte un aspecto esencial en el respeto de los derechos de las trabajadoras domésticas. "Es por tanto que un débito ineludible para que el Estado pueda mitigar el estado de exclusión social y la pobreza que frecuentemente sufren las trabajadoras del hogar, empieza por generar los medios necesarios para brindar a ese grupo vulnerable una cobertura de seguridad social adecuada, accesible y suficiente", (Amparo 9/2018, p. 389).

A continuación, se realizarán diversas reflexiones concretas sobre el Amparo 9/2018 y su consideración como sentencia estructural, en donde se señalan propuestas concretas para la nueva regulación de las condiciones laborales de las trabajadoras domésticas y una efectiva reglamentación del derecho a la seguridad social del trabajo del hogar.

La sentencia plantea de forma evidente un proceso de discriminación indirecta y a partir de esto, se advierte un vicio de inconstitucionalidad y en relación a esto, se afirma que la "Corte Constitucional, al apreciar la existencia de normas discriminatorias que afectan la dignidad de un sector vulnerable, como lo son las trabajadoras del hogar, se encuentra obligado a emitir directrices que orienten a las autoridades estatales competentes, respecto a la necesidad y el deber que tienen de cumplimentar, de manera efectiva, con la protección y goce del derecho humano a la seguridad social" (Amparo 9/2018, p. 46). Las consideraciones sobre la discriminación se enfilan, desde la ponderación del artículo primero constitucional, para evidenciar las obligaciones del Estado mexicano para promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad (Art. 1, Constitución Mexicana). La conclusión de la SCJN plantea un importante lineamiento estructural: "Lo procedente es poner a conocimiento del Instituto Mexicano del Seguro Social, el problema de discriminación detectado respecto de la exclusión inconstitucional de las trabajadoras domésticas del régimen obligatorio de Seguro Social. (Amparo 9/2018).

La metodología de la sentencia plantea un estudio riguroso sobre el derecho a la seguridad social y su vinculación con el principio de no discriminación. A partir de las con-

sideraciones realizadas en las primeras secciones, el Tribunal Constitucional señala diversos criterios “para guiar la instrumentación de la política pública que deba emprenderse para solventar el referido problema de seguridad social” (Amparo 9/2018, p. 48) y se señala la necesidad de implementar un programa piloto que asegure un efectivo “régimen especial de seguridad social para las trabajadoras del hogar” (Amparo 9/2018, p. 48), bajo los siguientes aspectos:

- Se debe asegurar condiciones similares a las demás trabajadoras, y en donde se aseguren los riesgos de trabajo, enfermedades, maternidad, invalidez y vida, así como retiro, cesantía en edad avanzada y vejez.
- Debe considerar las características particulares del trabajo doméstico, como la dificultad de identificar el número de horas trabajadas; el hecho de que algunas trabajadoras viven en el lugar de trabajo, entre otras.
- Debe ser de fácil implementación para los empleadores y de esta manera, se evite la falta de cumplimiento.
- Debe establecer la obligatoriedad de la inscripción
- El sistema de seguridad social para las trabajadoras domésticas debe ser viable financieramente.
- Debe establecer condiciones administrativas efectivas, para que los patrones puedan acatar las obligaciones fiscales.

7.2 Las consecuencias del fallo en el sistema institucional

Después de la publicación de la sentencia, la discusión social y política sobre el trabajo doméstico ha sido rica en el ámbito de las políticas públicas y diversas propuestas de cambios legislativos en México. Una cuestión de contexto que debe mencionarse en el análisis de la sentencia estructural, es la nueva política social que se ha ido articulando en el sistema político mexicano, con la llegada a la presidencia en 2018 del candidato de izquierda Andrés Manuel López Obrador. Lo anterior, ha generado diversos debates sociales que han buscado la implementación de políticas públicas sectoriales en el ámbito de grupos sociales en estado de vulnerabilidad.

Dicho lo anterior y que resulta importante en el estudio del contexto político y social, después de la emisión de la sentencia el Director General del Instituto Mexicano del Seguro Social, Germán Martínez Cázares, y múltiples actores sociales lograron establecer diversas propuestas que se cristalizaron en el Programa piloto, bajo la denominación de las Reglas de carácter general de la Prueba Piloto para la incorporación de las personas trabajadoras del hogar⁸⁴.

Dichas reglas son “de carácter general y tienen por objeto establecer facilidades administrativas para contribuir a garantizar a los trabajadores domésticos el derecho a la salud y a seguridad social, en una primera fase, mediante la regulación de una prueba piloto para establecer un régimen especial opcional de seguridad social que ampare los seguros del Régimen Obligatorio del Seguro Social”. En las reglas mencionadas se establece una ruta de acción para la inclusión de trabajadoras domésticas al régimen de seguridad social.

Finalmente, el primero de mayo de 2019 se publicó en el Diario Oficial de la Federación, una serie de reformas legales donde se establecen nuevos principios para las condi-

ciones de trabajo de las trabajadoras domésticas. Entre los aspectos más sobresalientes, se otorgan derechos básicos para las trabajadoras, como tiempo de trabajo, descanso, vacaciones, salarios mínimos, la protección de maternidad, incluyendo, además de la prestación del Seguro Social⁸⁵.

Con la aprobación de la reforma el Instituto Mexicano de Seguridad Social IMSS, informó que desde el inicio del Programa Piloto para la Incorporación de Personas Trabajadoras del Hogar, aproximadamente mes y medio antes de la reforma, se habían recibido 3 mil 629 solicitudes de afiliación de trabajadoras del hogar en todo el país. Además, explicó que con esta reforma las trabajadoras del hogar podrían hacer uso del servicio médico y de las prestaciones sociales, y también, promedió el salario de cotización para las personas trabajadoras del hogar inscritas y será de 4 mil 842.93 pesos, unos 252 dólares estadounidenses, lo que ayuda a estandarizar los salarios de las trabajadoras del hogar y ayuda a eliminar la discrecionalidad de los salarios en manos de los empleadores.

Finalmente, el 2 de julio de 2019, se publicó en el Diario Oficial de la Federación la más importante reforma a la legislación laboral y social respecto al trabajo del hogar⁸⁶. En la Ley Federal del Trabajo se señala la obligatoriedad del régimen de protección de seguridad social al trabajo del hogar:

“Artículo 334 Bis.- Las personas trabajadoras del hogar contarán con las siguientes prestaciones conforme a las disposiciones de la presente Ley y estarán comprendidas en el régimen obligatorio del seguro social:

- a. Vacaciones;*
- b. Prima vacacional;*
- c. Pago de días de descanso;*
- d. Acceso obligatorio a la seguridad social;*
- e. Aguinaldo; y*
- f. Cualquier otra prestación que se pudieren pactar entre las partes”.*

Por otra parte, las modificaciones a la Ley de Seguridad Social consagraron la obligación al patrón del aseguramiento obligatorio:

“Artículo 12. Son sujetos de aseguramiento del régimen obligatorio:

- I. ...*
- II. Los socios de sociedades cooperativas;*
- III. Las personas que determine el Ejecutivo Federal a través del Decreto respectivo, bajo los términos y condiciones que señala esta Ley y los reglamentos correspondientes, y*
- IV. Las personas trabajadoras del hogar” (Énfasis de autores).*

Es pues, que el Amparo 9/2018 logró establecer una ruta de política pública sobre el trabajo del hogar en México, y especialmente se logró enfrentar la excepcionalidad del trabajo del hogar, y establecer el régimen obligatorio de protección de seguridad social a las personas trabajadoras del hogar. El Decreto de la Ley del Trabajo y de la de Seguridad Social, apenas citado, señala en el segundo transitorio la importancia del fallo de la Corte Constitucional tomado en cuenta por el legislativo:

85 Las reformas fueron publicadas en el Diario Oficial de la Federación el 1 de mayo de 2019 y están disponibles en https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5559130&fecha=01/05/2019

86 Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley Federal del Trabajo y de la Ley del Seguro Social, en materia de las personas trabajadoras del hogar”, disponible en: https://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5564651&fecha=02/07/2019

“Segundo. En cumplimiento con la resolución del Amparo Directo 9/2018 (Relacionado con el Amparo Directo 8/2018), emitido por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, y derivado de los resultados que arroje la evaluación del denominado Programa Piloto que ha implementado el Instituto Mexicano de Seguridad Social desde el 1 de abril de 2019, en términos de la obligación impuesta por el máximo Tribunal Constitucional al referido Instituto”⁸⁷.

8. CONCLUSIONES

Las reflexiones finales de este ensayo sobre el estudio del Amparo 9/2018 tienen dos grandes ejes, en el ámbito de los derechos sociales y de las luchas de la dignidad de las trabajadoras del hogar en México y la región latinoamericana.

8.1 México

Un país con una amplia complejidad social y modelos legales abultados, así como con una tradición humanista y de derechos sociales evidente desde su Constitución de 1917, no había dado un régimen legal efectivo para los principales derechos de las mujeres que desempeñan trabajo del hogar. Las razones habían sido legales y apegadas a un criterio de especificidad del trabajo del hogar, trabajo especial, y la Ley Federal del Trabajo y las Juntas de Conciliación y Arbitraje, tribunales administrativos, habían consolidado un proceso de discriminación indirecta. El modelo sugería pues, una ideal paridad de condiciones entre trabajadoras y empleadores, para de esta forma, darles a éstos la opción de llevar a cabo la inscripción en el seguro social. Según esta visión, la norma laboral era totalmente neutra e igualitaria para las partes. Las consecuencias de esta perspectiva fue la consolidación de procesos de discriminación indirecta evidente y de falta de respeto de derechos sociales mínimos como derecho a seguridad social y salario justo.

La sentencia de la SCJN dirime el conflicto desde el principio de la igualdad efectiva y evidencia el derecho social en igualdad de condiciones ponderando el principio de discriminación indirecta. De tal suerte, la SCJN establece un marco metodológico donde se advierten procesos históricos de desigualdad de las mujeres que realizan trabajo doméstico y sitúa el análisis con una interrogante: *“¿Si el hecho de que los patrones no tengan la obligación jurídica de inscribir a los trabajadores domésticos ante el Instituto Mexicano del Seguro Social, constituye un trato discriminatorio proscrito por el artículo 1 constitucional, así como una violación al derecho humano a la seguridad social?”*.

El enfoque planteado por el Tribunal Constitucional pondera diversos principios y estándares del sistema internacional de derechos humanos, identificando las características del principio de igualdad en el trabajo doméstico, y discutiendo sobre el contenido del derecho a la seguridad social, ponderando la Observación General Número 19 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU. Asimismo, se advierte el contexto social de las trabajadoras domésticas en América Latina, utilizando el importante acervo desarrollado por la Organización Internacional del Trabajo. Finalmente se advierte el carácter estructural de la sentencia, al señalar diversas políticas públicas efectivas que vendrían a establecer un régimen de justicia laboral para el trabajo del hogar. Esencialmente se plan-

87 Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley Federal del Trabajo y de la Ley del Seguro Social, en materia de las personas trabajadoras del hogar”, op. cit., p. 4.

teó la necesidad de establecer la obligatoriedad del régimen de seguridad social para las trabajadoras del hogar. De lo anterior, se plantea una ruta que se ha cumplido. Primero, se creó un Programa Piloto del Instituto Mexicano del Seguro Social, a principio de 2019, para inscribir a las trabajadoras del hogar, y después el reconocimiento de los derechos laborales establecidos en la Reforma Constitucional Laboral del 1 de mayo de 2019, para culminar con el reconocimiento del régimen obligatorio de los derechos de seguridad social para las personas trabajadoras del hogar reconocidos en la Ley Federal del Trabajo y la Ley del Seguro Social, en el decreto del 2 de julio de 2019. Es pues, que la SCJN de México logró dar justicia a una profunda historia de desigualdad y logró movilizar la maquinaria institucional para reconocer los derechos de las trabajadoras del hogar.

8.2 La cuestión social del trabajo doméstico en América Latina

La historia de la discriminación en la región latinoamericana ha tenido una profunda complicidad en los modelos legales de la región. De acuerdo a la información disponible, se advierte que “las trabajadoras del hogar, representan 1.7% del total del empleo mundial, pero en regiones como Latinoamérica y el Caribe esta cifra asciende a 7.6% de la población trabajadora remunerada” (Cebollada, 2017. 21). El trabajo del hogar se ha presentado como uno de los más evidentes casos de vulneración de las garantías mínimas y de discriminación de los sistemas institucionales. En la Encuesta Nacional sobre Discriminación en México (ENADIS) publicada en 2018 se advierten la dureza en el acceso a derechos básicos de las trabajadoras del hogar y los estereotipos presentes en el trabajo del hogar; de acuerdo a la ENADIS, 91, 8% de las personas consultada, consideran que el “trabajo de las empleadas domésticas es poco valorado” (CONAPRED, 2018. 18). Es pues, que el itinerario del Amparo 9/2018 sobre trabajo del hogar puede presentar una propuesta a los demás países de América Latina para dar justicia y dignidad a los millones de vidas de las mujeres que desempeñan esta labor y que requieren condiciones laborales mínimas de dignidad.

Las reflexiones que se han desarrollado en este trabajo han puesto en el centro del debate, las trabajadoras del hogar y sus condiciones de vida sujetas por la pobreza y falta de oportunidades efectivas, y la necesidad de que los actores sociales e institucionales participen en las respuestas a los entuertos que provoca el trabajo del hogar. La falta de educación de las trabajadoras domésticas provoca que no conozcan sus derechos y que sean presa fácil de engaños y/o amenazas por parte de sus empleadores.

El amparo 9/2018 tuvo la fortuna de llegar en un momento histórico en México, donde las trabajadoras domésticas pudieron levantar la voz, en donde inimaginables narrativas sociales y artísticas hicieron reverberar los reclamos. Organizaciones de la sociedad civil, estudiantes, artistas, directores de cine, y sobre todo, ellas, muchas trabajadoras domésticas que denunciaron valientemente con la esperanza de un futuro mejor y sobre todo, un futuro digno para ellas y los suyos.

BIBLIOGRAFÍA

- Arriagada Irma, (2003). Dimensiones de la pobreza y políticas desde una perspectiva de género. Texto presentado en la Reunión de Expertos sobre Género y Pobreza, organizada por la Unidad Mujer y Desarrollo de CEPAL y la OIT, CEPAL, Santiago, 12 y 13 de agosto 2003. Disponible en https://www.cepal.org/mujer/reuniones/pobreza/sra_arriagada.pdf
- Cebollada Gay, Marta, (2017). Hacer visible lo invisible (Formalización del trabajo del hogar remunerado en México: una propuesta de política pública), CONAPRED.
- Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal CDHDF. (2015). Personas trabajadoras del hogar, al margen de los derechos laborales. Boletín 174/2015. Disponible en <https://cdhdf.org.mx/2015/07/personas-trabajadoras-del-hogar-al-margen-de-los-derechos-laborales/>
- (2018). La ratificación del Convenio 189 de la OIT, garantizará dignificación de las trabajadoras del hogar. Boletín 45/2018. Disponible en <https://cdhdf.org.mx/2018/03/la-ratificacion-del-convenio-189-de-la-oit-garantizara-dignificacion-de-las-trabajadoras-del-hogar/>
- Comisión Económica para América Latina y el Caribe CEPAL (2016) Panorama Social de América Latina 2015. Disponible en https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/39965/S1600175_es.pdf
- (2017) Brechas, ejes y desafíos en el vínculo entre lo social y lo productivo. Segunda Reunión de la Conferencia Regional sobre Desarrollo Social de América Latina y el Caribe Montevideo, 25 a 27 de octubre de 2017. Disponible en https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/42209/S1700769_es.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2007) El Acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales: estudio de los estándares fijados por el sistema interamericano de derechos humanos. Disponible en <http://www.cidh.org/pdf%20files/ACCESO%20A%20LA%20JUSTICIA%20DESC.pdf>
- (2008) Lineamientos para la elaboración de indicadores de progreso en materia de derechos económicos, sociales y culturales. Disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/docs/pdfs/Lineamientos.pdf>
- (2017). Informe sobre pobreza y derechos humanos en las Américas. Disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/PobrezaDDHH2017.pdf>
- Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación CONAPRED, (2015). “El trabajo doméstico. Análisis y estudios cuantitativos sobre las condiciones laborales de las trabajadoras domésticas”. Disponible en https://www.conapred.org.mx/userfiles/files/TH_completo_FINAL_INACCCSS.pdf
- (2018) Ficha temática. Trabajadoras del hogar. Disponible en <https://www.conapred.org.mx/userfiles/files/Ficha%20TH%281%29.pdf>
- (2018) Encuesta Nacional sobre Discriminación (ENADIS) 2017, 6 de agosto de 2018. Disponible en: https://www.inegi.org.mx/contenidos/saladeprensa/boletines/2018/EstSociodemo/ENADIS2017_08.pdf
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 5 de febrero de 1917. Última reforma publicada DOF 15-05-2019. Disponible en http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_150519.pdf
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2003). Opinión Consultiva Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, OC-18/2003. Serie A No. 18.
- (2005) Caso Yatama Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 127
- (2009) Caso Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 211
- (2014) Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 279
- (2016). Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 318.
- (2018) Caso Cuscul Pivalar y otros Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 359.
- (2018) Caso Poblete Vilches y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 349.
- (2019) Caso Muelle Flores Vs. Perú. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)
- Ferrer Mac-Gregor Poisot, Eduardo. (2019). Voto Razonado del Caso Muelle Flores Vs. Perú. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

- Instituto Nacional de Estadística y Geografía INEGI (2017). Encuesta Nacional sobre Discriminación (ENADIS) 2017. Disponible en <https://www.inegi.org.mx/programas/enadis/2017/> (2018). Resultados de la encuesta nacional de ocupación y empleo. Cifras durante el segundo trimestre de 2018. Disponible en https://www.inegi.org.mx/contenidos/saladeprensa/boletines/2018/enoe_ie/enoe_ie2018_08.pdf
- Ley de Amparo, Reglamentaria de los artículos 103 Y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Ley publicada en el Diario Oficial de la Federación el 2 de abril de 2013. Última reforma publicada DOF 15-06-2018. Disponible en http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LAmp_150618.pdf
- Ley Federal del Trabajo. Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 1º de abril de 1970. Última reforma publicada DOF 01-05-2019. Disponible en http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/125_010519.pdf
- Ley del Seguro Social. Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 21 de diciembre de 1995. Última reforma publicada DOF 01-05-2019. Disponible en http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/92_010519.pdf
- López Serrano, Erick, (2016). "La reforma a la justicia laboral: lo bueno, lo malo y lo feo", en NEXOS (El juego de la Suprema Corte). México.
- Organización Mundial del Trabajo, OIT. 2011. Trabajo doméstico. Nota de información 4. Trabajadores domésticos: estimaciones a nivel mundial y regional. Disponible en https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---travail/documents/publication/wcms_159562.pdf
- Pérez Dayán Alberto (2018). Proyecto de Sentencia del amparo directo 9/2018 (Relacionado con el amparo directo 8/2018). Disponible en: https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/listas/documento_dos/2018-09/A.D.%209-2018%20%20.pdf
- Sexto tribunal colegiado en materia de trabajo del primer circuito. (2009). Trabajadores domésticos. No existe obligación del patrón de inscribirlos al instituto mexicano del seguro social ni al sistema de ahorro para el retiro. Disponible en <http://sjf.scjn.gob.mx/SJFSist/Documentos/Tesis/166/166537.pdf>
- Tribunal colegiado en materia de trabajo del segundo circuito. (2008). Trabajadores domésticos. La junta de conciliación y arbitraje se encuentra impedida para condenar al patrón a inscribirlos al instituto mexicano del seguro social retroactivamente, porque sólo pueden ser sujetos de aseguramiento voluntariamente. Disponible en <http://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Documentos/Tesis/169/169024.pdf>
- Tesis de jurisprudencia 3/2011. Aprobada por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. 2012. Trabajadores domésticos denominados "de entrada por salida". Procedencia del pago de tiempo extraordinario. Disponible en <https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/paginas/DetalleGeneralV2.aspx?id=2000172&Clase=DetalleTesisBL#>

ANEXO

Tabla 1
EL PERFIL DE LAS MUJERES TRABAJADORAS DEL HOGAR EN MÉXICO

<p>Edad y origen</p> <p>Promedio de 35 años</p> <p>33% de las trabajadoras tienen entre 12 y 25 años</p> <p>5% tiene entre 12 y 17 años</p> <p>23% de las trabajadoras son indígenas</p>
<p>Inicio de Vida Laboral</p> <p>36% inició siendo menor de edad y 21% no tenía edad legal para trabajar⁸⁸</p>
<p>Razones para trabajar en actividades del hogar</p> <p>81% por razones de necesidad económica y factores de pobreza</p> <p>43% heredaron esta actividad de sus madres, hermanas, hijas y otros familiares</p> <p>62% tiene dependientes económicos (al menos 2)</p>
<p>Escolaridad</p> <p>55% de las trabajadoras no ha concluido la educación básica</p> <p>92% no continúa sus estudios</p> <p>84% de los empleadores no les brindan las facilidades para continuar estudiando</p>
<p>Protección Legal</p> <p>96% de las trabajadoras han sido contratadas “de palabra” (carecen de contrato formal)</p> <p>Los acuerdos contemplan sueldo, horario y días de descanso.</p> <p>No contemplan derechos esenciales como el goce de vacaciones y el servicio médico</p>
<p>Jornada de Trabajo</p> <p>46% labora más de las 8 horas</p> <p>16% trabaja 12 horas o más</p> <p>Las trabajadoras de planta laboran 10.7 horas</p> <p>64% de las trabajadoras de planta realizan actividades laborales fuera de su horario de trabajo.</p> <p>30% de las trabajadoras no tiene descanso</p>
<p>Salario y beneficios</p> <p>Las trabajadoras de planta ganan en promedio \$1,128.20 por semana</p> <p>Las trabajadoras de entrada por salida en una sola casa ganan en promedio \$1,075.38 por semana</p> <p>30% de las trabajadoras de planta reciben un monto inferior a \$1,000 pesos por este concepto.</p> <p>66% no reciben vacaciones con goce de sueldo</p> <p>77% no recibe prima vacacional</p>
<p>Violencia y discriminación</p> <p>14% ha recibido maltrato verbal (gritos, groserías, humillaciones)</p> <p>11% ha recibido desprecio por dedicarse al trabajo doméstico</p> <p>10% ha recibido desprecio por su apariencia</p> <p>8% ha recibido desprecio por ser mujer</p> <p>7% ha recibido maltrato físico (con golpes)</p> <p>33% ha recibido desprecio por origen indígena</p> <p>25% le han prohibido hablar una lengua indígena</p>

88 Según la Ley Federal del Trabajo en su artículo 22, La edad legal para trabajar es de 16 años con el consentimiento de los padres, los menores de 15 años tienen prohibido el trabajo. Se puede consultar en http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/lft/LFT_ref27_12jun15.pdf

Tabla 2
CONTENIDO COMPLETO DEL LAUDO DE LA JUNTA DE CONCILIACIÓN Y
ARBITRAJE DE LA CIUDAD DE MÉXICO RECURRIDO DE AMPARO DIRECTO

	<p>Contenidos del Laudo</p>
	<p>Es obligación del patrón proporcionar a los trabajadores domésticos, en caso de enfermedad que no sea de trabajo y no sea crónica, asistencia médica lo que descarta que la parte patronal esté obligada a efectuar la inscripción al Instituto Mexicano del Seguro Social</p>
	<p>Consideró acreditada la renuncia voluntaria de la trabajadora doméstica</p>
	<p>Consideró que el patrón no está obligado a pagar la aportación al Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores.</p>
	<p>Absolvió a las demandadas del pago de la indemnización constitucional y salarios caídos.</p>
	<p>Condenó al pago de pago de vacaciones, prima vacacional y aguinaldo, pero solo respecto al año anterior a la demanda.</p>
	<p>Absolvió a los Institutos Mexicano del Seguro Social y del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores, del pago y cumplimiento de todas las prestaciones reclamadas.</p>
	<p>Condenó al pago de horas extras, porque la trabajadora laboraba 54 horas semanales, 6 horas extras más de la jornada legal a partir del 28 de abril de 2015 y hasta abril de 2016.</p>

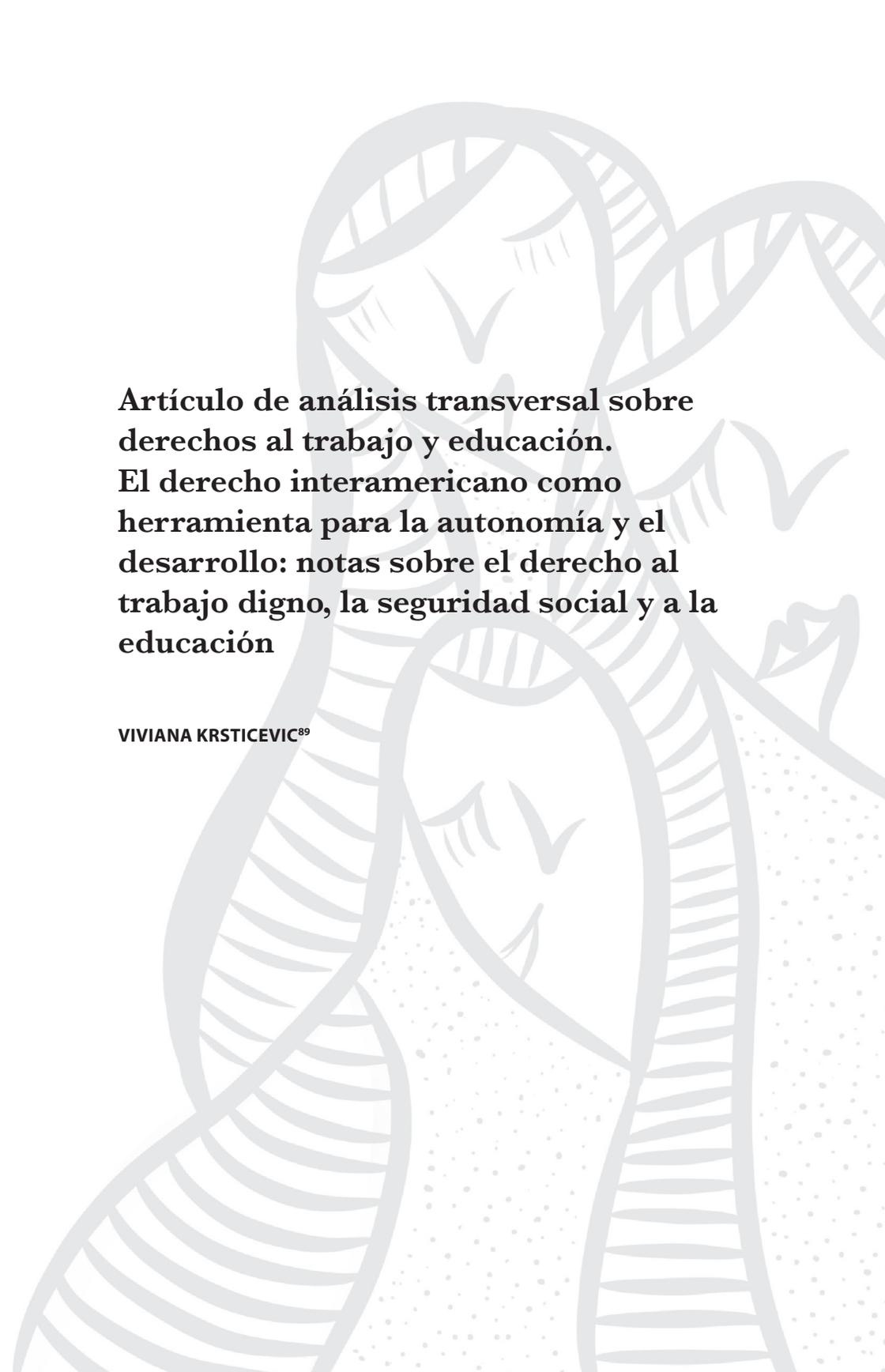
Tabla 3
RÉGIMEN LABORAL Y DE SEGURIDAD SOCIAL
DE LAS TRABAJADORAS DEL HOGAR

Régimen de Seguridad Social para los Trabajadores Domésticos según la Ley del Seguro Social

Trabajadores Domésticos		
Art. 13. II. Su inscripción al seguro social es dentro del régimen voluntario.	Las cuotas obrero-patronales se cubrirán con base en el salario real integrado. Art. 227. II.	La incorporación voluntaria termina cuando se termine la relación laboral. Art. 231. II.

Régimen de los Trabajadores Domésticos según la Ley Federal del Trabajo

Trabajadores Domésticos				
Son los que prestan los servicios de aseo, asistencia y demás propios o inherentes al hogar de una persona o familia. Art. 331.	Los trabajadores domésticos que habitan en el hogar descansarán 9 horas consecutivas nocturnas. Y 3 horas diurnas. Art. 333.	La retribución comprende los alimentos y la habitación. Y se estimarán equivalentes al 50% del salario. Art. 334.	Tienen derecho a un descanso semanal de día y medio ininterrumpido. Art. 336.	En caso de enfermedad no crónica, el empleador deberá sufragar los gastos. En caso de muerte deberá cubrir gastos de sepelio. Art. 338 y 339.

A stylized, light gray illustration of a woman's face with her eyes closed, set against a background of a DNA double helix. The woman's hair is styled in a bun. The DNA helix is composed of two strands with horizontal rungs, and the background is filled with small dots.

**Artículo de análisis transversal sobre
derechos al trabajo y educación.
El derecho interamericano como
herramienta para la autonomía y el
desarrollo: notas sobre el derecho al
trabajo digno, la seguridad social y a la
educación**

VIVIANA KRSTICEVIC⁸⁹

1. INTRODUCCIÓN

Este volumen recoge una serie de estudios relacionados con la garantía judicial de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (en adelante, derechos sociales o DESCAs) en varios países de América Latina que fueron realizados con el objetivo de contribuir al debate sobre el papel de la justicia en su goce efectivo. La pregunta central y que articula el libro es: “¿En qué medida han contribuido los sistemas judiciales a asegurar que los beneficios de la proclamación de los DESCAs alcancen a toda la población de los respectivos países, garantizando su plena exigibilidad y justiciabilidad?” (CEJA, 2019).

Vale aclarar que los estudios de caso no pretenden abarcar el estado de situación de cada uno de los derechos abordados en el país donde se desarrolla el reclamo judicial, más bien buscan proveer un análisis en profundidad de una controversia o conjunto de controversias relativas a un derecho social en la jurisdicción local. En efecto, los estudios no se limitan al examen de los procesos judiciales ni al alcance de cada uno de los derechos en la jurisprudencia local sino que adoptan un análisis más amplio que incluye consideraciones sociales, políticas e institucionales relevantes para la garantía de los DESCAs.

A su vez, este capítulo se enfoca en un análisis transversal de los estudios de caso específicamente relacionados con los derechos al trabajo, la seguridad social y la educación⁹⁰. Aquí se rescatan elementos útiles para el debate sobre la manera en la que los procesos judiciales contribuyen a garantizar los DESCAs que se derivan de los estudios y conversaciones con los/as investigadores/as, juristas y expertos/as en el curso de la elaboración de este volumen. Adicionalmente, las reflexiones compartidas se enmarcan en discusiones más amplias sobre el papel de la judicatura en las transformaciones sociales, las dinámicas y factores que influyen en el cumplimiento e impacto de las órdenes del Poder Judicial y el papel e impacto de los órganos internacionales de protección de los derechos humanos en la determinación de los DESCAs, entre otros. Teniendo en cuenta el amplio alcance del tema es necesario subrayar que este capítulo destaca algunos de los debates de relevancia, pero de ninguna manera pretende agotarlos.

Los derechos al trabajo, a la seguridad social y a la educación tienen un papel clave en el desarrollo de la autonomía individual y fortalecen la garantía de otros derechos fundamentales. El trabajo provee un espacio para la participación social activa y provee los recursos económicos que son claves para determinar la calidad de vida de una parte significativa de la población. La seguridad social permite el acceso a recursos fundamentales para el desarrollo de una vida digna. La educación permite el desarrollo individual, y además, es concebida como un derecho “llave” o habilitante, por ejemplo en relación al acceso al trabajo, repercutiendo en el desenvolvimiento de los planes de vida de cada persona. En este sentido, el Comité DESC (1999) ha resaltado: “el derecho a la educación es el epítome de la indivisibilidad y la interdependencia de todos los derechos humanos, y que la educación es un derecho humano intrínseco y un medio indispensable de realizar otros derechos humanos” (párr.1). En efecto, la educación tiene un impacto determinante en el acceso al trabajo con importantes consecuencias para el desarrollo del plan de vida así como de las capacidades del mercado de trabajo. El aporte del trabajo, la seguridad social y la educación

90

Véase en este mismo ejemplar: Gutiérrez A., *Transiciones en el acceso al trabajo digno de personas privadas de libertad en Argentina: los alcances y limitaciones del fallo “Képych, Yuri Tiberiyevich y otros s/ habeas corpus”*; Silva Maillart, A., *O direito ao trabalho e às condições justas, equitativas e satisfatórias de emprego: o contrato intermitente previsto pela Reforma Trabalhista brasileira e seus impactos sociais e econômico*; Martins Marinho, C., *La trayectoria del proceso estructural del derecho a la educación de niños en São Paulo/Br*; Castellón de Feusier, J. C., y Feusier Ayala, O. E., *El acceso a la justicia en el trabajo doméstico remunerado. Análisis de caso*; Martínez, M.C. y Hernández Juárez, T., *La justiciabilidad del derecho humano a la seguridad social en México: El fallo de la Suprema Corte de Justicia de la Nación sobre las mujeres trabajadoras del hogar*, Amparo 9/2018.

implica que su reconocimiento y exigibilidad como derechos sean de especial relevancia para superar la enorme desigualdad y pobreza en América Latina.

Es importante notar que los derechos al trabajo, la seguridad social, la educación, la justicia, así como las garantías de igualdad y no discriminación, entre otros, cuentan con un reconocimiento en el derecho internacional de los derechos humanos (en adelante DIDH) y en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (en adelante SIDH)⁹¹. Los marcos normativos nacionales e internacionales reconocen las obligaciones de los Estados y otros a garantizar estos derechos. Ciertamente, los marcos internacionales de protección –del DIDH, del derecho laboral, del derecho de refugiados, entre otros– proveen garantías complementarias a las nacionales que pueden propiciar su efectividad.

Adicionalmente, los derechos referidos han sido reconocidos como pilares del desarrollo sostenible. El consenso mundial expresado en los objetivos de desarrollo sostenible rescata la importancia de asegurar una educación de calidad, el trabajo decente, la igualdad de las mujeres, la paz, la justicia y las instituciones sólidas (ONU, 2015) entre otros aspectos relevantes. Por ello, es posible afirmar que los derechos contemplados en este libro son garantes de la libertad individual y autonomía personal, así como también herramientas útiles para el desarrollo de las sociedades. El propio SIDH ha tomado nota sobre el vínculo entre la tutela de los derechos y la consecución de los objetivos de desarrollo sustentable. En este sentido, la ColDH ha establecido que "(...) la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó la Agenda 2030, la cual cuenta con 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible y 169 metas en favor de las personas, el planeta y la prosperidad. En particular, el objetivo 8 promueve el crecimiento económico sostenido, inclusivo y sostenible, el empleo pleno y productivo y el trabajo decente para todos". (ColDH, 2017, párr. 4, ver nota al pie 14)

Ahora bien, a fin de avanzar en el análisis transversal de los capítulos referenciados, este capítulo incluye, algunos de los debates fundamentales relacionados con la temática central del libro vinculada a la contribución efectuada por los sistemas judiciales a la garantía de los DESCAs en América Latina a la luz de la normativa internacional (CEJA, 2019). Dividiéndolo en tres grandes subtemas que responden a distintas facetas de la pregunta inicial: 1. ¿En qué medida han contribuido los sistemas judiciales para garantizar el acceso a la protección judicial de los DESCAs?; 2. ¿En qué medida han contribuido los sistemas judiciales en la determinación del alcance de los derechos sociales?; y por último, concluye con una reflexión sobre el impacto de la intervención de la justicia en el efectivo goce de los DESCAs 3. ¿En qué medida han contribuido los sistemas judiciales para garantizar los DESCAs?

2. EL ACCESO A LA PROTECCIÓN JUDICIAL DE LOS DESCAs

¿En qué medida han contribuido los sistemas judiciales para garantizar el acceso a la protección judicial de los DESCAs?

Los casos objeto de investigación proporcionan una oportunidad para explorar el alcance del acceso a la justicia y las limitaciones tanto institucionales como de hecho y normativas para hacerlo efectivo a partir de las experiencias locales y las obligaciones internacionales de los Estados en las Américas⁹². Así, a partir de aquellos casos, es posible identificar algunas de las vías específicas en las que el sistema judicial nacional e internacional pueden

91 Véase, entre otros: Convención Americana de Derechos Humanos arts. 9, 25 y 26; Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales arts. 7, 9 y 13; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, arts. 12, 14 y 16.

92 Es importante notar que, si bien algunas obligaciones fundamentales comprenden al conjunto de Estados, otras, vinculadas en mayor medida a los Estados en virtud de normas domésticas o por la firma o ratificación de un tratado específico. Por ejemplo, la Convención Interamericana sobre la protección de los derechos humanos de las personas mayores.

ampliar o fortalecer el acceso a la protección judicial de los DESCAs, así como aspectos sociales e institucionales relevantes para el acceso a estos derechos, tal como se abordará más adelante.

A la hora de examinar el marco interamericano, se destaca que éste provee un entramado normativo sólido, aunque desigual para garantizar el acceso a la justicia de los derechos sociales en el hemisferio (Krsticevic, 2019). Si bien la Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre (en adelante DADH) y la Carta de la Organización de los Estados Americanos (en adelante OEA) proporcionan un piso mínimo para el conjunto de las naciones americanas, pocos países han ratificado la mayoría de los tratados interamericanos en derechos humanos⁹³. De allí se derivan niveles diferenciados de compromiso de responsabilidad internacional en derechos humanos, y por ende, de garantías para el acceso a la justicia de los DESCAs⁹⁴.

Entre los documentos más relevantes para la protección de los derechos sociales en el SIDH se identifican la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), el Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (también conocido como Protocolo de San Salvador) y una serie de tratados especializados adoptados desde mediados de los años 90 que reconocen y fortalecen las garantías del acceso a la justicia y la no discriminación frente a la violencia contra las mujeres, la discriminación, el racismo y la xenofobia y las vulneraciones de los derechos de las personas adultas mayores⁹⁵. Adicionalmente, en el 2018, la región adoptó un acuerdo regional sobre medio ambiente y desarrollo conocido como “Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe” (en adelante Tratado de Escazú) (CEPAL, 2018) en el marco de la Comisión Económica para América Latina (en adelante CEPAL).

Entre los tratados interamericanos, la CADH ha sido el instrumento más efectivo para ampliar el goce de los DESCAs en las Américas tanto por el papel de los derechos protegidos en la CADH en la garantía de dichos derechos, como por las limitaciones que establece el Protocolo de San Salvador a la garantía de derechos sociales (restringiendo la utilización del sistema de casos a los derechos a la educación y la libertad sindical). En este sentido, el SIDH ha interpretado de manera amplia los derechos de la CADH para proteger los derechos sociales –entre otros: a la propiedad, a la vida digna, a la justicia, a la información, a la justicia–. Adicionalmente, es posible notar que varias de las convenciones especializadas de reciente data comprenden el reconocimiento de numerosos DESCAs y añaden garantías de acceso a la justicia⁹⁶. En el caso del Tratado de Escazú, éste aporta garantías basadas en cuatro pilares: 1) el derecho al acceso a la información, (2) la participación, (3) la justicia y (4) la protección de los espacios habilitantes y las personas defensoras de derechos humanos (CEPAL, 2018).

En concreto, de la normativa interamericana se derivan una serie de derechos y garantías fundamentales a la hora de analizar el acceso a la justicia para los DESCAs. En

93 La DADH fue la primera carta internacional de derechos humanos que comprende una serie de derechos económicos, sociales y culturales; este instrumento fue adoptado al mismo tiempo que la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales, en el año 1948.

94 Hasta el momento sólo 6 países de del continente (Argentina, Costa Rica, Ecuador, México, Panamá y Paraguay) ratificaron todos los instrumentos internacionales del SIDH. Para más detalles ver: CIDH, 2015

95 Ver por ejemplo: Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer “Convención de Belem do Pará” (1994); Convención Interamericana sobre tráfico internacional de menores (1994); Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad (1999); Convención Interamericana contra el racismo, la discriminación racial y formas conexas de intolerancia (2013); Convención Interamericana contra toda forma de discriminación e intolerancia (2013); Convención Interamericana sobre la protección de los derechos humanos de las personas mayores (2015).

96 Por ejemplo, las Convenciones sobre discriminación incluyen protecciones contra la discriminación en el empleo, educación, vivienda, salud, seguridad social, entre otros. De igual modo, la Convención sobre la protección de los derechos humanos de las personas mayores incluye artículos sobre el derecho al trabajo y la educación. Véase artículos 18 y 20 de la Convención.

este sentido, el derecho internacional requiere al Estado una serie de obligaciones de respeto (o negativas) y de garantía (o positivas) para asegurar el goce de estos derechos. Conforme a ellas, los Estados deben omitir una serie de conductas y actuar de manera afirmativa desarrollando acciones, políticas y actos de institucionalidad, con la finalidad de aportar recursos para garantizar estos derechos. De acuerdo con esto, las obligaciones de garantía para la protección de los derechos se traducen, entre otras, en el establecimiento de políticas públicas e instituciones destinadas a hacer posible el ejercicio de los derechos sociales.

En lo que respecta específicamente a los derechos al trabajo, la seguridad social y la educación los desarrollos concretos en el sistema interamericano son limitados⁹⁷ aunque en el derecho internacional de manera amplia, en el derecho comparado y en el derecho internacional del trabajo, existen avances a través de convenios sobre derecho laboral, asociación sindical y derecho a la educación que preceden y suceden los instrumentos fundamentales del SIDH (OIT, 1948; Tratado de Versalles, 1919; OIT, 2011). Por ello, la falta de desarrollo en el contenido de los derechos a nivel interamericano no se debe a que no exista guía en la materia a nivel internacional, comparado o en otros espacios regionales. Sino que las limitaciones en el desarrollo de los derechos y la falta de determinación del alcance de buena parte de los DESCAs en el SIDH, constituyen limitaciones para el acceso a la justicia en la medida que no existen guías interamericanas sobre la materia en contextos donde parte de su alcance está en debate. Ejemplos de ello son los debates sobre los límites para el arancelamiento público de la educación superior, el acceso a tratamientos para enfermedades incurables, etc.

Ahora bien, tanto a nivel interamericano como local, el reconocimiento de la garantía de acceso a la justicia de los derechos sociales se fortalece a través de una serie de derechos que suministran pilares sólidos para su reclamo. Entre ellos se destacan el derecho a la información, a defender derechos, a la igualdad y no discriminación, a la consulta previa y a la protección judicial. Su arraigo en el derecho constitucional e interamericano adquiere especial relevancia para garantizar la protección de los derechos mencionados al principio del párrafo. Adicionalmente, estos cinco derechos brindan herramientas analíticas para analizar el acceso a la justicia a nivel nacional y la conformidad de las políticas públicas bajo el enfoque de derechos humanos de acuerdo a las matrices propuestas por Naciones Unidas y otros (Salmón, 2018; CIDH, 2018).

Más allá de estos desarrollos normativos, cabe resaltar que existen herramientas adicionales que pueden tener un impacto notable en el acceso a los DESCAs, como por ejemplo, las medidas cautelares, las acciones colectivas, las medidas de reparación transformadoras, el establecimiento de relatorías especiales, las audiencias temáticas y los informes especializados sobre temáticas relevantes, entre otras.

Teniendo en cuenta este marco de referencia, a continuación, se hará referencia a algunos de los temas destacados en los que los procesos o decisiones judiciales que son relevantes para ilustrar cómo la administración de justicia puede tener un impacto diferenciado el acceso a la justicia de los DESCAs en la región. En particular, se hará hincapié en los derechos al acceso a la información, el derecho a defender derechos y la protección judicial debido a su impacto a nivel nacional y su potencialidad de interacción con las obligaciones

97 La mayoría de los avances en el SIDH se han enfocado en derechos civiles y políticos, en algunas oportunidades de manera comprensiva para abarcar aspectos sociales de los derechos, pero limitadamente para el abordaje directo de los DESCAs. Algunos de los desarrollos novedosos en dichos derechos se han efectuado a partir de la elaboración de indicadores para evaluar su goce. Véase, por ejemplo: OEA, 2015a. Cabe destacar que el derecho a la educación y a conformar sindicatos poseen la mayor potencialidad de protección regional por vía directa en la medida que el propio Protocolo de San Salvador incluye una norma de atribución de competencia para su estudio mediante el sistema de peticiones individuales. Véase: artículo 19 inciso 6 del Protocolo de San Salvador.

y mecanismos que surgen del SIDH –sin desconocer la importancia de otras herramientas clave como las mencionadas anteriormente–.

3. EL DERECHO AL ACCESO A LA INFORMACIÓN

Entre las vías más destacadas que tienen como fin garantizar el acceso a la justicia de los DESCAs y superar la desigualdad, se encuentra, en primer lugar, el derecho al acceso a la información. Así, la falta de conocimiento sobre el alcance de los derechos y sus instituciones garantiza exacerba las situaciones de desigualdad estructural y afecta en mayor medida a las personas que se encuentran en situaciones de exclusión o vulnerabilidad. En este sentido, el acceso a la información está estrechamente vinculado con la superación de la pobreza y la injusticia.

El derecho a acceder a la información tiene una dimensión individual (1) y una colectiva (2). De esta forma es posible afirmar que, por una parte, en los derechos al trabajo, la educación y la seguridad social, uno de los obstáculos primarios para su goce es el desconocimiento sobre el alcance de los derechos, las políticas para garantizarlos y la institucionalidad de protección, entre otros. A modo de ejemplo, en la jurisprudencia interamericana, en el caso de Fazenda Brasil Verde, se destaca la situación social de pobreza y la falta de educación de los trabajadores como uno de los factores que facilitó la situación de esclavitud de los trabajadores (CoIDH, 2016a, párr. 339)⁹⁸.

Por otro lado, en los casos relativos a las empleadas domésticas, factores como la falta de escolarización de la mayoría de las trabajadoras⁹⁹, sumadas a las condiciones de trabajo y el carácter de migrante de un porcentaje de ellas¹⁰⁰, se manifiestan como elementos que acarrearán un impacto en el conocimiento de sus derechos. Así, por ejemplo, un estudio realizado por el Instituto de Derechos Humanos de la UCA (en adelante IDHUCA) en El Salvador, reseñado en la investigación relativa al caso de Flor Morales, señala como un factor de desprotección que las trabajadoras domésticas carezcan de los conocimientos básicos sobre sus derechos y sobre las instituciones de protección que pueden coadyuvar en la protección de sus derechos¹⁰¹. En particular, los autores de los estudios sobre el caso mexicano y el salvadoreño, marcan la falta de recursos económicos y la limitada educación como limitantes para el acceso a la justicia y los derechos¹⁰².

Adicionalmente, el acceso a la información tiene asimismo una dimensión colectiva y estructural, que implica la obligación de producir información pública relevante para la garantía de los derechos fundamentales. La producción expedita y oportuna de información pública es crítica en el desarrollo de respuestas adecuadas que garanticen la igualdad estructural en la ejecución de las políticas públicas, toda vez que permite identificar las fortalezas y fallas de los sistemas de procuración de justicia. A su vez, el acceso a la información es crítico para garantizar que el derecho a la participación en ciertos espacios y decisiones sea significativo y efectivo.

98 Además, véase entre otros, CADH, artículo 6.

99 De acuerdo con datos de la Organización Internacional del Trabajo, en 2013, el 63% de las trabajadoras domésticas en América Latina y el Caribe no contaba con ningún nivel educativo o había concluido la educación primaria. Hasta el mismo año, sólo el 33% de las trabajadoras del hogar contaba con educación secundaria. Véase: Lexartz, L et al., 2016

100 De acuerdo con cifras de la OIT, las personas migrantes representan el 17.2% del total de trabajadores domésticos en la región. Véase: Lexartz, L et al., 2016

101 Véase en este mismo ejemplar, Castellón de Feusier, C.J.; Feusier Ayala, O. E., El acceso a la justicia en el trabajo doméstico remunerado. Análisis de caso.

102 *Ibidem* Además véase: Martínez, M.C., Hernández Juárez, T., La justiciabilidad del derecho humano a la seguridad social en México: El fallo de la Suprema Corte de Justicia de la Nación sobre las mujeres trabajadoras del hogar, Amparo 9/2018.

El sistema interamericano por su parte, ha reconocido el derecho al acceso a la información fundamentado en el artículo 13 de la CADH (CoIDH, 2006, párr. 76; CIDH, 2009). Asimismo, la CoIDH expresó que “el control democrático, por parte de la sociedad a través de la opinión pública, fomenta la transparencia de las actividades estatales y promueve la responsabilidad de los funcionarios sobre su gestión pública. Por ello, para que las personas puedan ejercer el control democrático es esencial que el Estado garantice el acceso a la información de interés público bajo su control. Al permitir el ejercicio de ese control democrático se fomenta una mayor participación de las personas en los intereses de la sociedad” (CoIDH, 2009, párr. 87). Además, la CIDH ha reafirmado la importancia de la producción y el acceso a la información como garantías de transparencia y rendición de cuentas, destacando su impacto a la hora de elaborar políticas públicas (CIDH, 2018: 27).

Por otra parte, el SIDH cuenta con garantías especiales para el acceso a la información reconocidas en distintas convenciones especializadas. En este sentido, cabe resaltar el esfuerzo pionero receptado en la Convención de Belem do Pará en relación al cambio de discurso público sobre estereotipos entendiendo que éste puede llegar a causar importantes consecuencias discriminatorias (CBP, 1994, arts. 6 inc. b y 8 inc. b). Adicionalmente, la CADH prevé en su artículo 23 el derecho a la participación en la gestión de asuntos públicos. Por otro lado, la jurisprudencia y doctrina en el marco del SIDH han desarrollado ampliamente el alcance del derecho a la consulta previa respecto a pueblos indígenas, entre otros (CIDH, 2015a: 90-112; CoIDH, 2012). De esta forma, el marco jurídico interamericano avanza como precursor en el reconocimiento del derecho a la información delimitando pautas fundamentales que permiten dar contenido y exigibilidad al derecho a la participación en la gestión de asuntos públicos, la consulta, la participación y el derecho de petición (CADH, 1969, arts. 8, 21 y 23; DADH, 1948, arts. IV y XXIV).

En lo que respecta a la producción de información, adentrándose en el ejemplo del caso sobre la educación preescolar en San Pablo, éste revela la importancia de generar información para identificar distorsiones en la asignación de recursos públicos críticos para la garantía de los derechos, como así también para la formulación de políticas públicas igualitarias y efectivas. En virtud de ello, la autora expone que en el 2007, producto de la inobservancia por parte del municipio de la publicación de los datos de oferta y demanda de la enseñanza infantil, así como de las continuas denuncias por falta de vacantes en guarderías y preescolares, distintas organizaciones de la sociedad civil decidieron constituir el “Movimiento Creche para Todos” (MCT). El propósito del MCT era incidir en diversas acciones político-jurídicas por la inclusión educativa de calidad en la educación infantil. El valor del caso reside en que, gracias a la información disponible, fue posible monitorear de manera minuciosa la evolución de la educación infantil, posibilitando la exigencia de implementaciones en la enseñanza en los años posteriores. Un claro ejemplo fue la sanción de la Ley N° 14.124/06, que obliga a la Secretaría Municipal de Educación a publicar información trimestral en internet desagregada por distritos sobre la oferta y demanda de la educación infantil.

En virtud de ello, hay que resaltar que “[l]a obligación del Estado de adoptar medidas positivas para resguardar el ejercicio de derechos sociales tiene importantes derivaciones, por ejemplo, en cuanto al tipo de información estadística que el Estado debe producir. La producción de información debidamente desagregada, a efectos de determinar estos sectores desaventajados o postergados en el ejercicio de derechos, desde esta perspectiva, no es sólo un medio para garantizar la efectividad de una política pública, sino una obligación indispensable para que el Estado pueda cumplir con su deber de brindar a estos sectores atención especial y prioritaria.” (CIDH, 2008, párr. 58).

A su vez, los estudios de caso reseñados dan cuenta de cómo los procesos judiciales, las sentencias, la actuación de diversas organizaciones e instituciones –sindicatos,

organizaciones de la sociedad civil, defensorías públicas, etc.– y otros actores sociales – como cineastas, formadores de opinión, periodistas– pueden tener un importante impacto en el conocimiento de los derechos y la revisión de marcos jurídicos o prácticas injustas o discriminatorias tanto en su dimensión individual como colectiva. En síntesis, los casos advierten la relevancia que tiene en la práctica el conocimiento de los derechos para su ejercicio, el acceso a la información sobre los derechos y las herramientas para asegurar su exigibilidad.

4. EL DERECHO A DEFENDER DERECHOS

La protección de los derechos no ocurre en el vacío, por el contrario, requiere que quienes asuman la defensa de los derechos puedan hacerlo libremente (ACNUDH, S/F). Por ello, un aspecto fundamental para el acceso a la justicia consiste en la garantía del derecho a defender derechos, el derecho a la vida, el derecho de asociación y otros derechos fundamentales de aquellos/as que hacen posible el acceso y disfrute de los DESCAs (CoIDH 2014, párr. 198-142).

Esta problemática, no es menor en nuestra región. América Latina es la región más violenta para el ejercicio del derecho a defender derechos¹⁰³. Nuestro hemisferio da cuenta de la mayor parte de los asesinatos a personas defensoras de derechos humanos en el mundo, de 321 defensores asesinados, el 75% perdieron la vida en las Américas¹⁰⁴. Por otro lado, la mayor parte de las personas defensoras de derechos humanos asesinadas en los últimos años están vinculadas a la defensa de la tierra y a la represión en manifestaciones por recortes de la seguridad social y la educación¹⁰⁵. Esta fue una de las razones que motivó que el Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe (Convenio de Escazú), adoptado en 2018, prevea de forma inequívoca que es necesario garantizar un espacio habitante para la protección de los derechos y la protección e investigación de ataques contra personas defensoras¹⁰⁶. En otras palabras, no hay acceso a la justicia posible sin garantías para la defensa de los derechos.

El artículo 8 del Convenio de Escazú se refiere al acceso a la justicia en asuntos ambientales. En este sentido, afirma, entre otros aspectos, que cada parte garantizará el derecho a acceder a la justicia en asuntos ambientales de acuerdo con las garantías del debido proceso, mientras que en el artículo 9 de dicho tratado alude a los/as defensores/as de los derechos humanos en asuntos ambientales. Sostiene que cada parte debe garantizar un entorno seguro y propicio para que quienes defiendan los derechos humanos en esta materia puedan actuar sin amenazas, restricciones e inseguridad. Asimismo, establece que se deberán tomar las medidas apropiadas para prevenir, investigar y sancionar ataques o intimidaciones que este colectivo pueda sufrir.

103 Amnistía Internacional. (2017). La situación de los derechos humanos en el mundo, Informe 2016/2017. Disponible en: <https://www.amnesty.org/es/documents/pol10/4800/2017/es/> (último acceso: 07/09/2019). Véase también Global Witness. (2018) ¿A qué precio? Negocios irresponsables y el asesinato de personas defensoras de la tierra y del medioambiente en 2017. Disponible en: <https://www.globalwitness.org/en/campaigns/environmental-activists/a-qu%C3%A9-precio/> (último acceso: 07/09/2019)

104 Front Line Defenders. (2018). Annual Report on Human Rights Defenders at Risk in 2018, pp. 4. Disponible en: https://www.frontlinedefenders.org/sites/default/files/global_analysis_2018.pdf (último acceso: 07/09/2019)

105 Global Witness. (2018) ¿A qué precio? Negocios irresponsables y el asesinato de personas defensoras de la tierra y del medioambiente en 2017, pp. 9. Disponible en: <https://www.globalwitness.org/en/campaigns/environmental-activists/a-qu%C3%A9-precio/> (último acceso: 07/09/2019)

106 CEPAL. (2018). Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe, Escazú (Costa Rica), artículo 9.

5. LA GARANTÍA DE LA PROTECCIÓN JUDICIAL DE LOS DERECHOS

El marco interamericano exige la protección judicial de los derechos y el cumplimiento de garantías como son el debido proceso, la igualdad y la efectividad. Este fundamento normativo tiene un considerable impacto por su vasto alcance en la garantía de la protección judicial de los DESCA.

A continuación, se describirá sucintamente el alcance de la garantía de la protección judicial en el SIDH. En primer lugar, la CADH en su artículo 8 relativo a garantías judiciales afirma: "1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter." A su vez, el artículo 24 de la CADH referido a la Igualdad ante la ley establece que: "todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley." Y, el artículo 25 del mismo instrumento sobre protección judicial sostiene: "1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. 2. Los Estados Partes se comprometen: a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso."

Así, la normativa interamericana, como la jurisprudencia y doctrina del SIDH rescatan la obligación de garantizar la tutela judicial de todos los derechos, entre ellos los de carácter laboral, administrativo, o de cualquier otra índole. De esta manera el SIDH amplía más allá de su par europea la protección frente a la discriminación, requiriéndola no solo frente a los derechos con tutela convencional, sino ante cualquier derecho reconocido en la normativa nacional (ColDH, 2016). Adicionalmente, otro desarrollo jurisprudencial en esta línea consiste en requerir garantías del debido proceso y recurso judicial en los procedimientos de carácter administrativo que tienen especial peso en la temática (ColDH, 2001). A su vez, el SIDH garantiza el derecho al amparo y a la ejecución de sentencias judiciales (CADH, arts. 27.2, 25 y 8; ColDH, 1987). Por otra parte, en lo que respecta a la ejecución de sentencias judiciales, la Corte ha indicado que "la efectividad de las sentencias depende de su ejecución. El proceso debe tender a la materialización de la protección del derecho reconocido en el pronunciamiento judicial mediante la aplicación idónea de dicho pronunciamiento" (ColDH, 2015, párr. 198; ColDH, 2006, párr. 127)

Los casos de estudio revelan las limitaciones estructurales de algunos de los marcos jurídicos para proveer un acceso a la justicia efectivo por su debilidad en las garantías, las posibilidades de fraude o la discriminación estructural sobre la que se construyen. En este sentido, los marcos jurídicos relacionados con el trabajo doméstico y las nuevas modalidades de contratación laboral brasileñas fueron objeto de críticas similares. En efecto, los marcos normativos que carecen de las garantías necesarias para la defensa de los derechos de las trabajadoras domésticas permitieron la reproducción de la desigualdad en el ámbito laboral.

Adicionalmente, en el caso *Képych* y en el relativo a la trabajadora doméstica en México, las acciones utilizadas fueron acciones constitucionales ligadas a la figura del amparo; un *habeas corpus* correctivo en el caso *Képych* ante la justicia federal y el amparo directo en el caso mexicano. En este último, la SCJN ejerció la facultad de atracción a fin de evaluar la

potencial discriminación planteada por el caso frente al acceso a la seguridad social de las empleadas domésticas o trabajadora del hogar.

De este modo, el estudio de los casos a la luz de la normativa interamericana evidencia que es posible limitar el alcance de los derechos al restringir las garantías de las reclamantes o el acceso a la justicia tanto en procesos administrativos, espacios de conciliación o arbitraje, como en la jurisdicción ordinaria. Y, a contrario, que la garantía de estos derechos puede tener un importante impacto emancipatorio.

6. LA DETERMINACIÓN DEL ALCANCE DE LOS DERECHOS SOCIALES

¿En qué medida han contribuido los sistemas judiciales en la determinación del alcance de los derechos sociales?

Entre los debates recurrentes en los estudios de caso, en la jurisprudencia y la literatura se repite el abordaje y alcance de los DESCAs. Estas discusiones se erigen en las distinciones generadas por la división entre derechos civiles y sociales, por las miradas encontradas sobre el papel del Estado y la judicatura en la garantía de estos derechos. De igual manera por la percepción del impacto diferenciado en la imposición de obligaciones de garantía con un peso redistributivo fuerte, así como por el papel de la protección regional en las políticas públicas, entre otras.

Es posible afirmar que las herramientas del derecho nacional exceden ampliamente las del derecho internacional en lo que refiere a la protección de los DESCAs. La normativa y el desarrollo histórico del SIDH privilegiaron una agenda de derechos civiles fundamentales y, sólo en las últimas dos décadas, se han profundizado los desarrollos en materia de igualdad y derechos sociales. De allí que, si bien el SIDH cuenta con una interpretación amplia de los derechos comprendidos en la CADH que incluyen aspectos sobre los DESCAs y de derechos civiles, todavía hay vacíos y limitaciones en la doctrina y jurisprudencia de este grupo de derechos. La creación reciente de una relatoría autónoma de DESCAs es testimonio del compromiso del SIDH de dar una respuesta adecuada a la temática que se origina por las brechas de pobreza, desigualdad y despojo de derechos existente en nuestra región (CIDH, 2014). En ese mismo sentido, es importante destacar el reciente giro de la jurisprudencia de la Corte IDH para abordar en mayor medida y de manera directa temas sobre derechos sociales (Parra, 2018).

En esta sección se abordarán entonces dos aspectos que se revelaron como cruciales para la garantía de los DESCAs y la determinación del alcance de los derechos en los estudios de caso: la garantía a la igualdad y no discriminación y las cláusulas de apertura para la interpretación constitucional. Ambos cuentan con importantes desarrollos en la doctrina y jurisprudencia del SIDH que pueden favorecer la ampliación de protección judicial de los DESCAs en las Américas.

6.1 Garantía a la igualdad y no discriminación

El derecho internacional de los derechos humanos reconoce a la par de las constituciones americanas, una serie de derechos y garantías vinculadas a la igualdad y la no discriminación en el goce de los derechos (Clérico, Ronconi, Aldao, 2018). De ellas se derivan obligaciones negativas y positivas frente al accionar estatal, como así también frente al accionar de actores no estatales.

La DADH, CADH, la Convención de Belém do Pará entre otras convenciones interamericanas especializadas incluyen cláusulas de protección del derecho a la igualdad y la

no discriminación. Por ejemplo, artículo 1.1 de la CADH afirma que: “[l]os Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

Mientras que el artículo 24 CADH declara que: “Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.”

De esta manera, el SIDH cuenta con un plexo normativo que prohíbe la discriminación *de jure* y *de facto*, no sólo respecto a los derechos contenidos en la CADH sino frente a otros reconocidos a nivel nacional (CoIDH, 2016b, párr.112; CoIDH, 2008, párr. 209). Un ejemplo de ello es el caso Duque que trata de la denegación del derecho de pensión a las parejas del mismo sexo (CoIDH, 2016, párr. 108-109)¹⁰⁷. En palabras de la propia Corte IDH, “[e]l incumplimiento por el Estado, mediante cualquier tratamiento discriminatorio, de la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos, le genera responsabilidad internacional. Es por ello que existe un vínculo indisoluble entre la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos y el principio de igualdad y no discriminación” (CoIDH, 2012, párr. 78; CoIDH, 2016, párr. 93; CoIDH, 2016b, párr. 111).

El SIDH cuenta con una rica y vasta jurisprudencia sobre esta temática en la que recoge las diversas manifestaciones de la desigualdad. Entre algunas de las herramientas utilizadas en jurisprudencia y doctrina interamericana se destacan los desarrollos sobre: (1) las posibilidades de discriminación directa o indirecta (por el impacto diferenciado de un tratamiento supuestamente igualitario) (CIDH, 2015b); (2) de la discriminación múltiple y la interseccional, en virtud de varios factores agregados que funcionan de modo acumulativo o diferencial (CoIDH, 2015a, párr.10); (3) la discriminación estructural, que da cuenta de factores históricos, sociales e institucionales de reproducción de la desigualdad en varios contextos y, en particular, frente a las mujeres, la discriminación racial y la pobreza (CoIDH, 2016a, párr. 335); (4) la discriminación como una manifestación de la violencia (CBP, 1994, art. 6); (5) el impacto de los estereotipos en la reproducción de la discriminación y la desigualdad estructural (CIDH, 2011, párr. 44); y por último, (6) la importancia de las reparaciones transformadoras para el acceso a la justicia y la garantía de la dignidad de las personas sujetas a discriminación histórica, estructural o patrones de discriminación (CoIDH, 2009a, párr. 61; Manjoo 2011).

Ahora bien, varios de los procesos y sentencias revelan su capacidad de determinar el alcance de los derechos sociales a través de un análisis del derecho protegido –en este grupo de estudios: trabajo, educación y/o seguridad social– a la luz del derecho a la igualdad y la no discriminación entendiendo varias de las facetas de desarrollo del derecho expresadas en la jurisprudencia y doctrina interamericanas; entre otros, la discriminación indirecta, la interseccional, etc. Así, los casos se enmarcan en debates sobre los límites y requerimientos del derecho para garantizar la igualdad y la no discriminación en la protección del derecho sustantivo en contienda.

A fin de ilustrar cómo ello ocurre, es útil hacer énfasis en los casos relacionados al empleo doméstico. Siendo así, cabe recordar que, como resultado de marcos normativos discriminatorios con un impacto diferenciado y desproporcionado sobre las mujeres, las empleadas domésticas se encuentran en una situación precaria en el mercado de trabajo en distintas regiones de América Latina. Tal es así que más del 93% del empleo doméstico

107

En el mismo sentido, el voto razonado del Juez Ferrer MacGregor en Muelle Flores enfatiza la necesidad de garantizar la igualdad y la no discriminación en el derecho a la seguridad social.

en América Latina es realizado por mujeres (OIT 2016, p.12) y representa alrededor de una parte significativa del empleo femenino (14.3%)¹⁰⁸.

Puntualmente en México, el trabajo doméstico incluye un amplio rango etario, desde niñas a octogenarias que en su mayoría trabajan jornadas de más de ocho horas, en su mayoría no han concluido la educación primaria, viven en contextos de escasos recursos y probablemente han sido objeto de violencia por “como se ven, su origen y su lengua” de acuerdo a lo relevado por el Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación (CONAPRED) (Martínez y Juárez). Por otro lado, en El Salvador, un estudio realizado por el IDHUCA revela que de las 794 trabajadoras encuestadas, 35% comenzó como trabajadora doméstica antes de los catorce años. En lo que respecta al acceso a la educación, la mayoría alcanzó sólo el nivel primario completo, inclusive algunas no aprendieron a leer y a escribir. Otro dato relevante que se desprende del informe es la “naturalización” sobre las condiciones precarias del trabajo doméstico, esto fue constatado cuando se preguntó acerca de si el salario es justo o injusto, el 53.27% de las encuestadas señaló que es justo. En este sentido se puede afirmar que existe un bajo o nulo conocimiento de los derechos laborales por parte de las trabajadoras domésticas (IDHUCA, 2015: 46 y 121).

Por ello, el establecimiento de un marco normativo precario para el trabajo doméstico remunerado tiene un impacto directo sobre 1 de cada 4 mujeres en el mercado de trabajo a nivel global –con variaciones en el impacto nacional–. A su vez, la precariedad y condiciones del mismo en la actualidad promueven la reproducción de la pobreza y la desigualdad estructural de las mujeres en mayor situación de desventaja.

El estudio sobre el caso mexicano da cuenta sobre cómo la SCJN identifica la discriminación indirecta vivenciada por las trabajadoras domésticas. Ello se expresa en la afectación desproporcional de la normativa relativa al trabajo doméstico por su condición de mujeres, pero también por otras características que podrían dar cuenta de la existencia de una discriminación múltiple e interseccional. La emisión y el rechazo social del primer borrador de sentencia en el caso, que justificaba el marco jurídico aplicable a las empleadas domésticas, pone de manifiesto una variación en la sociedad y en los criterios jurisprudenciales del análisis de la discriminación por impacto o indirecta. Además, evidencia la alta tolerancia social e institucional frente a las desventajas estructurales sufridas por mujeres en situación de pobreza que perpetúan la reproducción de la desigualdad¹⁰⁹. Esto se diferencia de la respuesta en el caso salvadoreño sobre despido injustificado, en el que la decisión de primera instancia respalda un marco jurídico para las trabajadoras domésticas que posee características discriminatorias.

En conclusión, tanto en el nivel doméstico como en el ámbito internacional, los procesos judiciales y los fallos han jugado un papel crucial a la hora de esclarecer el alcance de los DESCAs. En particular, dada la situación de desigualdad en la región y cómo ésta se manifiesta en marcos normativos y refleja en la práctica, el derecho a la igualdad y la no discriminación ha servido como un pilar y un reflector de la protección de los DESCAs. Ello, en la medida que ha dado fortaleza a la protección de los derechos y ha permitido que se desarrolle en mayor medida su alcance y garantías en los debates judiciales.

108 En este sentido véase en este mismo ejemplar: M.C. Martínez, T.H., Juárez., La justiciabilidad del derecho humano a la seguridad social en México: El fallo de la Suprema Corte de Justicia de la Nación sobre las mujeres trabajadoras del hogar, Amparo 9/2018.

109 Dada la manera en la que se elaboran los fallos en la SCJN, en 2018 se hizo público el proyecto de sentencia para rechazar el amparo presentado por la trabajadora del hogar en México justificando la desprotección de los derechos de la trabajadora en función del marco normativo vigente. La reacción negativa de diversos sectores sociales (entre otros, la institución de protección de derechos humanos del DF (CDHDF), académicos, ONG, prensa, etc.) derivaron en el retiro del proyecto por parte de la SCJN. Véase: SCJN, 2018.

6.2. Sobre la interpretación judicial y el control de convencionalidad

Otro de los aspectos de gran relevancia para la garantía de los DESCAs y la determinación del alcance de los derechos son las cláusulas de apertura para la interpretación constitucional.

A lo largo de los estudios de caso es posible vislumbrar la importancia de la utilización de la normativa internacional vinculante y pautas de *soft law* a la hora de efectuar una interpretación judicial¹¹⁰. En este sentido, es importante resaltar que los desarrollos en la doctrina y jurisprudencia del SIDH sobre el alcance del control de convencionalidad y los desarrollos en el abordaje de los DESCAs pueden favorecer la ampliación de la protección judicial en el continente (CIDH, 2011a; CoIDH, 2019).

A fin de brindar elementos para este debate, resulta de utilidad analizar su abordaje en los casos sobre el derecho al trabajo de las personas privadas de la libertad en Argentina, el acceso a la seguridad social de la trabajadora doméstica en México y el acceso a la educación preescolar en San Pablo.

En el primer caso, la normativa internacional convencional y las normas de *soft law* tienen un rol decisivo, no sólo en la sentencia sino en la implementación de la misma. En este sentido, el *corpus iuris* interamericano y las reglas sobre tratamiento de personas privadas de libertad de las Naciones Unidas brindan importantes elementos para resolver el alcance de los derechos protegidos en la constitución y normativa inferior en dicho contexto. Así, la Cámara interviniente se vale de la Declaración Universal de Derechos Humanos, la CADH y el Protocolo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales para argumentar la sentencia. Además, uno de los jueces fundamentó su voto teniendo en cuenta las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas de Nelson Mandela), los Principios Básicos para el Tratamiento de los Reclusos, el Conjunto de Principios para la Protección de todas las Personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, los Principios y Buenas Prácticas para la Protección de las Personas Privadas de su Libertad en las Américas y la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes¹¹¹. En este caso, es notable cómo la apertura de la judicatura a la integración de las obligaciones internacionales en derechos humanos tuvo un impacto en los desarrollos jurisprudenciales locales.

Por otro lado, en el caso de la trabajadora doméstica mexicana, se destaca la importancia del marco constitucional y, en particular, la reforma del año 2011 en materia de derechos humanos que señala el compromiso de la nación con las obligaciones en derechos humanos receptadas en los tratados internacionales sobre el tema. Sin embargo, en el estudio se afirma que, si bien el fallo hace uso de estándares internacionales, aquel no recurre a la utilización de estándares interamericanos relevantes tanto relativos a la seguridad social en relación con otros derechos como la propiedad o, a través de desarrollos autónomos de dichos derechos.

Asimismo, en el caso de la educación preescolar en San Pablo, las consideraciones de derecho internacional de los derechos humanos no son de peso en la decisión judicial que tutela los derechos de los/as niños/as¹¹². Estos casos esclarecen el papel complementario de las normas internacionales que no siempre son imprescindibles para la protección efectiva de los derechos. Pero que sin duda pueden, en circunstancias de conflicto, jugar un papel importante en la argumentación judicial y la consecuente garantía de los derechos.

110 Nótese que el uso de la normativa depende de numerosos factores: la existencia de cláusulas de apertura constitucionales, la jurisprudencia o cultura judicial, los argumentos sometidos por las partes en el litigio, etc.

111 Véase en este mismo ejemplar: Gutiérrez, A., "Transiciones en el acceso al trabajo digno de personas privadas de libertad en Argentina: los alcances y limitaciones del fallo "Képych, Yuri Tiberiyevich y otros s/ habeas corpus".

112 Véase: Martins Marinho, C., "La trayectoria del proceso estructural del derecho a la educación de niños en São Paulo/ Br".

De hecho, en el litigio sobre educación preescolar no fueron necesarias para apuntalar la argumentación del caso, ni para recurrir la decisión local que culminó siendo exitosa.

A su vez, es posible señalar que, en la medida en que la normativa constitucional y los desarrollos jurisprudenciales permitan una apertura del entramado legal a las obligaciones derivadas del derecho internacional, éstas pueden tener un rol central en el debate jurisprudencial sobre la tutela de los derechos. Más aún, la manera en la que estos dos elementos se desarrollen a nivel local no debe necesariamente seguir un modelo único. Los poderes judiciales de la región y el derecho comparado ilustran las alternativas de incorporación directa e indirecta de las normas y obligaciones internacionales a la hora de ejercer la jurisdicción. Éstas pueden incluir, entre otras, la incorporación directa tanto de las normas como de la jurisprudencia interamericana, así como su uso como fuente autorizada de interpretación del alcance de obligaciones internacionales (Krsticevic, 2017; Uprimny, 2017).

Para concluir con esta sección, es pertinente resaltar que la doctrina del control de convencionalidad acuñada por la ColDH, en desarrollo del principio de *pacta sunt servanda*, otorga un mandato al poder judicial de incorporar las obligaciones internacionales sobre derechos humanos. En este sentido, la Corte afirma que “[E]s consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.” (ColDH, 2006a, párr. 124)

Dicha doctrina ha generado cuestionamientos en algunos sectores de la academia y la judicatura, pero en la actualidad mantiene su vigencia con repercusiones directas para el papel de la administración de justicia concerniente en la protección de todos los derechos rescatados en el *corpus iuris* interamericano incluidos los DESCAs. Esto implica que, la judicatura en aquellos países vinculados a través de la ratificación de la CADH, de acuerdo con lo establecido por la ColDH, debe tener en cuenta en el ejercicio de su función, la compatibilidad de normas, los procesos e interpretaciones con la normativa interamericana como así también, su interpretación autorizada por los órganos especializados.

7. CONCLUSIONES: EL IMPACTO DE LA INTERVENCIÓN DE LA JUSTICIA EN LA GARANTÍA DE LOS DESCAs

No todos los procesos tuvieron el mismo grado de impacto. La riqueza de los estudios planteados permite introducir algunas discusiones útiles a la hora de analizar el impacto de las intervenciones judiciales en la garantía de los DESCAs.

Así, es preciso notar las diferentes posiciones sobre lo que implica el alcance del papel de la judicatura nacional y la protección internacional en la protección de los DESCAs. Ambos aspectos, así como su cristalización en marcos normativos y precedentes jurisprudenciales, tienen un enorme impacto en la capacidad de la judicatura de garantizar los DESCAs. Adicionalmente, la protección judicial de los DESCAs también depende de consideraciones de hecho vinculadas a las condiciones del país y al poder relativo de la judicatura para arbitrar conflictos. Por ejemplo, la posibilidad del Poder Judicial en un país determinado

de revertir conductas beneficiosas a ciertos grupos de poder, obtener el respaldo social de las decisiones, etc. A continuación, se destacan algunas de las reflexiones planteadas por los estudios y discusiones en la materia.

Desde la mirada del constitucionalismo transformador o el impulso del *ius commune* latinoamericano, se justifica el papel activo de la judicatura a fin de suplir las falencias de otros poderes del Estado y actores sociales para garantizar los derechos sociales de todas las personas, en ocasiones, en cumplimiento de las obligaciones que se derivan de los tratados internacionales de derechos humanos. Quienes comparten esta posición plantean diversas maneras de abordar las soluciones desde la judicatura, con un mayor o menor grado de deferencia frente a diversos poderes del Estado por su mayor experticia, información o legitimidad para la adopción de decisiones que afectan las políticas sociales y el presupuesto estatal. Adicionalmente, fundamentan un accionar vigoroso en los mandatos constitucionales, y en el control de convencionalidad.

A su vez, numerosos autores –algunas/os citadas/os por los estudios referenciados– critican lo que consideran medidas contra mayoritarias o que pueden derivar en distorsiones de las políticas de Estado por la actuación indebida de miembros del Poder Judicial que no cuentan con suficiente experticia o conocimiento de la lógica de distribución de los recursos públicos y otros procesos públicos específicos. Más aún, las críticas sobre las facultades de la administración de justicia para determinar el alcance y efectividad de los DESCAs se amplifican cuando interviene el sistema regional de protección que no cuenta necesariamente con los controles de legitimidad de la judicatura a nivel local.

En Képych, se ejemplifica un caso de constitucionalismo transformador donde el poder judicial hace uso de las normas constitucionales y la normativa internacional para ampliar la garantía de los derechos laborales de las personas privadas de la libertad. Así, en dicho caso, el corpus iuris interamericano y las reglas de Naciones Unidas sobre tratamiento de personas privadas de libertad brindan elementos sustanciales para resolver el alcance de los derechos en dicho contexto de manera amplia generando una revisión de las políticas públicas sobre la materia.

Ahora bien, la realidad de las Américas refleja no sólo un nivel desigual del acceso al Poder Judicial, sino también en la geografía nacional, como en varios ámbitos temáticos, por ejemplo, en la incorporación de garantías de derechos humanos, en el cumplimiento de las órdenes de tribunales internacionales, entre otras. A modo de ejemplo, en algunos países la efectividad de la administración de justicia es mayor en los centros urbanos o en las capitales, respecto a temas que no afectan a poderes de hecho económicos o políticos, y tienen un mayor nivel de acatamiento de las órdenes internacionales. Estas diferencias en la densidad de la presencia y efectividad del Poder Judicial en la región dependen del marco normativo y jurisprudencial, así como de factores estructurales o de hecho.

Algunas de estas tensiones se hacen presentes en varios de los estudios. ¿Le corresponde al Poder Judicial cambiar la normativa para garantizar los derechos de un grupo de personas, aún cuando los legisladores decidieron que existen razones para brindar un umbral más bajo para la protección de sus derechos?, ¿Qué ocurre si este umbral más bajo tiene consecuencias positivas para un amplio grupo dentro de la sociedad, por ejemplo, frente a los trabajadores jóvenes que precisan ganar experiencia?, ¿Corresponde al Poder Judicial, modificar las asignaciones de recursos en medidas individuales o colectivas con consecuencias sobre los presupuestos de las alcaldías?, ¿En qué circunstancias debe hacerlo?

Las soluciones del derecho nacional varían de manera significativa, pero en este libro se señalan algunas de las experiencias más innovadoras del constitucionalismo transformador en virtud del tipo de casos seleccionados. Por su parte, el sistema interamericano acompaña esta mirada transformadora del papel de la judicatura en el impulso de un derecho común que incorpore la protección de los DESCAs y una mirada interdependiente de todos los derechos ampliando el alcance de las protecciones so-

ciales. Más aún, el SIDH incorpora un análisis de las medidas de prevención y reparación que gozan de un extenso alcance social transformador. Por ejemplo, exige cambios legales o de políticas públicas con repercusiones generales. En este sentido, se destaca el caso de María Eugenia Morales de Sierra v. Guatemala que derivó en modificaciones al código civil para permitir que las mujeres casadas no pidan autorización judicial para trabajar frente a las objeciones de sus maridos. En síntesis, la mirada transformadora del SIDH sobre esta temática se ha expresado en varias sentencias y opiniones consultivas de la Corte IDH, como así también en los votos concurrentes o artículos académicos de algunos de los/as jueces/zas de la Corte.

Los casos estudiados revelan que la administración de justicia tiene la competencia y la oportunidad para intervenir generando diversos resultados en la práctica que van más allá de lo deseado por quienes interpelan al poder judicial y lo previsto en los marcos normativos.

Los procesos judiciales movilizan a una serie de actores en la administración de justicia y las partes en el proceso; sin embargo, en casos paradigmáticos aquellos pueden involucrar a otros actores sociales que se beneficiarán o perjudicarán con la decisión, o actores sociales que apoyen o rechacen la decisión como sectores de la prensa, formadores de opinión, etc. Estas reverberaciones pueden impulsar, facilitar o dificultar el debate o la ejecución de la decisión. A modo de ejemplo, el litigio del caso de la educación preescolar en San Pablo generó una asociación de una serie de actores clave alrededor del reclamo de acceso al derecho de los sectores en mayor situación de vulnerabilidad, y ese tipo de coaliciones de actores clave pueden generar debates más ricos y acciones de cabildeo más robustas. A contrario, algunos procesos generan una alineación de actores opuestos a los objetivos del proceso.

Los procesos judiciales pueden así tener impactos sociales que van mucho más allá del resultado legal del proceso. De esta manera, las decisiones judiciales en sí pueden afectar el goce de los derechos sociales de manera directa o indirecta a través de los procesos de implementación, pero también a partir de las dinámicas sociales generadas por la sentencia, el cumplimiento o desacato de la decisión o la ejecución del fallo. En este sentido, el caso del acceso a la seguridad social de la empleada doméstica en México generó una reacción social y quizás este aspecto fue uno de los factores determinantes en el cambio de percepción sobre un marco normativo que es ahora percibido por grandes sectores de la población como discriminatorio. A su vez, el estudio de dicho caso demuestra cómo la reivindicación individual y colectiva de los derechos de las trabajadoras domésticas fortalece ciertas alianzas sociales. Por ejemplo, a través de la conformación de un sindicato, el apoyo de las organizaciones de la sociedad civil y el respaldo de instituciones estatales como la CONAPRED, CDHDF, entre otras. Adicionalmente, el aclamado file "Roma" del famoso director mexicano Alfonso Cuarón que tiene como protagonista a una trabajadora doméstica indígena, sirvió para visibilizar y promover el debate social sobre esta temática. Tanto el elenco de la película como su director participaron de eventos del sindicato de trabajadoras del hogar con el fin de fomentar cambios en la garantía de los derechos de las trabajadoras domésticas aunando esfuerzos para lograr la implementación de las medidas de política pública que eran necesarias para cambiar la situación actual.

Por ello, a la hora de analizar el impacto de los casos en el ámbito social, cabe notar que no sólo la sentencia genera un impacto, sino que el propio proceso genera diversas reverberaciones sociales, lo mismo sucede con los procesos de ejecución de las decisiones. Complementariamente, la efectividad de los procesos judiciales para generar cambios y promover la garantía de los DESCAs no debe medirse únicamente con base en la calidad de la sentencia o su ejecución, a su vez es necesario tener en cuenta impactos fundamentales que pueden propender a la mayor protección o rechazo de los DESCAs, por ejemplo, los cambios de percepción social antes mencionados.

En ese orden de ideas, en muchos países se recorrieron caminos similares para la responsabilización de personas vinculadas con crímenes de lesa humanidad que se colocaron fuera del alcance de la ley a través de amnistías u otros mecanismos de impunidad y luego se revirtieron por medio de procesos sociales y jurídicos diversos que tuvieron la intención de someter a la justicia a los perpetradores.

Más aún, el procesamiento de los casos puede generar cambios en la forma de recepcionar la sentencia al catalizar debates sociales más amplios sobre los asuntos en controversia. El respaldo que puede proveer el marco internacional de protección de derechos y la concordancia con los objetivos de desarrollo sostenible pueden impulsar la movilización de varios actores institucionales y sociales para la garantía de los DESCAs. Ambos permiten en ocasiones activar otros recursos económicos y sociales para impulsar la garantía de ciertos derechos, más allá de lo previsto en las dinámicas judiciales locales. En este sentido, los marcos normativos domésticos e internacionales adquieren un impulso adicional para su efectividad con la implementación de los ODS. Ello por el impacto que implica el reconocimiento de la importancia de los derechos no sólo desde los sectores de la comunidad internacional vinculada con los derechos sino, aquellos actores nacionales e internacionales que utilizan el marco de los objetivos del desarrollo para diseñar sus políticas y asignar recursos.

En el caso relativo a derechos laborales de las personas privadas de libertad en Argentina la autora del análisis señala la importancia del fallo Képych debido a que generó un debate sobre la temática entre sectores gubernamentales y actores de la sociedad civil abriendo un camino a quienes reclamaron con posterioridad.

Otras situaciones de hecho que pueden tener un impacto en la ampliación de la garantía de derechos radican en las alianzas y apoyos desde sectores sociales y espacios institucionales. Así, en el caso de la educación preescolar, la autora rescata la importancia de la actuación de la sociedad civil en la temática y del establecimiento de la Defensoría Pública del Estado de San Pablo.

En suma, los estudios revelan algunas de las potencialidades y limitaciones del sistema de justicia nacional e internacional para la garantía efectiva de los DESCAs teniendo en cuenta consideraciones de política judicial, así como otras que exceden la lógica de los procesos judiciales e invitan a reflexionar sobre el funcionamiento del derecho como herramienta de resolución de conflictos sociales en diversos contextos históricos. La elección de los estudios de caso permite analizar, reflexionar y aprender con la finalidad de avanzar en un horizonte común para asegurar la efectividad de todos los derechos para todas las personas.

BIBLIOGRAFÍA

- ACNUDH. (S/F) Los Defensores de los Derechos Humanos: protección del derecho a defender derechos humanos, Folleto Informativo N°29. Disponible en: <https://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet29sp.pdf> (último acceso: 12/09/2019)
- CEJA. (2019). Programa DIRAJus, Proyecto de identificación de experiencias referidas a DESCAs en países signatarios del Protocolo de San Salvador y otros. Disponible en: https://www.cejamericas.org/2019/documentos/Convocatoria_GIZ-CEJA_ExigibilidadyJusticiabilidaddeDESCA.pdf (último acceso: 23/09/2019)
- CIDH. (2008). Lineamientos para la elaboración de indicadores de progreso en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Disponible en: <http://www.cidh.oas.org/pdf%20files/Lineamientos%20final.pdf>. (Último acceso: 23/09/2019)
- CIDH. (2009). Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. El Derecho de acceso a la información en el marco jurídico interamericano. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/publicaciones/ACCESO%20A%20LA%20INFORMACION%20FINAL%20CON%20PORTADA.pdf> (últi-

- mo acceso: 24/09/2019)
- CIDH. (2011). Informe Nº 4/01, Caso 11.625, María Eugenia Morales de Sierra, Guatemala. Disponible en: <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2000sp/CapituloIII/Fondo/Guatemala11.625.htm> (último acceso: 24/09/2019)
 - CIDH. (2011a). El trabajo, la educación y los recursos de las mujeres: la ruta hacia la igualdad en la garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Disponible en: <https://www.oas.org/es/cidh/mujeres/docs/pdf/MujeresDESC2011.pdf> (último acceso: 24/09/2019)
 - CIDH. (2014). Relatoría Especial sobre DESC. Disponible en: <https://www.oas.org/es/cidh/desc/creacion.asp> (último acceso: 09/09/2019)
 - CIDH. (2015). Documentos Básicos de Derechos Humanos en el Sistema Interamericano. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/documentos-basicos/ratificacion-adhesion-denuncia-intrumentos-interamericanos-derechos-humanos.pdf> (último acceso: 23/09/2019)
 - CIDH. (2015a). Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/IndustriasExtractivas2016.pdf> (último acceso: 24/09/2019)
 - CIDH. (2015b). Estándares jurídicos vinculados a la igualdad de género y a los derechos de las mujeres en el sistema interamericano de derechos humanos: desarrollo y aplicación. Disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2015/10240.pdf> (último acceso: 24/09/2019)
 - CIDH. (2018). Políticas públicas con enfoque de derechos humanos. Disponible en: <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/PolíticasPublicasDDHH.pdf> (último acceso: 23/09/2019)
 - Clérico, L., Ronconi L., Aldao, M. (2018). Hacia la reconstrucción de las tendencias jurisprudenciales en América Latina y el Caribe en materia de igualdad: sobre la no discriminación, la no dominación y la redistribución y el reconocimiento en Inclusion, ius commune y justiciabilidad de los DESCAs en la jurisprudencia interamericana, el caso Lagos del Campo y los nuevos desafíos, Ferrer Mac-Gregor, E., Morales Antoniazzi, M., Pantoja, R. (Coord.), Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, México.
 - CoIDH. (2019). Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Nº7: control de convencionalidad, Costa Rica. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r33825.pdf> (último acceso: 24/09/2019)
 - Corte IDH. (1987). Opinión Consultiva OC-9/87. Serie A No. 9. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_09_esp.pdf (último acceso: 24/09/2019)
 - IDHUCA (2015). Reconociendo el trabajo doméstico remunerado en El Salvador. Disponible en: http://www.uca.edu.sv/idhuca/wp-content/uploads/Reconociendo-el-trabajo-dom%C3%A9stico-remunerado-en-El-Salvador-wcms_430190.pdf (último acceso: 09/09/2019)
 - Krsticevic, V. (2017). Reflexiones sobre la ejecución de sentencias de las decisiones del sistema interamericano de protección de derechos humanos. En *Implementación de las decisiones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Jurisprudencia, normativa y experiencias nacionales*, Krsticevic, V., Tojo, L., (Coord), CEJIL, Buenos Aires, pp. 15-113.
 - Krsticevic, V. (2019). The Inter-American System of Human Rights Protection en *Research Handbook on Economic, Social and Cultural Rights as Human Rights*. En prensa.
 - Lexartza, L et al. (2016). Políticas de formalización del trabajo doméstico remunerado en América Latina y el Caribe. Organización Internacional del Trabajo. Oficina Regional para América Latina y el Caribe. Disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/documents/publication/wcms_480352.pdf (último acceso: 24/09/2019)
 - Manjoo, R. (2011). Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, ONU. Disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2016/10562.pdf> (último acceso: 24/09/2019)
 - OEA. (2015a). Indicadores de progreso para la medición de derechos contemplados en el Protocolo de San Salvador. Disponible en: https://www.oas.org/en/sedi/pub/indicadores_progreso.pdf (último acceso: 07/09/2019).
 - OIT. (2016). Políticas de formalización del trabajo doméstico remunerado en América Latina y el Caribe. Disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/documents/publication/wcms_480352.pdf (último acceso: 23/09/2019)
 - ONU. (1999). Consejo Económico y Social, Comité sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales. OG Nº 13. Disponible en: <http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=4slQ6QSMlBEDzFEovLCuW%2bKyH%2bnXprasyMzd2e8mx4cYID1VMUKXaG3Jw9bomlLKS->

84HB8c9niHQ9mUemvt0CxbbfDfFO2m9g5qE0ChQkVmKOsZYsRIY5Zmhy5rwH6R (último acceso: 24/09/2019)

- ONU. (2015). Objetivos de Desarrollo Sustentable, Objetivos 4, 5 y 8. Disponible en: undp.org/content/undp/es/home/sustainable-development-goals.html (último acceso: 23/09/2019)
- Parra, O. (2018). La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano a la luz del artículo 26 de la Convención Americana. El sentido y la promesa del caso Lagos del Campo. En *Inclusion, ius commune y justiciabilidad de los DESCAs en la jurisprudencia interamericana, el caso Lagos del Campo y los nuevos desafíos*, Ferrer Mac-Gregor, E., Morales Antoniazzi, M., Pantoja, R. (Coord.), Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, México.
- Salmón, B. (2018). Inclusión y gestión de la diversidad: hacia la afirmación de un modelo de inclusión desde el DIDH. En Ferrer Mac-Gregor, E., Morales Antoniazzi, M. y Pantoja, R. (Coords.), *Inclusion, ius commune y justiciabilidad de los DESCAs en la jurisprudencia interamericana, el caso Lagos del Campo y los nuevos desafíos*, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, México.
- Uprimny, R. (2017). La fuerza vinculante de las decisiones de los organismos internacionales de derechos humanos en Colombia: un examen de la evolución de la jurisprudencia constitucional. En *Implementación de las decisiones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Jurisprudencia, normativa y experiencias nacionales*, Krsticevic, V., Tojo, L., (Coord.), CEJIL, Buenos Aires, pp. 127-143.

Instrumentos internacionales

- ACNUDH. (1966) Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales.
- CEPAL. (2018). Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe, Escazú (Costa Rica).
- OEA. (1969). Convención Americana de Derechos Humanos, San José (Costa Rica).
- OEA. (1994). Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer "Convención de Belem do Pará", Brasil.
- OEA. (1994). Convención Interamericana sobre tráfico internacional de menores, México.
- OEA. (1999). Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad, Guatemala.
- OEA. (2013). Convención Interamericana contra el racismo, la discriminación racial y formas conexas de intolerancia, Guatemala.
- OEA. (2013). Convención Interamericana contra toda forma de discriminación e intolerancia, Guatemala.
- OEA. (2015). Convención Interamericana sobre la protección de los derechos humanos de las personas mayores, Washington.
- OIT. (1948). Convenio N° 87 sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación.
- OIT. (2011). Convenio N° 189 sobre el trabajo decente para los trabajadores y los trabajadores domésticos.
- Tratado de Versalles (1919) Parte XIII Organización Internacional del Trabajo, Francia. Jurisprudencia
- Corte IDH. (2001). Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 72.
- Corte IDH. (2006). Caso Acevedo Jaramillo y otros Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 144.
- Corte IDH. (2006a) Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 154.
- Corte IDH. (2008). Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 182.
- Corte IDH. (2009). Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 151.
- Corte IDH. (2009a). Caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 205.
- Corte IDH. (2012). Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Fondo y Reparaciones. Serie C No. 245.
- Corte IDH. (2014) Caso Defensor de Derechos Humanos y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C No. 283.

- Corte IDH. (2015). Caso Wong Ho Wing vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 297.
- Corte IDH. (2015a). Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 298.
- Corte IDH. (2016) Caso Duque Vs. Colombia. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 322.
- Corte IDH. (2016a). Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde VS. Brasil, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 318.
- Corte IDH. (2016b). Caso Flor Freire Vs. Ecuador, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 315.
- Corte IDH. (2017). Caso Lagos del Campo Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 340.
- SCJN. (2018). Amparo Directo 9/2018, Proyecto de sentencia. Disponible en: https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/listas/documento_dos/2018-09/A.D.%209-2018%20%20.pdf (último acceso: 09/09/2019)

