

CAPÍTULO SÉPTIMO
DERECHO SOCIAL EN AMÉRICA LATINA: COLOMBIA,
MÉXICO Y PERÚ

I. El estado del derecho social y el Estado social de derecho	119
A. El idealismo jurídico social latinoamericano	121
B. La falta de un Estado de derecho consolidado	123
2. Derecho del trabajo en América Latina: una integración a la inversa	125
A. Un derecho del trabajo homogéneo en la región	125
B. Un derecho del trabajo heterogéneo en la región	127
C. La flexibilidad en las relaciones de trabajo de la región	129
3. La protección social en América Latina	131
A. La influencia de Bismarck en los sistemas de seguridad social	131
B. Los servicios estatales. Asistencias	140
a. El caso mexicano	140
b. El caso colombiano	144
c. El caso peruano	145
C. Los fondos de pensiones	146
a. Chile	147
b. Perú	149
c. Colombia	149
4. Consideraciones preliminares	151

CAPÍTULO SÉPTIMO

DERECHO SOCIAL EN AMÉRICA LATINA:
COLOMBIA, MÉXICO Y PERÚ

El presente estudio pretende hacer un análisis de la actual situación por la que atraviesa el derecho del trabajo y el derecho social en América Latina, partiendo principalmente del estudio de cuatro países: Brasil, Colombia, Perú y México. En materia del derecho del trabajo se habla de la emergencia de nuevas formas de negociación colectiva, de la flexibilidad interna y externa de las relaciones de trabajo y del fenómeno de desregulación de las relaciones del trabajo. En materia de seguridad social, se hace un repaso de la actual hibridez de los sistemas de seguridad social, existencia al mismo tiempo de seguros sociales y de asistencia social, y en particular, de la emergencia de los fondos de pensión en la región. Transformaciones en materia de derecho social, que se enfrentan a fuertes problemas de eficacia y de efectividad.

El estudio del derecho social en América Latina requiere un conocimiento del origen jurídico de los países que integran dicha región, así como de la situación en que se encuentra el estado del derecho y el Estado de derecho (1). Por otro lado, en este estudio dedicaremos dos grandes apartados a lo que entendemos como los componentes del derecho social: el derecho del trabajo (2) y al derecho de la seguridad social (3). Disciplinas en donde nos dedicaremos a hacer un estudio de sus actuales características y tendencias. Para tener algunos elementos que nos permitan realizar una serie de consideraciones generales acerca del derecho del trabajo y del derecho de la seguridad social en América Latina (4).

1. *El estado del derecho social
y el Estado social de derecho*

La tradición jurídica continental constituye el pilar fundamental del derecho latinoamericano. En América Latina, el derecho se formó sobre

la base de la tradición jurídica occidental. Tradición que se funda en el derecho romano¹⁵⁸ y que se consolida en el siglo XII, bajo la tutela de las universidades latinas y germánicas. Universidades que elaboraron y desarrollaron, a partir del derecho romano, una ciencia jurídica común, en donde el derecho civil y la ley —como la fuente principal del derecho— están en el centro de la tradición jurídica occidental.¹⁵⁹

Si bien es cierto, que los países de América Latina han preservado la tradición jurídica continental en materia de derecho privado, también han buscado inspirarse, en materia de derecho público, de la tradición jurídica angloamericana. Sus Constituciones, cualquiera que haya podido ser su originalidad han partido de los modelos propuestos por la Constitución confederal y luego federal, de los Estados Unidos de América. La única excepción a esta regla, hasta 1889, es Brasil. Sin embargo, este Estado continuó siendo una monarquía, tuvo una Constitución inspirada por el modelo inglés y no por cualquier otro Estado de Europa continental.¹⁶⁰

De tal suerte, que el conjunto de países latinoamericanos comparten un derecho público y privado común. También cuentan con las mismas fuentes del derecho —en donde la ley es la fuente principal—, las mismas categorías jurídicas y una tradición de derecho escrito.

Asimismo, es importante remarcar que en el *corpus* de las Constituciones de los países latinoamericanos existe cierta tendencia “social”. Tendencia que inició con la Constitución mexicana de 1917, con el artículo 123 que desarrolla un catálogo de derechos sociales, particularmente en materia de derecho del trabajo y de seguridad social.

No obstante, el derecho latinoamericano comparte otra serie de características, en las que comúnmente no se repara, pero que resultan muy importantes, si es que se quiere tener una real comprensión del estado del derecho y del Estado de derecho de la región. En particular, nos referimos al idealismo, paternalismo, legalismo, formalismo y a la penetración

¹⁵⁸ Entendemos por derecho romano, el conjunto de instituciones jurídicas del pueblo romano creadas desde su fundación en el año 734 a. C., hasta la compilación de Justiniano en el siglo VI d. C.

¹⁵⁹ *Cfr.* David, René y Jauffret-Spinozi, Camille, *Les grands systèmes de droit contemporains*, París, Dalloz, 1992, pp. 25-118.

¹⁶⁰ *Cfr.* David, René, “L’originalité des droits de Amérique Latine”, en David, René, *Le droit comparé, droits d’hier, droits de demain*, París, Economía, 1982, p. 166.

del derecho en la sociedad. Estas características, como veremos, nos permitirán entender mejor la actual situación del derecho social en la región.¹⁶¹

Se pueden agregar otros aspectos, tales como los de carácter cultural —la coexistencia de una pluralidad de culturas, el nacimiento de lo informal—, históricos —la circunstancia de encontrarse en la periferia del desarrollo mundial—, sociales —una estratificación muy marcada—, sociológicos, —una cultura de la corrupción—, económicos —crisis cíclicas— así como cuestiones de carácter político, —un permanente tránsito a la consolidación de instituciones democráticas—, que cohabitan en la región y que nos permiten entender mejor el sistema jurídico de los países latinoamericanos.

No obstante, la importancia de estos factores y su relación con el derecho, nos limitaremos a comentar los aspectos estrictamente de carácter jurídico, que tienen una relación directa con el derecho social, particularmente, se pueden resaltar dos aspectos: el idealismo jurídico (A) y la falta de penetración del derecho en la sociedad (B).

A. *El idealismo jurídico social latinoamericano*

Hacia 1931 la mayoría de los países de América Latina habían elaborado sus códigos o leyes del trabajo. El código o ley del trabajo típico de la época, ofrecía importantes ventajas al trabajador: la garantía de un salario mínimo, vacaciones pagadas, seguridad social, ayudas familiares, estabilidad en el empleo y una protección especial para los menores y las mujeres.

Un claro ejemplo que ilustra esta época, es la Carta Interamericana de Garantías Sociales de 1948. La carta constituía una de las declaraciones de principios más completa en materia de derechos sociales de los trabajadores y en general en materia de justicia social. El capítulo de principios generales está compuesto de cinco artículos. Dicho capítulo es una síntesis muy completa de los principios universales del derecho del trabajo.¹⁶²

¹⁶¹ Cfr. Karst, Kenneth L. y Roosen, Keith S., *Law and Development in Latin America. A Case Book*, Berkely, Los Ángeles, Londres, University of California Press, Ltd. Londres, Estados Unidos, 1975, pp. 58-65.

¹⁶² Artículo 2o. Los siguientes principios son considerados básicos en el derecho social de los países americanos: a) El trabajo es una función social, goza de la protección especial del Estado y no debe considerarse como artículo de comercio. b) Todo trabajador debe tener la posibilidad de una existencia digna y el derecho a condiciones justas en el desarrollo de su actividad. c) Tanto el trabajo intelectual, como el técnico y el manual,

La mayoría de estos derechos, en realidad, fueron “otorgados” por el legislador. Raramente eran una consecuencia del poder negociador de los trabajadores y de las presiones sociales de los sindicatos. Por consecuencia, la mayoría de estos derechos sólo eran un cúmulo de buenos deseos, que si bien formaban parte del derecho positivo, no eran parte del derecho vigente. En esta situación se puede afirmar que aun es, más marcada en las zonas rurales.¹⁶³ Por otro lado, debe recordarse que en América Latina, la Revolución Industrial llegó muy tarde, particularmente en el caso de México, este país se industrializó hasta finales del siglo XIX. El país a principios del siglo XX, era aun más rural (campesino) que industrial (obrero).

Por otro lado, el idealismo jurídico no sólo se encuentra en el derecho social de la región. Éste también se presenta en el derecho privado. Por ejemplo, en la exposición de motivos del Código Civil mexicano aprobado el 30 de agosto de 1928 y en vigencia el 7 de octubre de 1932, el legislador hizo una serie de señalamientos muy importantes que los llevaron a transformar el viejo Código Civil denominado por criterios individualistas, en un Código Civil con cierto contenido social. En la exposición de motivos del Código Civil hay una serie de consideraciones sobre la profunda transformación social producto del desarrollo económico, de la importancia que ha tomado el movimiento sindical, de la dimensión creciente de los centros urbanos, así como la consideración del derecho como un fenómeno social. De tal suerte, el legislador consideró, que era necesario un nuevo código privado con contenido social, en donde se

deben gozar de las garantías que consagre la legislación del trabajo, con las distinciones que provengan de las modalidades de su aplicación. d) A trabajo igual debe corresponder igual remuneración, cualquiera que sea el sexo, raza, credo o nacionalidad del trabajador. e) Los derechos consagrados a favor de los trabajadores no son renunciables y las leyes que los reconocen obligan y benefician a todos los habitantes del territorio, sean nacionales o extranjeros. Artículo 3o.: Todo trabajador tiene derecho a seguir su vocación y dedicarse a la actividad que le acomode. Tiene igualmente la libertad de cambiar de empleo. Artículo 4o.: Todo trabajador tiene derecho a recibir educación profesional y técnica para perfeccionar sus aptitudes y conocimientos, obtener de su trabajo mayores ingresos y contribuir de modo eficiente al desarrollo de la producción. Artículo 5o.: Los trabajadores tienen el derecho de participar en la equitativa distribución del bienestar nacional, obteniendo a precios razonables los objetos alimenticios, vestidos y habitaciones indispensables. *Cfr.* Cueva, Mario de la, *Derecho mexicano del trabajo*, México, Porrúa, 1954, t. I, pp. 388 y 910.

¹⁶³ *Cfr.* Karst, Kenneth L. y Rosenn, Keith S., *op. cit.*, nota 161, p. 57.

abrogara todo aquello que favoreciera exclusivamente el interés particular en perjuicio de la colectividad.¹⁶⁴

Los códigos y leyes del trabajo, la Carta Interamericana de Garantías Sociales y el Código Civil mexicano son el producto de una construcción jurídica original. En particular, el Código Civil que en principio regula los actos y hechos jurídicos de los privados, es objeto de una interpretación social. Pero son también un ejemplo del idealismo, que ha caracterizado al derecho de la región. Idealismo que en muchas ocasiones se aleja demasiado de lo posible, es decir, de la realidad que pretende regular.

B. *La falta de un Estado de derecho consolidado*

A primera vista, el derecho en América Latina podría calificarse como un derecho moderno. Cuenta con una serie muy completa de instituciones bien desarrolladas; existen tribunales especializados para la resolución de litigios y la aplicación del derecho, cumple con los requisitos de ser general, abstracta, impersonal y universal. Se cuenta también, con una producción doctrinal especializada y muy importante. En fin, no sólo se habla en términos de derecho privado y de derecho social, si no que también, se habla en términos de derecho social.

Sin embargo, el discurso jurídico ha fracasado en su intención de penetrar en la sociedad. Excepción hecha de la élite en el poder y de la clase media —poco representativa cuantitativamente— la mayoría de la población no ha hecho suyo el derecho estatal o formal.¹⁶⁵ De tal suerte, en algunos países, como Brasil, se trata de entender una paradoja: por un lado, la creencia exagerada en el poderío de los procesos jurídicos, formalmente impecables —legalismo— y por otro lado, el abuso y la desobediencia de las leyes.¹⁶⁶ No por nada lo “informal” cada vez ocupa un lugar más preponderante en el conjunto de las sociedades latinoamericanas.¹⁶⁷

¹⁶⁴ Cfr. *La exposición de motivos del Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal*, 52a. ed., México, Porrúa, 1983, p. 682. Para un estudio más profundo del tema se recomienda ver los estudios realizados por la doctora González, María del Refugio, *El derecho civil en México, 1821-1871 (apuntes para su estudio)*, UNAM, 1998.

¹⁶⁵ Cfr. Karst, Kenneth L. y Rosenn, Keith S., *op. cit.*, nota 161, p. 65.

¹⁶⁶ Cfr. Figueredo, Luís Cláudio, “A lei é dura, mais... (para uma clínica do “legalismo” e da transgressão)”, *Sociedade é Estado*, São Paulo, vol. XI, núm. 1, 1996, pp. 57-74.

¹⁶⁷ Cfr. Tokman, Víctor E. (comp.), *El sector informal en América Latina. Dos décadas de análisis*, México, CNCyA, 1995, p. 639.

La falta de penetración del discurso jurídico en las sociedades latinoamericanas se puede entender, si se piensa que una parte importante de ésta, todavía habita en zonas muy alejadas de los centros urbanos. Si se piensa que el poder aun está concentrado entre las manos de dirigentes locales —caciques—. En esas zonas, el conocimiento del derecho de la metrópolis es bastante vago.

Más aun, podría pensarse que la ignorancia de la ley, corresponde sólo a las zonas rurales. Desafortunadamente, esta situación también se presenta entre la población instalada en las áreas periféricas de las ciudades, es decir, en los barrios o favelas, según las denominaciones de cada país. Espacios urbanos que en muchos casos tienen orígenes rurales y logran desarrollar patrones culturales diferentes a los de la metrópolis.¹⁶⁸

Mientras que en Europa, los modelos teóricos y legislativos son el resultado de un concepto directo y creador entre la experiencia y el pensamiento político y legislativo, de donde resultaron instituciones y técnicas particulares. En América Latina, la creación legislativa ha tenido en la mayoría de los casos como mediador, un pensamiento extraño a las realidades de la región.

No se puede negar que en la región existen una serie de figuras jurídicas en materia de derecho social, por ejemplo, la Constitución mexicana de 1917. De tal suerte, que el derecho constitucional del trabajo en América Latina conoció un desarrollo significativo, que se ha manifestado en códigos o leyes de trabajo dignas de admiración. Sin embargo, dichas Constituciones jurídicas en muchas ocasiones son inaplicables o no responden

¹⁶⁸ Golte, Jünger y Adams, Norma, *Los caballos de troya de los invasores. Estrategias campesinas en la conquista de la gran Lima*, Perú, Instituto de Estudios Peruanos, 1990, pp. 38-42; Asamblea de Barrios de la Ciudad de México, *¡Ya nada nos detiene! Comisión de formación*, seis fascículos s/p.; Gohn, Maria de Gloria, *Movimentos sociais e luta pela morada*, São Paulo, Loyola, 1991, p. 190; Holston, James, “Legalizando o ilegal: propriedade e usuração num. Brasil”, *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, vol. 8, núm. 21, 1993, pp. 69-89; Azuela de la Cueva, Antonio, “Los asentamientos populares y el orden jurídico en la urbanización periférica de América Latina”, *Revista Mexicana de Sociología*, vol. 55, núm. 03, 1993, pp. 133-168; Roussel, Monique, “Favelas et pouvoir municipale à São Paulo de la répression à la tolerance”, *Revue Tiers Monde.*, vol. 88, núm. 116, pp. 1067-1081; Riaño, Yvonne y Wesche, Rolf, “Changing Informal Settlements in Latin American Cities”, en Ritter, Archibald R. M., Cameron, Maxwell A. y Pollock, David H., *Latin America to the Year 2000. Reactivating Growth, Improving Equity, Sustaining Democracy*, Praga, Nueva York, Westport (Connecticut), Londres, 1992, pp. 113-121.

al proceso de evolución histórica, económica y política de la región. Se sigue padeciendo el problema del cumplimiento de derechos, códigos o leyes.

Es muy importante conocer las características del estado del derecho en América Latina, sólo con dicho conocimiento podemos entender la situación actual por la que atraviesa el derecho social de la región, es decir, el derecho del trabajo (2) y de la protección social (3).

2. Derecho del trabajo en América Latina: una integración a la inversa

En un primer momento, en América Latina, se había pensado en una posible armonización del derecho del trabajo o al menos de una orientación en dicho sentido (A). Sin embargo, la situación actual nos muestra que cada país ha seguido caminos diferentes que están muy lejos de una deseada armonización. Parece ser que la heterogeneidad es la característica principal del derecho individual del trabajo y del derecho colectivo (B). Aunque los aires de flexibilización de la legislación social están presentes en todos los países de la región (C).

A. Un derecho del trabajo homogéneo en la región

El derecho del trabajo latinoamericano ha tenido una evolución considerable durante los años que siguieron a la Segunda Guerra Mundial. Esta evolución ha estado marcada por la constante preocupación de establecer una cierta autonomía del derecho del trabajo frente al derecho común o civil.¹⁶⁹ En un primer momento, el derecho del trabajo presentaba ciertas constantes. Las divergencias que se podían constatar eran ante todo de tipo cuantitativo y no de tipo cualitativo. Además, para algunos autores la existencia de una serie de factores internos y externos permitía dilucidar una tendencia a la armonización del derecho del trabajo. Armonización que se pensaba como un paso preliminar en vista de una más grande y amplia integración de la región. Entre los factores de carácter interno y externo que se mencionaban, se encontraban:¹⁷⁰

¹⁶⁹ Cfr. Barbageleta, Héctor Hugo, *Introduction aux institutions du droit du travail en Amérique Latine*, Louvain, Université de Louvain, 1980, p. 58.

¹⁷⁰ Cfr. Córdova, Efrén, "Les possibilités d'harmonisation de la législation du travail en Amérique Latine", *Revue Internationale du Travail*, Ginebra, núm. vol. 112, 1975,

- a) Una tendencia precoz a codiciar el derecho del trabajo en la mayoría de los países de la región.
- b) El crecimiento del derecho del trabajo en una época en donde el desarrollo económico de estos países era similar.
- c) La adopción de las primeras disposiciones del derecho del trabajo no había sido el resultado de negociaciones y de transacciones entre trabajadores y empleadores. Las leyes del trabajo eran una concesión del Estado. Esto explica la demanda de los trabajadores de que la ley fuera aplicada y no tanto la adopción de nuevas disposiciones.
- d) Una tradición romanista se manifestaba por la búsqueda de soluciones a través de la adopción de textos legales.
- e) La influencia de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) a través de su actividad normativa así como los contactos directos entre la OIT y los países latinoamericanos.
- f) Las reuniones regionales (a nivel gubernamental o científico) que permitían el reconocimiento de diversas experiencias frente a problemas similares.
- g) Las influencias recíprocas de la legislación, de la jurisprudencia y de la doctrina de los diversos países.

Este conjunto de características permitía afirmar que América Latina era una de las raras regiones del mundo en donde las analogías y afinidades de los conceptos de las legislaciones nacionales eran tales que se podía hablar de un sistema general, o al menos de una comunidad de principios y de tendencias.¹⁷¹

En fin, el intervencionismo estatal era una de las características de región. Este intervencionismo se manifestaba a través de la adopción de códigos y leyes del trabajo. México, es el ejemplo clásico del movimiento de codificación y de intervención del Estado en las relaciones individuales y colectivas del trabajo.¹⁷²

pp. 325-342; Rendón Vásquez, Jorge, "Le droit du travail en Amérique Latine", *Revue Internationale de Droit Comparé*, París, año 43, núm. 1991, pp. 441-463.

¹⁷¹ Cfr. Córdova, Efrén, "Les possibilités d'harmonisation de la législation du travail en Amérique Latine", p. 340.

¹⁷² Cfr. Bronstein, Arturo S., "L'évolution sociale et les relations professionnelles en Amérique Latine: bilan et perspectives", *Revue Internationale du Travail*, vol. 134, núm. 1995, pp. 179-203.

Sin embargo, esa tendencia hacia la armonización de las legislaciones pronto se desvaneció. Ahora el derecho del trabajo de la región afronta otros desafíos y otras realidades. No se puede hablar de la existencia de un modelo que caracterice las relaciones del trabajo de la región (B). Excepción hecha de la tendencia hacia la flexibilidad de las relaciones laborales y del proceso de desregulación del derecho del trabajo (C).

B. Un derecho del trabajo heterogéneo en la región

El fin del intervencionismo económico en América Latina y el proceso de mundialización han producido un cambio drástico en el modelo de relaciones profesionales de la región. Dicho modelo ha pasado de un aparente proceso de homogeneidad, vía la armonización de la legislación del trabajo, a un proceso de heterogeneidad.

Actualmente, parece que cada país tiene su propio sistema de relaciones profesionales. Por ejemplo, en materia de negociación colectiva existen concepciones diferentes, de tal suerte que en Chile había una voluntad de negar la negociación colectiva que comprendiera más de una empresa. El objetivo era evitar el desarrollo del sindicalismo a nivel nacional. Pero ahora el Estado pretende fomentar la negociación colectiva a nivel de cada actividad económica y a nivel nacional. Aunque hay que señalar, que todavía existen desacuerdos entre los actores sociales, sobre todo de la parte de los empleadores, para fomentar la negociación colectiva más allá de la empresa.

Por su parte, Brasil se encuentra en una situación diferente y actualmente, existe una tendencia a la formación de unidades de producción más pequeñas. En tal sentido, se pretende fomentar la negociación colectiva en el ámbito de la empresa.

En el caso de México, la negociación colectiva es fuertemente cuestionada, pues se suele hablar de contratos de protección. Esto quiere decir que no existe libertad para negociar las relaciones colectivas de trabajo y en tal sentido un contrato colectivo de trabajo. En algunas empresas, existen sindicatos blancos que “ofrecen” a las empresas contratos colectivos que favorecen solamente a los empleadores, en detrimento de los derechos de los trabajadores. Por otro lado, las grandes negociaciones, contratos-ley, que pretendían expandirse a todas las ramas industriales, no sólo

han aumentado, sino más bien han disminuido. Actualmente, son contados, es decir muy pocos, los contratos-ley que aun existen en México.¹⁷³

De manera general, se puede decir que en América Latina la constante es el paso de una descentralización a una centralización de la negociación colectiva y de una descentralización de la negociación colectiva a una centralización de la misma. En otras palabras, ahí donde había centralización de la negociación colectiva se va a la descentralización de la misma.¹⁷⁴

La negociación colectiva dentro de la empresa ganó terreno, particularmente, en México y en Brasil. En lo que concierne a la libertad sindical, ésta también ganó terreno en Brasil. No obstante, la tradición según la cual el Estado juega un papel determinante en la definición de las condiciones de trabajo aun está muy enraizada en la región.¹⁷⁵

En materia de relaciones individuales, las reformas de la legislación del trabajo de la región han tenido tres direcciones diferentes. Algunas han tenido como objeto mejorar la estabilidad en el empleo, tal y como ha ocurrido en Brasil y Chile.¹⁷⁶ Este último, como una respuesta a una legislación que durante la dictadura de Pinochet, prácticamente desapareció el derecho del trabajo, por no decir que lo desapareció.

¹⁷³ Por ejemplo, el contrato-ley de la Industria Textil del Ramo de Géneros de Punto, que involucra a 105 centros de producción textil de diferentes estados de la República.

¹⁷⁴ Cfr. Ermida Uriarte, Oscar, "La intervención estatal en las relaciones colectivas de trabajo latinoamericanas", *Nueva Sociedad*, núm. 1993, pp. 29-37; Ermida Uriarte, Oscar, (coord.), *Intervención y autonomía en las relaciones colectivas del trabajo*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1993, p. 396 (en particular ver los trabajos de: Buen Unna, Carlos de, "Intervención y autonomía en las relaciones de trabajo en México", pp. 18-212; Villavicencio Ríos, Alfredo, "Intervención y autonomía en las relaciones colectivas de trabajo en Perú", pp. 213-273; Ermida Uriarte, Óscar, "Intervención y autonomía en las relaciones colectivas de trabajo latinoamericanas: Situación actual y perspectivas", pp. 379-390; Teixeira Filho, João de Lima, "Intervenção e autonomia nas relações colectivas de trabalho no Brasil", pp. 63-100); Paula Leite, Marcia de, "Organización del trabajo y relaciones industriales en el Brasil", *Nueva Sociedad*, núm. pp. 94-103; Mattosso, Jorge y Pochmann, Marcio, "Brésil: restructuration ou destruction productive?", *Revue Tiers Monde*, núm., 1998, pp. 353-379.

¹⁷⁵ Cfr. OIT, *Relations professionnelles, démocratie et cohésion social*, OIT, 1997-98, OIT, Ginebra (ver el capítulo sobre las relaciones profesionales, perspectivas regionales); Smith E., Russell, "El sistema de relaciones industriales brasileño: características y evolución en el tiempo, 1943-1990", *Revista Paraguaya de Sociología*, año 29, núm. 83, 1992, pp. 71-88.

¹⁷⁶ Cfr. Marshall, Adriana, "Protección del empleo en América Latina: las reformas de los años 1990 y sus efectos en el mercado de trabajo", *Estudios de Trabajo*, Buenos Aires, núm. 11, 1996, pp. 3-29.

Otras reformas han tenido como objeto incrementar la flexibilidad de las relaciones de trabajo, tal y como ha sido el caso en Perú y Argentina. Por otro lado, ciertas reformas a la legislación laboral han combinado, en proporciones que varían, dos preocupaciones: una reglamentación adecuada de las relaciones de trabajo y una flexibilidad, también adecuada, de las relaciones de trabajo, tal y como ha sido el caso en Colombia.¹⁷⁷

México se ha mantenido fiel a su antigua legislación laboral. Según la cual se establece en un sistema de garantías que aseguran una protección generosa al trabajador. Aunque en la práctica, el respeto a dichos postulados protectores deja mucho que desear.

Por otro lado, en México, no obstante la resistencia de los sindicatos mexicanos a la reforma de las normas del trabajo, se ha emprendido un programa de ajuste económico que ha traído consigo una caída brutal de los salarios reales, sin necesidad de revisar la legislación. Asimismo, se han establecido mecanismos de concertación entre los empleados, los empleadores y el Estado.¹⁷⁸

C. *La flexibilidad en las relaciones de trabajo de la región*

La flexibilidad de las relaciones del trabajo se inscribe dentro de una crisis del derecho del trabajo. Crisis que ha implicado la recomposición de la mano de obra, la desintegración de los puestos de trabajo, la transformación de los trabajadores asalariados en trabajadores independientes, el fin del pleno empleo —ahí donde existió—, la inversión de las políticas de negociación colectiva —ahora es el sindicato el que concede derechos al empleador—, la globalización de la producción, la precarización de las condiciones de empleo y entre otros aspectos, la emergencia de un sector no estructurado o informal.¹⁷⁹

¹⁷⁷ *Ibidem* y Córdova, Efrén, “La experiencia latinoamericana de codificación en su entorno histórico y problemática actual”, *Revista Andi*, núm. 126, 1994, p. 71; Bronstein, Arturo, “La réforme de la législation du travail en Amérique Latine: régime de garanties et exigence de flexibilité”, *Revue Internationale du Travail*, vol. 135, núm. 1, 1997, pp. 5-27; Alemán Páez, Francisco, “Derecho del trabajo y relaciones laborales en Colombia. Una versión comparada”, *Universitas*, Bogotá, núm. 88, 1995-12, pp. 273-305; Ramírez Zuluaga, Bernardo, “La Constitución de 1991 y los derechos laborales y sindicales”, *Estudios de derecho*, Medellín, 1991, pp. 129-139.

¹⁷⁸ Cfr. Plant, Roger, *Normes du travail et ajustement structurel*, Ginebra, OIT, 1995, p. 75.

¹⁷⁹ Cfr. Lyon-Caen, Gérard, “La crise du droit du travail” en *In memoriam sir Otto Kahn-Freund*, Munich, C. H. Beck, 1980, p. 517; Lyon-Caen, Gérard, *Le droit du tra-*

Estos factores han originado dos tipos de flexibilidad, una de carácter interno y otra de carácter externo. La flexibilidad interna trata de desarrollar las calificaciones y aptitudes polivalentes o polifuncionales de los trabajadores dentro de una unidad de producción e implica también la organización del tiempo de trabajo. Respecto a la flexibilidad externa, esta se refiere al poder del empleador de ajustar rápidamente la mano de obra necesaria para la producción. La práctica más común es la rotación, muy utilizada cuando los volúmenes de producción fluctúan enormemente. La flexibilidad externa en ocasiones se manifiesta con despidos temporales o definitivos, dependiendo de las necesidades de producción. También es posible el incremento de los puestos de trabajo, ya sea contratos a tiempo determinado, indeterminado, a tiempo parcial o el uso de la subcontratación.¹⁸⁰

La flexibilidad externa, en cuanto implica despidos, puede resultar negativa para los empleados. Sin embargo, también permite una mejor incorporación de algunos sectores de la sociedad al mercado de trabajo: las mujeres y los jóvenes. Para ellos el desarrollo de contratos a tiempo parcial o de formación para el trabajo pueden ser positivos.

Desde nuestro punto de vista, la flexibilidad debe permitir conciliar la protección de los trabajadores y un manejo flexible de las necesidades de producción. El detrimento de uno de estos dos objetivos implica el detrimento de la sociedad en su conjunto. La flexibilidad si bien puede ser una solución a corto plazo, no necesariamente puede serlo a largo plazo.

De nada sirve flexibilizar el derecho del trabajo, si sus efectos sobre la productividad van a ser insignificantes. Por lo demás, una mirada crítica a las legislaciones de América Latina que han flexibilizado su derecho del trabajo, en busca de la productividad y de la creación de fuentes de empleo, deja mucho que desear.¹⁸¹

En América Latina de nada le servirá modificar el derecho del trabajo, estableciendo relaciones laborales precarias (contratos precarios, inestabilidad laboral) que produzcan un incremento mediocre de la productividad y un escaso crecimiento del empleo, si a futuro se va tener que pagar

vail. *Une technique réversible*, París, Dalloz, p. 99; Smitis, Spiros, "Le droit du travail a-t-il encore un avenir?", *Droit Social*, París, núm 7-8, julio/agosto, 1997, pp. 655-668.

¹⁸⁰ Cfr. Atkinson, J., *Flexibility, Uncertainty and Manpower*, Brighton, Sussex University, Institut of Manpower Studies, 1985, Informe núm. 89, Comisión Europea, Livre Blanc, 1994 (Parte A7) y Christopherson, S., *Peak Time, Slack Time: The Origins of Contingent Labor Demand*, Ginebra, Work Paper, Biblioteca de la OIT, 1986.

¹⁸¹ Cfr. Marshall, Adriana, *op. cit.*, nota 176, pp. 3-29.

una muy alta factura y fractura social (seguridad social para los trabajadores precarios de hoy). Un trabajo precario, no puede más que generar una protección social futura también precaria... en el mejor de los casos.

En materia de seguridad social, se puede constatar la instauración de nuevas figuras, particularmente, los fondos de pensión creados en Chile y exportados a Perú, Colombia, Bolivia y México. Este mecanismo de protección social constituye un verdadero esfuerzo para encontrar un sistema original de protección social, que pueda ser al mismo tiempo un elemento de desarrollo económico. Sin embargo, la eficacia a largo plazo de dicho mecanismo aun debe ser demostrada.¹⁸²

3. *La protección social en América Latina*

Actualmente en América Latina, los mecanismos de protección social presentan una hibridez considerable. Se mantiene cierta influencia del modelo bismarckiano de seguros sociales (A), la asistencia social sigue jugando un papel muy importante para los estratos sociales más vulnerables (B) y al mismo tiempo en materia de pensiones, se ha instaurado un régimen privado, que en muchas ocasiones rompe con el principio de solidaridad, que según algunos debe caracterizar a la seguridad social (C).

A. La influencia de Bismarck en los sistemas de seguridad social

Según el modelo bismarckiano, la seguridad social es un sistema de garantía para los trabajadores que surge de la actividad asalariada de aquellos. Los seguros sociales, toman prestado sus aspectos jurídicos de los seguros privados. Mediando una cotización, los trabajadores buscan asegurarse contra toda interrupción de la actividad profesional o para recibir una pensión al final de su vida laboral.¹⁸³

Bajo este supuesto, las prestaciones de seguridad social aparecen como una variedad del salario, que en lugar de ser dado directamente al traba-

¹⁸² Cfr. Mesa-Lago, Carmelo, *Changing Social Security in Latin America. Toward Alleviating the Social Cost of Economic Reform*, Lynne Rienner Publishers, Boulder & London, 1994, pp. 115-148; OIT, *Le travail dans le monde 1993*, Ginebra, BIT, p. 72.

¹⁸³ Cfr. Dupeyroux, Jean-Jacques, *Droit de la sécurité sociale*, París, Dalloz, 1993, pp. 33-36.

jador asalariado, es retenida por el empleador y destinada al organismo correspondiente de la seguridad social, para que este le restituya el salario al trabajador, en caso de que sobrevenga un riesgo o accidente de trabajo. Un estudio general de la experiencia latinoamericana nos muestra que la mayoría de los sistemas de seguridad social de la región son de inspiración bismarckiana (cuadro 1).

CUADRO 1. REGÍMENES DE SEGURIDAD SOCIAL EN AMÉRICA LATINA

	Regímenes de seguridad social				
	Vejez, invalidez, sobrevivientes	Accidentes de trabajo, enfermedades profesionales	Enfermedad, maternidad	Desempleo	Prestaciones familiares
Brasil	S	S	S	S	S
Colombia	S	S	S	N	N
México	S	S	S	N	N
Perú	S	S	S	N	N

S= Si N=No

CUADRO 1a. COTIZACIONES PARA EL CONJUNTO DE LAS RAMAS

	Cotizaciones para el conjunto de las ramas (% del ingreso)		
	Trabajadores	Empleador	Total
Brasil	Hasta 10,0	Hasta 10,0	Hasta 33,3
Colombia	Hasta 7,2	Hasta 26,1	Hasta 33,2
México	Hasta 5,2	Hasta 24,6	Hasta 29,8
Perú	Hasta 6,0	Hasta 24,2	Hasta 24,2

FUENTES: US Social Security Administration, Office of Research and Statistics, *Social Security Programs Throughout the World 1995*, BIT, *Maternity and Work, Conditions of Work Digest*, vol. 13, Genève, 1994, p. 190. Estadísticas obtenidas de: OIT, *L'emploi dans le monde, 1996/1997*, 1996, Ginebra, p. 214.

Por otro lado, la cobertura legal comprende las prestaciones de vejez, invalidez y de muerte. En la región, sólo Brasil cuenta con un seguro de desempleo (cuadro 2).

CUADRO 2. COBERTURA LEGAL DE LAS PRESTACIONES DE VEJEZ, INVALIDEZ Y MUERTE (PENSIONES) POR LA SEGURIDAD SOCIAL DE AMÉRICA LATINA 1985.

Países	Trabajadores asalariados		Trabajadores por cuenta propia	Servicio doméstico	Otros
	Todos	Una parte			
Brasil		X	X(a)	X	
Colombia		X	X(b)	X(b)	
México		X	X(b)	X(b)	X(c)
Perú	X		X(b)	X	

FUENTE: MESA-LAGO, Carmelo. *La seguridad social y el sector informal*, PREALC/OIT, Chile, 1990, p. 17.

- a. Solamente la población urbana.
- b. Cobertura voluntaria. En México la cobertura es gradual.
- c. Existe una afiliación voluntaria abierta a toda la población.

Aunque en general se puede afirmar que la cobertura legal comprende a la totalidad de los trabajadores asalariados, se pueden presentar una gran cantidad de excepciones. Es sabido que en América Latina, la afiliación obligatoria está limitada a los trabajadores de las empresas que pueden soportar la carga de las cotizaciones sociales. En lo que concierne a los trabajadores independientes, dicha cobertura es voluntaria. De tal suerte, que la cobertura de los trabajadores independientes ha sido prácticamente inexistente.

Los esfuerzos para asegurar una protección social a los trabajadores independientes han sido realizados por medio de dos modalidades. Por un lado, la reorganización del sistema, que en varios casos se han establecido diferencias entre aquellos que pagan una cotización (asalariados) y aquellos que no pagan (indigentes). Estas diferencias se manifiestan en la calidad de la atención médica recibida (mayor para los primeros) y en el monto de las prestaciones (prestaciones monetarias exclusivas para los que cotizan).

Dichas deficiencias de cobertura han tratado de ser subsanadas por medio de la creación de un sistema de asistencia social, en particular para los trabajadores que se encuentran en el llamado sector informal. Categoría en donde suelen confluír asalariados, trabajadores independientes y pequeños empleadores (*infra*).¹⁸⁴ De tal suerte que en América Latina, la cobertura legal no abarca a la totalidad de trabajadores asalariados. Dicha cobertura es sólo de carácter voluntaria para los trabajadores independientes (cuadro 3).

CUADRO 3. COBERTURA LEGAL DE PRESTACIONES DE SALUD POR LA SEGURIDAD SOCIAL EN AMÉRICA LATINA 1985.

Países	Todos los residentes	Trabajadores asalariados		Trabajadores por cuenta propia	Servicio doméstico
		Todos(a)	Una parte(b)		
Brasil			X	X(c)	X
Colombia			X	X(c)	X(c)
México			X	X(c)	X(c)
Perú		X			X

FUENTE: MESA-LAGO, Carmelo. La seguridad social y el sector informal, PREALC/OIT, Chile, 1990, p. 15.

a. La mayoría de los países excluyen a los trabajadores familiares no remunerados.

b. Se trata normalmente de trabajadores permanentes de la industria, el comercio, transportes, minas, agricultura, servicio doméstico, trabajadores temporales, trabajadores a domicilio y de los trabajadores familiares no remunerados.

c. Cobertura voluntaria.

El modelo de seguridad social mexicano se basa principalmente en el sistema concebido por Bismarck, en la medida en se funda en un relación sinalagmática: a cambio de una contribución versada por el asegurado, este recibe una gama determinada de seguros. Además, el empleador (en su caso el Estado) debe también debe aportar una contribución. Dicho modelo queda de manifiesto a través de la existencia de tres institucio-

¹⁸⁴ Cfr. López-Castaño, Hugo, *Trabajadores urbanos independientes, ciclo de vida laboral y seguridad social en Colombia*, Instituto de Seguros Sociales, Universidad de Antioquia, 1990, p. 31.

nes: el Instituto Mexicano de la Seguridad Social, el Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado y el Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas.

Instituto Mexicano de la Seguridad Social. En 1932 inicial los primeros esfuerzos para expedir una ley del seguro social, pero es hasta el 19 de enero de 1943 que se publica en el *Diario Oficial* la Ley del Seguro Social, la cual fue objeto de múltiples reformas en 1973. Ordenamiento legislativo que finalmente fue derogado por la Ley del Seguro Social publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 21 de diciembre de 1995, en vigor en toda la República a partir del día 1o. de julio de 1997 (según el “Decreto por el que se reforma el párrafo 1o. del artículo 1o. transitorio de la Ley del Seguro Social publicado el 21 de diciembre de 1995”, decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el día 21 de diciembre de 1996).

La ley señala que el Seguro Social es el instrumento básico de la seguridad social, establecido como un servicio público de carácter nacional. La organización y administración del Seguro Social están a cargo del Instituto Mexicano del Seguro Social, organismo público descentralizado con personalidad jurídica, patrimonio propio y con cierta autonomía fiscal.

El Seguro Social comprende un régimen obligatorio y un régimen voluntario. El régimen obligatorio comprende los seguros de: riesgos de trabajo, enfermedades y maternidad; invalidez y vida; retiro, cesantía en edad avanzada y vejez, y guarderías y prestaciones sociales. Los sujetos de aseguramiento del régimen obligatorio son: los trabajadores sujetos a una relación de subordinación de manera permanente o eventual; los miembros de sociedades cooperativas de producción y las personas que determine el Ejecutivo Federal a través del Decreto respectivo.

Las personas que voluntariamente podrán ser sujetos de aseguramiento al régimen obligatorio son: los trabajadores en industrias familiares y los independientes; los trabajadores domésticos; los ejidatarios, comuneros, colonos y pequeños propietarios; los patrones personas físicas con trabajadores asegurados a su servicio y los trabajadores al servicio de las administraciones públicas de la Federación, entidades federativas y municipios que estén excluidas o no comprendidas en otras leyes o decretos como sujetos de seguridad social.

Los recursos para cubrir las prestaciones en dinero, las prestaciones en especie y los gastos administrativos del seguro de enfermedades y maternidad, se obtienen de las cuotas que están obligados a cubrir los patrones y los trabajadores, o demás sujetos (por ejemplo los afiliados al régimen

voluntario) y de la contribución que le corresponde al Estado. Los recursos necesarios para financiar las prestaciones y los gastos administrativos del seguro de invalidez y vida, obtienen de las cuotas que están obligados a cubrir los patrones, los trabajadores y demás sujetos obligados, así como por la contribución que le corresponde al Estado. En el caso del seguro de retiro, cesantía en edad avanzada y vejez, los patrones y el Gobierno Federal están obligados a entregar al Instituto Mexicano del Seguro Social el importe de las cuotas obrero-patronales y la aportación estatal. Dichas cuotas se reciben y se depositan en las respectivas subcuentas de la cuenta individual de cada trabajador, en los términos previstos en la Ley para la Coordinación de los Sistemas de Ahorro para el Retiro.

Por otra parte, de la Ley del Seguro Social destaca la creación de un “seguro de salud para la Familia”. La ley señala que todas las familias de México tienen derecho a un seguro de salud para sus miembros, por lo que pueden celebrar con el Instituto Mexicano del Seguro Social un convenio para el otorgamiento de las prestaciones en especie del seguro de enfermedades y maternidad. El Instituto Mexicano del Seguro Social también puede celebrar este tipo de convenios con los trabajadores mexicanos que se encuentren trabajando en el extranjero, a fin de proteger a sus familias residentes en territorio nacional y a ellos mismos cuando se ubiquen en éste.

En diciembre de 2004 el número de asegurados se incrementó en 318,634 equivalente a un 2.6% en relación con la cifra de diciembre de 2003. Los datos reflejan que en quince meses hubo 374,910 nuevos empleos formales; incremento generalizado en casi todas las entidades federativas con excepción de Oaxaca y Nayarit. El incremento se dio principalmente en empresas con un rango de 101 a 500 trabajadores y de 501 y más, mientras que se redujo en las más pequeñas, las que cuentan entre 1 y 10 trabajadores.¹⁸⁵

Permanentes y Eventuales a julio de 2005

Total: 12, 896, 725

Permanentes: 10, 944, 682

Eventuales: 1, 952, 043

Número de trabajadores asegurados en el IMSS, permanentes y Eventuales urbanos a agosto de 2005

¹⁸⁵ Banxico, Informe cit. p. 34.

Total: 12, 901, 223

Permanentes: 10, 957, 242

Eventuales: 1, 943, 981

Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado. En 1925 se expidió la primer Ley General de Pensiones Civiles, seguida de la de 1946 y la de 1947. Posteriormente debido a la reforma de 1959 del artículo 123 constitucional que establece una regulación distinta para los trabajadores del gobierno federal, el 20 de noviembre de 1959 se promulga la primera Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado, en vigor hasta enero de 1984, fecha en que entra en vigor la nueva Ley. En tal sentido, la administración de los seguros, prestaciones, así como la del fondo de la vivienda de los trabajadores al servicio del Estado, están a cargo del organismo descentralizado con personalidad jurídica y patrimonio propio, denominado Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado. La Ley del Instituto se aplica a: los trabajadores al servicio civil de las dependencias y de las entidades de la administración pública federal que por ley o por acuerdo del Ejecutivo Federal se incorporen a su régimen, así como a los pensionistas y a los familiares derechohabientes de unos y otros; a las dependencias y entidades de la administración pública federal y de los Poderes de la Unión a que se refiere esta ley; a las dependencias y entidades de la administración pública en los estados y municipios y a sus trabajadores en los términos de los convenios que el Instituto celebre de acuerdo con esta ley, y las disposiciones de las demás legislaturas locales; a los diputados y senadores que durante su mandato constitucional se incorporen individual y voluntariamente al régimen de esta ley; y a las agrupaciones o entidades que en virtud del acuerdo de la junta directiva del Instituto se incorporen al régimen de esta ley. La cobertura social de la ley del Instituto comprende: un régimen obligatorio y un régimen voluntario.

Los seguros, prestaciones y servicios con carácter obligatorio son: Medicina preventiva; seguro de enfermedades y maternidad; servicios de rehabilitación física y mental; seguro de riesgos del trabajo; seguro de retiro por edad y tiempo de servicios; seguro de retiro por edad y tiempo de servicios; seguro de invalidez; seguro por causa de muerte; seguro de cesantía en edad avanzada; indemnización global; servicios de atención para el bienestar y desarrollo infantil; servicios integrales de retiro a jubilados y

pensionados; arrendamiento o venta de habitaciones económicas pertenecientes al Instituto; préstamos hipotecarios y financiamiento en general para vivienda, en sus modalidades de adquisición en propiedad de terrenos y/o casas habitación, construcción, reparación, ampliación o mejoras de las mismas; así como para el pago de pasivos adquiridos por estos conceptos; préstamos a mediano plazo; préstamos a corto plazo; servicios que contribuyan a mejorar la calidad de vida del servidor público y familiares derechohabientes; servicios turísticos; promociones culturales, de preparación técnica, fomento deportivo y recreación, servicios funerarios, y el sistema de ahorro para el retiro.

Todo trabajador incorporado al régimen obligatorio debe cubrir al Instituto una cuota fija del 8% del sueldo básico de cotización que disfrute. Las dependencias y entidades públicas sujetas al régimen de esta ley debe cubrir al Instituto, una aportación equivalente al 17.75% del sueldo básico de cotización de los trabajadores.

Las dependencias y entidades están obligadas a enterar al Instituto, el importe de las aportaciones correspondientes al sistema de ahorro para el retiro, mediante la constitución de depósitos en favor de cada trabajador. Dichas aportaciones son por el importe equivalente al 2% del sueldo básico de cotización del trabajador. Las cuentas individuales del sistema de ahorro para el retiro tienen dos subcuentas: la del ahorro para el retiro y la del fondo de la vivienda. Las dependencias y entidades deben llevar a cabo la apertura de la cuenta individual del sistema de ahorro para el retiro del trabajador en la o las instituciones de crédito o entidad financiera autorizada que ellas elijan dentro de las que tengan oficina en la plaza o, de no haberla, en la población más cercana.

Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas. El 30 de diciembre de 1961 se publica la primer Ley de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas, aunque ya desde 1955 el ejército contaba con un sistema de pensiones. La ley vigente data del 29 de agosto de 1976. La ley contiene cuatro capítulos. El primero, relativo a la organización y funcionamiento del Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas. El segundo, relativo a las prestaciones, haberes de retiro, pensiones y compensaciones, pagos de defunción y ayuda para gastos de sepelio, fondo de ahorro y seguro de vida militar. El tercero, relativo a pruebas y procedimientos. El cuarto, relativo a prevenciones generales. El Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas es un organismo público descentralizado federal, con personalidad jurídica

y patrimonio propio. Las prestaciones y servicios que se encargan de administrar el Instituto son las siguientes; haberes de retiro; pensiones, compensaciones, pagos de defunción; ayuda para gastos de sepelio; fondo de trabajo; fondo de ahorro; seguro de vida; venta y arrendamiento de casas; préstamos hipotecarios a corto plazo; tiendas, granjas y centros de servicio; hoteles de tránsito; casa hogar para retirados; centros de bienestar infantil; servicio funerario; escuelas e internados; centros de alfabetización; centros de adiestramiento y superación para esposas e hijas de militares; centros deportivos y de recreo; orientación social; servicio médico y, servicio médico subrogado y de farmacias económicas. Estas prestaciones son concedidas a los miembros de la Secretaría de la Defensa Nacional y de Marina.

En lo que concierne al Brasil, se ha guardado el principio de seguros para los jubilados y las prestaciones pecuniarias. Sin embargo, en un país donde la desigualdad social y económica es fragante, la universalidad de la protección social se impone. Esto se ha logrado por medio de la asistencia médica. Al contrario, la asistencia social está limitada a la población pobre y en general para las personas que por sus condiciones no pueden trabajar, es decir, los menores, las personas de edad avanzada y los minusválidos.¹⁸⁶

Así como en Brasil la asistencia social ocupa un lugar muy importante, destinada a los sectores de la población más vulnerable, en el resto de América Latina, podemos encontrar la misma constante. En tal sentido, el Estado ha desempeñado un rol asistencial para la población que carece de una protección social (B).

Especial comentario requiere el caso colombiano. En Colombia la Ley número 100 de 1993 ha instaurado un sistema de seguridad social integral. La seguridad social es considerada como un servicio público, obligatoria, solidaria, universal y a cargo de instituciones públicas y privadas. El Estado está encargado de asegurar la coordinación, la dirección y el control de este sistema de seguridad social de naturaleza mixta (pública y privada). Dicho sistema se compone de tres ramas: el sistema general de pensiones, el sistema general de salud y el sistema general de riesgos y accidentes profesionales.

¹⁸⁶ Cfr. Boschetti-Ferrera, Ivannette Salette, *La sécurité sociale au Brésil après la Constitution de 1988: Entre l'assurance et l'assistance. Thèse École des Hautes Études en sciences Sociales*, 1998.

Una característica de la Ley 100, es que fomenta más la demanda que la oferta de servicios de salud. La ley unifica también las prestaciones de los trabajadores, las estructuras de las instituciones de servicios de salud y las normas reglamentarias. La ley también busca proteger la población más vulnerable de los trabajadores independientes.¹⁸⁷

B. *Los servicios estatales. Asistencias*

Cuando se hace un análisis del conjunto de los países latinoamericanos, se constata la presencia de la asistencia social, como uno de los mecanismos de protección social a los que tiene acceso la población. El Estado es, generalmente, el responsable de los servicios de asistencia, pero también existen algunos organismos privados que juegan un rol importante, tal y como es el caso de Colombia y en menor medida el de Perú. En ciertos países, como Brasil, la Ley 87412 del 7 de diciembre de 1993, determina la organización de la asistencia social y establece una serie de medidas tendientes a proteger a la población indigente.

a. El caso mexicano

En el caso de México se establece los principios generales del Sistema Nacional de Asistencia Social, buscando proteger a las familias desprotegidas y particularmente a los menores de edad, a las personas de edad avanzada, así como a los indigentes.¹⁸⁸

La Ley del Sistema Nacional de Asistencia Social establece los principios generales del Sistema Nacional de Asistencia Social, buscando proteger a las familias desprotegidas y particularmente a los menores de edad, a las personas de edad avanzada, así como a los indigentes. De tal suerte que existe un sistema nacional de 237 hospitales federales y más de 6, 954 unidades de consulta. El sistema nacional está encargado también de coordinar los hospitales que se encuentran en los estados y municipios de la Federación. Se encarga también de administrar los programas de asisten-

¹⁸⁷ Ley núm. 100 del 23 de diciembre de 1993, por la cual se crea el Sistema de Seguridad Integral y se dictan otras disposiciones. (*Diario Oficial*, 23 de diciembre de 1993, núm. 41148, pp. 1-27).

¹⁸⁸ Ley Sobre el Sistema Nacional de Asistencia Social, *Diario Oficial*, núm. 6, 1986-01-09, pp. 10-16.

cia para las personas de edad avanzada, los discapacitados y la población más pobre.

A nivel nacional, existen también institutos nacionales de salud, instituciones especializadas en la atención de enfermedades:

1. Hospital Infantil de México
2. Instituto Nacional de Psiquiatría Ramón de la Fuente
3. Instituto Nacional de Cancerología
4. Instituto Nacional de Cardiología
5. Instituto Nacional de Enfermedades Respiratorias
6. Instituto Nacional de Neurología y Neurocirugía
7. Instituto Nacional de Pediatría
8. Instituto Nacional de Perinatología
9. Instituto Nacional de Salud Pública
10. Instituto Nacional de Nutrición

Otra posibilidad que tiene la población abierta busca satisfacer sus necesidades de asistencia médica, maternidad y enfermedades no profesionales a través de los servicios de salud estatales destinados a la población no asegurada.

En el caso del Distrito Federal, la Secretaría de Salud del Distrito Federal (SSDF) en sus 26 hospitales, 210 centros de salud y 10 clínicas de especialidades ofrece una serie de servicios de salud, para atender a una población potencial de cerca de 4 millones de habitantes del DF.

Mejorar la salud de la población requiere instrumentar mecanismos para facilitar su acceso y orientar a los usuarios sobre su ubicación. De esta manera se ha elaborado un catálogo de servicios, con el cual se pretende presentar toda la gama de especialidades de la SSDF, de padecimientos que se pueden atender y el tipo de acciones médicas que en general se realizan.

Programas institucionales creados para la población en general:

IMSS-Oportunidades es un programa que busca proporcionar atención integral a la salud con calidad y humanismo para contribuir a mejorar las condiciones de vida y bienestar de la población rural marginada, mediante una red regionalizada de unidades de primer y segundo nivel, contando con la participación de la comunidad.

El seguro de salud para la familia. La ley del Seguro Social establece que todas las familias en México tienen derecho a un seguro de salud para sus miembros y para ese efecto, podrán celebrar con el Instituto Mexicano del Seguro Social convenio para el otorgamiento de las prestaciones en especie del seguro de enfermedades y maternidad, en los términos del reglamento respectivo. Los sujetos amparados por el seguro de salud para la familia son:

I. El asegurado.

II. El pensionado por:

- a) Incapacidad permanente total o parcial;
- b) Invalidez;
- c) Cesantía en edad avanzada y vejez; y
- d) Viudez, orfandad o ascendencia.

III. La esposa del asegurado o, a falta de ésta, la mujer con quien ha hecho vida marital durante los cinco años anteriores a la enfermedad, o con la que haya procreado hijos, siempre que ambos permanezcan libres de matrimonio. Si el asegurado tiene varias concubinas ninguna de ellas tendrá derecho a la protección.

Del mismo derecho gozará el esposo de la asegurada o, a falta de este el concubinario, siempre que hubiera dependido económicamente de la asegurada, y reúnan, en su caso, los requisitos del párrafo anterior;

IV. La esposa del pensionado en los términos de los incisos a), b) y c) de la fracción II, a falta de esposa, la concubina si se reúnen los requisitos de la fracción III. Del mismo derecho gozará el esposo de la pensionada o a falta de éste el concubinario, si reúne los requisitos de la fracción III;

V. Los hijos menores de dieciséis años del asegurado y de los pensionados, en los términos consignados en las fracciones anteriores;

VI. Los hijos del asegurado cuando no puedan mantenerse por su propio trabajo debido a una enfermedad crónica, defecto físico o psíquico, hasta en tanto no desaparezca la incapacidad que padecen o hasta la edad de veinticinco años cuando realicen estudios en planteles del sistema educativo nacional;

VII. Los hijos mayores de dieciséis años de los pensionados por invalidez, cesantía en edad avanzada y vejez, que se encuentren disfrutando de asignaciones familiares, así como los de los pensionados por incapacidad permanente, en los mismos casos y condiciones establecidos en el artículo 136;

VIII. El padre y la madre del asegurado que vivan en el hogar de éste; y

IX. El padre y la madre del pensionado en los términos de los incisos a), b) y c) de la fracción II, si reúnen el requisito de convivencia señalado en la fracción VIII.

Los sujetos comprendidos en las fracciones III a IX, inclusive, tendrán derecho a las prestaciones respectivas si reúnen además los requisitos siguientes:

- a) Que dependan económicamente del asegurado o pensionado; y
- b) Que el asegurado tenga derecho a las prestaciones consignadas en el artículo 91 de la ley del Seguro Social, relativo a:

Las personas que voluntariamente se incorporen al seguro de salud para la familia pagan anualmente una cuota equivalente al 22.4% de un salario mínimo general diario para el Distrito Federal. Por cada familiar adicional, se paga una cuota equivalente al 65% de la que corresponde a este seguro. El Estado debe contribuir al financiamiento del seguro familiar conforme a lo dispuesto en la Ley del Seguro Social.

Sistema de protección de salud: seguro popular.¹⁸⁹ Según el registro del censo de población y vivienda 2000 el 57.8% del total de la población del país no está asegurada por alguna institución de seguridad social, por lo cual en la mayoría de los casos posterga e incluso deja de atenderse por el alto costo que el tratamiento involucra y el limitado patrimonio del que disponen.

A partir del 2002, el gobierno de la República instrumenta para enfrentar el reto establecido en el Plan Nacional de Salud 2001-2006,¹⁹⁰ en coordinación con los gobiernos estatales, el Seguro Popular de Salud. Su financiamiento es fundamentalmente público, mediante subsidio y complementado con una contribución menor de los asegurados, así como por recursos fiscales federales asignados en el Presupuesto de Egresos de la Federación.

El seguro popular comprende como mínimo los servicios de consulta externa en el primer nivel de atención, así como la externa y hospitalización para especialidades básicas (medicina interna, cirugía general, ginecoobstetricia, pediatría y geriatría).

¹⁸⁹ Cfr. *Financiamiento justo y protección social universal. La reforma estructural del sistema de salud en México*, México, Secretaría de Salud, 2004, pp.7-13.

¹⁹⁰ Publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 21 de septiembre de 2001.

Pueden incorporarse al seguro popular las familias y personas que no sean derechohabientes de las instituciones de seguridad social (Instituto Mexicano del Seguro Social —IMSS—, Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado —ISSSTE— e Instituto de Salud para la Familia —ISFAM—) o no cuenten con algún otro mecanismo de previsión social en salud.

Los requisitos para ser beneficiario del SPSS consisten en ser: (i) residente en territorio nacional; (ii) no ser derechohabiente de la seguridad social; (iii) contar con la Clave Única de Registro de Población —CURP—; (iv) cubrir las cuotas familiares, y (v) cumplir con obligaciones establecidas para tal efecto.

Las cuotas familiares se determinan en función de las condiciones socioeconómicas de cada persona o familia. Por su parte el gobierno federal paga anualmente una cuota social por cada familia beneficiada, mientras los gobiernos estatales y el Distrito Federal efectúan aportaciones solidarias equivalentes a la mitad de la cuota social que aporta el gobierno federal.

Los derechos de los beneficiarios del seguro popular consisten entre otros en: (i) servicios integrales de salud; (ii) medicamentos necesarios y que correspondan a los servicios de salud; (iii) información suficiente y clara respecto a atención de su salud y riesgos por procedimientos quirúrgicos y terapéuticos; (iv) contar con un expediente clínico, (v) trato digno y respetuoso, así como atención igualitaria y de calidad; (vi) atención médica en urgencias; (vii) presentación quejas, y (viii) confidencialidad.¹⁹¹

b. El caso colombiano

En Colombia las Organizaciones no Gubernamentales (ONGs) han jugado un rol muy importante. Setenta ONGs han participado entre 1993 y 1995 en la creación de Empresas Solidarias de Salud. Para 1995 había 169 proyectos, (50% en el sector urbano y 50% en el sector rural). Se debe remarcar también la creación de setenta ESS, de las cuales 30 son mutua-

¹⁹¹ Nota Informativa. Seguro popular de salud. Circular 03/2005, marzo 2005, Despacho Cantú y Romero, S. C. México.

les, 35 cooperativas y 5 asociaciones. En total, las ESS cubren 86 municipios y 1450 000 personas afiliadas.¹⁹²

Sin embargo, según la opinión de algunas ONG, existen todavía una serie de problemas, particularmente, la falta de coordinación entre las ESS, así como el hecho de designar recursos financieros solamente a la oferta de servicios y no a la demanda. En fin, la lentitud en la instauración del sistema integral de protección social, que busca la Ley número 100. Las ONG consideran necesaria una campaña de difusión de la Ley número 100 y solicitan que el Ministerio de Salud establezca una verdadera política de coordinación, de apoyo y de asistencia técnica destinada a las Empresas Solidarias de Salud.

Por otro lado, se ha considerado que la reglamentación de las Empresas Solidarias de Salud es un obstáculo a la buena administración del régimen subvencionado. En la práctica, existe una mediación (leer burocrática) entre las ONG y/o las ESS. Además, las comunidades pobres están bajo la tutela y la organización de las autoridades municipales. Estas suelen tirar partido del beneficio de sus organizaciones políticas locales o regionales.

En realidad, con este sistema, se ha contribuido a consolidar el paralelismo entre el régimen contributivo y el subvencionado destinado a los pobres. Por otro lado, estos últimos están fuera de toda protección en caso de riesgos profesionales, incluso si se permite la afiliación de trabajadores independientes. Esto quiere decir, que las empresas solidarias de salud sólo cubren el riesgo de enfermedad y no cubren los riesgos o accidentes de trabajo. Aunque, bien es cierto, existe la expectativa de crear empresas de riesgos profesionales.¹⁹³

c. El caso peruano

El Ministerio de la Salud es el responsable de la medicina preventiva. La infraestructura del Ministerio de la Salud comprende hospitales na-

¹⁹² Cfr. Useche de Brill, Inés y Arango de Narváez, Myriam, "Empresas Solidarias de salud: experiencias y recomendaciones", en Hernández, Elsa Marcela y Ginneken, Wouter van (eds.), *Seguridad social para los trabajadores informales colombianos*, Bogotá, BIT, Bogotá, 1997.

¹⁹³ Cfr. González Posso, Camilo, *Los trabajadores informales frente a la seguridad social en Colombia*, s.e., Santafé de Bogotá, 1995, pp. 8-29.

cionales, regionales y centros de salud municipales. Entre 1986 y 1988 se reglamentó la integración funcional del Instituto Peruano de Seguridad Social (IPSS) y del Ministerio de la Salud, sin embargo, una serie de dificultades políticas, administrativas y financieras provocaron, a finales de 1988, de la parte del IPSS la suspensión del proceso de integración.

La Ley 8742 del 7 de diciembre de 1993 organiza la asistencia social y establece sus objetivos: la protección de la familia, de la maternidad, de los menores de edad, de las personas de edad avanzada, así como la integración al mercado de trabajo de las personas minusválidas.¹⁹⁴

En Perú también hay pequeños programas de asistencia social creados por las municipalidades. Por ejemplo, en Lima existe el Fondo Municipal del Ambulante. Este Fondo se alimentaba de un impuesto (sisa) de los comerciantes ambulantes. El impuesto debía ser afectado, principalmente a los servicios de salud. Igualmente en Lima, una ordenanza de la municipalidad había creado un servicio de salud para los trabajadores ambulantes. Sin embargo, este servicio duró solamente algunos meses y el impuesto no fue más utilizado para los servicios de salud.¹⁹⁵

En América Latina, múltiples razones han conducido a los países de la región a reestructurar los regímenes de retiro, ya que estos sufrían de grandes carencias: prestaciones insuficientes, desequilibrio financiero, débil tasa de cobertura social y envejecimiento de la población (C).

C. Los fondos de pensiones

Los fondos de pensión se inscriben dentro de una crisis de los modelos de financiamiento de la seguridad social fundada en la solidaridad intergeneracional, de una modificación estructural que tiene que ver particularmente, con la privatización de empresas públicas, la reducción del gasto y el incremento del déficit público, así como un intento de reconstrucción y fomento del ahorro interno y de revitalizar el mercado nacional de capitales. Los fondos de pensión no sólo intentan, responder a necesidades y problemas estrictamente del campo de la seguridad social,

¹⁹⁴ Ley 8742 del 7 de diciembre de 1993. El Peruano. Existe también una ley que crea el Sistema Nacional para la Población en Riesgo. El Peruano, núm. 6421, 23 de enero de 1998, pp. 15601-156702.

¹⁹⁵ Cfr. Mesa-Lago, Carmelo, La seguridad social y el sector informal, *La seguridad social y el sector informal*, Chile, PREALC/OIT, 1990, pp. 11 y 102.

sino que también, a problemas nacionales de carácter económico, tales como el fomento al ahorro interno.

El sistema de ahorro fundado sobre cuentas individuales, fondos de pensión, nace en Chile en 1981. Para el conjunto de países latinoamericanos, el año de 1994 ha sido decisivo en materia de reformas y de instauración de los fondos de pensión. Colombia se lanzó en dicha empresa, pero mantuvo su régimen público. Argentina optó por un sistema mixto de dos niveles: todos los trabajadores conservan una prestación de base a la cual se agregará un retiro complementario, que podrá ser privado o público. En Brasil una propuesta de privatización parcial ha sido sometida a consideración del parlamento en 1993. Otros países tales como Bolivia, Ecuador, Guatemala, México, Paraguay, Uruguay y Venezuela han afinado su reforma, o bien, se dieron un periodo de reflexión antes de someter sus proyectos respectivos al parlamento o la opinión pública.¹⁹⁶

Los fondos de pensiones han sido objeto de fuertes resistencias sociales que de alguna manera han moderado su implantación en otros países, particularmente, en Colombia y en México. Aunque algunos otros han adoptado prácticamente al pie de la letra el modelo chileno, tal es el caso de Perú.

a. Chile

Los fondos de pensiones chilenos nacieron durante la época del régimen militar. El decreto-ley 3500 de noviembre de 1980 impuso una reforma drástica a las pensiones. Instituyó un dispositivo donde cada asegurado se convertía en titular de una cuenta individual de capitalización. Las cuentas son alimentadas con el 10% del salario del trabajador y no hay cotización patronal. La administración de las cuentas corre a cargo de organismos privados denominados Administradoras de Fondos de Pensiones. Además de la vejez, mediando una cotización suplementaria, que va del 2.5 % al 3.7% del salario, el seguro cubre el riesgo de invalidez y las prestaciones a los sobrevivientes.¹⁹⁷

Los trabajadores chilenos tuvieron un plazo de cinco años, que expiró en 1986, para escoger entre quedarse con el antiguo sistema o su adhesión al nuevo. Aunque el nuevo sistema nació con vocación de sustituir completamente al anterior, puesto que este ya no recibe más adherentes y en conse-

¹⁹⁶ Cfr. OIT, *Bulletin d'informations sociales*, Ginebra, núm. 4, 1992, pp. 506-508.

¹⁹⁷ *Idem* y Mesa-Lago, Carmelo, *op. cit.*, nota 195, pp. 115-133.

cuencia está destinado a desaparecer con sus últimos pensionados. Sólo el ejército y la policía conservaron sus respectivos regímenes especiales.

El Estado ha financiado la transición entre los dos sistemas y ejerce una tutela sobre el funcionamiento del régimen privado. Además el Estado es el garante de un retiro mínimo a los afiliados que coticen al menos durante 20 años en las Administradoras de Fondos de Pensión. La edad para la jubilación es de 65 años para los hombres y de 60 años para las mujeres.

Los defensores de los fondos de pensión chilenos afirman que la reforma indiscutiblemente ha triunfado al reemplazar un sistema heterogéneo, inequitable y en bancarrota, por uno uniforme y eficaz. Las cotizaciones son menos importantes que en el pasado, la rentabilidad es alta, los trabajadores son libres de escoger la Administradora de Fondos de Pensión de su elección y se asegura la transparencia de la administración de las cuentas. Por otro lado, se considera que este sistema estimula el ahorro nacional y contribuye al crecimiento que actualmente goza la economía chilena.¹⁹⁸

Los detractores del sistema consideran que no es juicioso fundar un servicio de seguridad social sólo sobre el ahorro individual. Señalan que la fuerte rentabilidad obtenida en un poco más de 10 años de existencia no constituye ninguna garantía dentro de 20 o 40 años, una vez que los asegurados en masa comenzaran a recibir su pensión. Además, este sistema relega la solidaridad entre generaciones y categorías sociales, ya que las prestaciones obtenidas sólo dependen de las cotizaciones individuales y de la rentabilidad de sus cuentas. Se critica igualmente la supresión de cotizaciones patronales y el precio elevado que ha debido pagar el Estado durante todo el periodo de transición, en detrimento de otras partidas presupuestales (salud, educación y otras prestaciones sociales), dicho costo se estima hoy en día en 1500 millones de dólares de los Estados Unidos por año. También se considera que la reforma chilena no se conforma a los principios generales de las convenciones internacionales del trabajo.¹⁹⁹

El régimen chileno ha obtenido muy buenos resultados en los últimos 15 años, pero hay incertidumbre sobre lo que pasaría durante un periodo

¹⁹⁸ Cfr. Bustos Castillo, Raúl, "Analyse d'un régime national de retraite privé: le cas du Chili. Commentaires", *Revue Internationale du Travail*, Ginebra, vol. 132, núm. 3, 1993, pp. 449-459.

¹⁹⁹ Cfr. Gillón, Colin y Bonilla, Alejandro, "Analyse d'un régime national de retraite privé: le cas du Chili", *Revue Internationale du Travail*, vol. 131, núm. 2, 1992, pp. 183-208; Ruiz Tagle, Jaime, "La evolución del nuevo sistema de pensiones en Chile", *Estudios del Trabajo*, Argentina, núm. 7, 1994, pp. 91-109.

de estancamiento económico y de crisis de los mercados financieros, así como de la estabilidad de los trabajadores en sus empleos. Al respecto se puede señalar que en 1993, las AFP totalizaban 4 553 988 asegurados, es decir 93.4% de la mano de obra. No obstante, existía un mal crónico sin remedio. Las cotizaciones de aproximadamente 40% de los afiliados no han sido pagadas. En septiembre de 1993 1,887,154 personas estaban en ese caso. Cualquiera que sean las razones (subempleo, evasión, etcétera.) esto tendrá consecuencias sobre el monto de las futuras jubilaciones. Si este fenómeno perdura, una cantidad considerable de trabajadores no habrán cotizado lo suficiente en su cuenta de ahorro como para recibir una pensión mínima. El Estado deberá entonces asegurar el complemento, lo que representará una enorme erogación.

b. Perú.

Es el país que más se asemeja al modelo chileno. La cotización a las Administradoras de Fondos de Pensiones se sitúa en alrededor del 13.5% del salario: 10% para la jubilación, aproximadamente 1.5% para las prestaciones de invalidez y para los sobrevivientes. Porcentajes a los que se les agrega una comisión de más o menos el 2% por gastos de administración.

Como en Chile, el empleador no cotiza pero ha tenido que conceder un argumento salarial de 13.23% a los trabajadores que han optado por el régimen privado de pensiones. Por otro lado, el Estado no asegura una pensión mínima de jubilación. Por estas razones el gobierno peruano pretende limitar el periodo de transición entre el régimen público y el privado.²⁰⁰

c. Colombia.

El 23 de diciembre de 1993 Colombia reforma el conjunto de sus regímenes sociales. Como ya se ha señalado, la Ley número 100 de 1993 consagra sus 289 artículos a la instauración de un Sistema Integral de Seguridad Social. En los principios generales de dicha ley se señala que el Estado debe garantizar la solidaridad social.

²⁰⁰ Mesa-Lago, Carmelo, *op. cit.*, nota 195, pp. 133-135; Queisser, Monika, "Après le Chili, les réformes de la deuxième génération en Amérique Latine", *Revue Internationale de Sécurité Sociale*, Ginebra, vol. 48, núms. 3-4, 1995, pp. 27-45.

La reforma prevé que el sector privado, por medio de las Empresas Promotoras de Salud (EPS) proporcionará prestaciones en materia de pensiones y de salud a fin de que compitan con el sistema público, es decir, con el Instituto de Seguridad Social (ISS). El monto de las cotizaciones será de 12% del salario, de donde dos tercios estarán a cargo del empleador y el tercio restante estará a cargo del trabajador.²⁰¹

Dos tipos de regímenes de pensión han sido creados, con libertad de opción, tal como existe en el Perú. Por un lado, el “régimen de solidaridad” bajo la responsabilidad del ISS y de las cajas de protección social autorizadas por el gobierno. Por otro lado, el “régimen de ahorro individual” que consiste en cuentas individuales de ahorro administradas por cajas privadas de pensiones, conocidas como Administradoras de Fondos de Pensiones.

Las cotizaciones a uno u otro régimen se establecieron en 11.5% del salario base de 1994, de 12.5% en 1995 y de 13.5% en 1996. De cuyo monto, 3.5%, serán afectados a las prestaciones de invalidez y de sobrevivientes y el resto a las prestaciones de vejez. Una diferencia fundamental con el modelo chileno es el empleador que se hace cargo del 75% de la cotización y el trabajador del 25% restante. Asimismo, se crea un fondo de solidaridad, alimentado por una contribución del 1% sobre todas las remuneraciones iguales o superiores a cuatro veces el salario mínimo legal.

Los afiliados al régimen privado tendrán derecho a una jubilación cuando hayan cotizado durante 1150 semanas, a los 62 años para los hombres y a los 57 años para las mujeres. La edad de jubilación en el régimen público será de 60 años para los hombres y de 55 para las mujeres hasta el año 2014; después podrá pasar a 62 y 57 años bajo reserva de un estudio previo.

Los fondos de pensión en México. El Sistema de Ahorro para el Retiro (SAR) instituido en México en 1992, es un régimen complementario a la imagen de aquellos que existen en Europa o en algunos países de América Latina, como en Ecuador, Guatemala y Uruguay. Con la diferencia de que el SAR es obligatorio, los diversos regímenes de jubilación han sido mantenidos en el país. Los trabajadores y empleadores cotizan para el régimen de pensiones. El SAR garantiza igualmente una pensión mínima.²⁰²

²⁰¹ Cfr. López Castaño, Hugo, “La reforma al sistema previsional colombiano”, *Revista Foro*, Santa Fé de Bogotá, núm. 20, mayo 1993, p. 20-33; Mesa-Lago, Carmelo, *op. cit.*, nota 195, pp. 115-148.

²⁰² Cfr. OIT, *Bulletin d'informacions sociales, op. cit.*, nota 196, p. 504. Véase también la Ley del Seguro Social, *Diario Oficial*, núms. 12, 21 y 16, 21 de diciembre de 1995, pp. 25-65.

4. *Consideraciones preliminares*

El derecho social, es decir el derecho del trabajo y de la seguridad social en América Latina, debe ser estudiado y entendido a partir de la situación en que se encuentra el estado del derecho y el Estado de derecho en la región. En donde históricamente ha padecido el problema de la eficacia y la efectividad de la norma jurídica. Así como la falta de asimilación y aceptación del derecho, es decir, la falta de penetración del discurso jurídico en las sociedades latinoamericanas, lo que entre otras cosas produce, por un lado, un desconocimiento de la norma jurídica y por otro lado, en los casos en que esta conoce, fuertes problemas de corrupción.

En América Latina, como en el resto del mundo, el derecho del trabajo tiene una existencia muy breve. Se empieza a consolidar como tal, a finales del siglo XIX. Sin embargo, el número de evoluciones, reformas del que ha sido objeto son innumerables y de una gran profundidad. Hace sólo 30 años se pensaba que su misión era la de asegurar una creciente y paulatina protección de los trabajadores. Esta visión fue compartida en América Latina y se reflejó en las legislaciones laborales del conjunto de los países de la región. Se pensaba en una unificación del derecho del trabajo, desde un punto de vista teórico.

Treinta años después la realidad es otra. El trabajo como centro de la sociedad, deja paso al mercado. En los años setenta se concede una mayor importancia a los imperativos de la rentabilidad económica y a la apología de la empresa pensada como la sola fuente de riqueza social. Los derechos y las protecciones del trabajo son desde entonces percibidos como obstáculos a la competitividad.

En las relaciones de trabajo, en el derecho del trabajo, repercuten las nuevas visiones económicas. Se busca la descentralización o la centralización de la negociación colectiva; una menor intervención del Estado en la regulación de las relaciones laborales y se quiere dejar nuevamente a los sujetos de una relación laboral que negocien “libremente las condiciones de trabajo”. Proliferan los contratos a tiempo determinado, que eran la excepción en las sociedades salariales.²⁰³

En general se producen dos grandes fenómenos, por un lado, la flexibilidad interna y externa de las relaciones de trabajo y por otro lado una desreglamentación del derecho del trabajo. Esta situación nos permitiría hablar de

²⁰³ Cfr. Lastra Lastra, José Manuel, “El trabajo en la imaginación apocalíptica”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, núm. 114, 2005.

cierta unificación del derecho del trabajo. Aunque no como se esperaba o deseaba antes de los años setenta. Es decir, en lugar de una unificación producto de un incremento constante de los derechos de los trabajadores, se presenta un proceso a la inversa, la desreglamentación de los derechos de los trabajadores, que los unifica, pero hacia abajo. Que sólo protegen a un sector reducido de la población asalariada, la cual sufre además el gran problema de la eficacia y la efectividad de dichos derechos.

En materia de protección social, en América Latina existe una influencia del modelo bismarkiano de seguros sociales. Destinado particularmente, a los trabajadores asalariados que trabajan en empresas con capacidad de cotizar a la seguridad social. Por su parte, los trabajadores independientes tienen la posibilidad de afiliarse bajo el régimen voluntario a la seguridad social. Ellos soportan la totalidad de la carga financiera que implica la cotización.

En la medida que existe una gran cantidad de trabajadores asalariados, trabajadores independientes e incluso pequeños empleadores que no cuentan con seguridad social, debido a que sus ingresos no les permiten afiliarse voluntariamente a los diferentes regímenes públicos de seguridad social y mucho menos pagar los servicios que implica un seguro médico privado. En América Latina encontramos que el Estado, por medio de la asistencia social trata de asegurar una cobertura social que al menos comprenda la asistencia médica en caso de enfermedad.

Por tal motivo se puede decir, que en la región existen ciertos tintes del modelo Beveridge, puesto que el Estado asegura una protección social a toda la población en materia de salud y de prevención de enfermedades. De tal suerte que se puede decir, que el sistema latinoamericano es de naturaleza mixta. La cobertura social es a la vez de seguros y de asistencia.

Lo que no necesariamente quiere decir, que el hecho de contar con un sistema mixto, toda la población se encuentre cubierta por la seguridad social. Simplemente, se trata de mecanismos que pretenden proporcionar una seguridad social a la población latinoamericana. Como lo señalamos en la introducción de este trabajo, la efectividad y la eficacia de la norma jurídica, en particular la del derecho social, deja mucho que desear, por ejemplo, sólo necesitamos recordar la situación en la que se encuentra la población ubicada dentro del sector informal (aproximadamente más del 45% de la población económicamente activa de la región) la cual en la mayoría de los casos no tiene ningún tipo de protección social.

En lo que se refiere a la instauración de los fondos de pensión y las modalidades de su funcionamiento, en muchos casos, no surgieron del consenso de los actores sociales. El Estado, como regulador de las relaciones sociales, se manifestó una vez más. En el caso de Chile, los fondos de pensión nacieron durante la dictadura, en Perú después del auto-golpe de Estado del presidente Alberto Fujimori y en México después de una negociación con los sindicatos corporativos, que en ocasiones se comportan como sindicatos “blancos”. Solamente Colombia, conoció una verdadera discusión entorno a los fondos de pensión.²⁰⁴

Por otro lado, la implantación de un sistema privado de fondos de pensión no es en sí misma una garantía para su éxito. Por ejemplo, en el sistema peruano varias irregularidades han sido señaladas en el pago de las cotizaciones retenidas por los empleadores y en la emisión de bonos de validación. El Estado ha retardado la emisión de nuevos bonos ya anunciados, privando a las sociedades de gestión de instrumentos de inversión. Los diseñadores de modelos peruanos trabajaban aun sobre el perfeccionamiento de los fondos de pensión, cuando el presidente, con el parlamento suspendido, decidió instaurar el nuevo sistema, no obstante, que varios problemas no habían sido resueltos.²⁰⁵

En general se puede decir, que los países de América Latina, tienen sistemas de protección social que son perfectos en cuanto a sus diseños teóricos, pero sometidos a un examen más profundo, aparecen serios problemas, particularmente, las lagunas en la presentación de los servicios de seguridad social. De tal forma que existe una cantidad importante de trabajadores de pequeñas industrias sin protección social y de trabajadores independientes con ingresos insuficientes como para procurarse una protección social. Existe también, una exclusión de las personas que se encuentran en la extrema pobreza. A esta situación se debe agregar el desinterés y el desconocimiento de la población de las ventajas de contar con una protección social.

En fin, la estrategia consistente en reducir la función de los regímenes públicos a la garantía de un mínimo de protección social y hacer obligatorios los regímenes de ahorro privados o los regímenes profesionales fundados sobre la primacía de las cotizaciones, puede implicar la desaparición

²⁰⁴ Cfr. Mesa-Lago, Carmelo, “Política y reforma de la seguridad social en América Latina”, *Nueva Sociedad*, núm. 160, marzo de 1999, pp. 133-150.

²⁰⁵ Cfr. Queisser, Monika, “Après le Chili, les réformes de la deuxième génération en Amérique Latine”, *Revue Internationale de Sécurité Sociale*, Ginebra, vol. 48, núms. 3-4, 1995, p. 39.

completa de la función de compensación —por la pérdida de ingresos, producto de la actividad profesional— realizada por la seguridad social y reducir el sistema de jubilaciones privadas a un simple mecanismo de ahorro. Función que corresponde en principio a un tercer nivel de protección, generalmente, de naturaleza individual y facultativa.²⁰⁶

Tal y como es el caso del modelo chileno, que no contiene ningún elemento de solidaridad entre los diversos sectores de la sociedad ni entre las generaciones. La pensión final dependerá de diversos factores; particularmente, la buena gestión de los fondos, la regularidad de las cotizaciones y entre otros factores, de reducciones por gastos de administración. Si un trabajador interrumpe sus cotizaciones porque está enfermo, inválido o sin trabajo, el monto final de su pensión resentirá dichas etapas de inactividad profesional.

Para concluir, diremos que las presiones económicas ligadas a los ajustes estructurales se han concentrado en esta rama de la seguridad social que ha sido siempre la más costosa para los dineros públicos. La polémica se encuentra alrededor de los principios que deben guiar a los fondos de pensión. Al respecto, la privatización de los regímenes de pensiones no es un *affaire* estrictamente económico o financiero. Esta presenta graves problemas políticos y sociales, en tal sentido, no pueden ser considerados como la simple privatización de una empresa pública.

Lo mismo podría decirse en lo que concierne al derecho del trabajo. Las relaciones de trabajo han sido fuertemente trastornadas, pero el trabajo sigue estando en el centro del debate, ya sea por que falte —desempleo— o porque éste sea precario —contratos atípicos—, a final de cuentas todo se mueve alrededor del trabajo. Esto implica pensar en nuevas regulaciones para el mercado, sin dejar de tener presente que este se impone cada vez más conforme pasa el tiempo. Su hegemonía no sólo es nacional, sino que también transnacional.

El mercado *per se* no genera vínculos sociales, al contrario todo parecería indicar que los destruye. En tal sentido, es que se hace necesario pensar en nuevas u otras formas de regulación de las relaciones laborales, que no caigan en la anarquía del liberalismo, ni en regresos a formas premodernas de producción, ni en un intervencionismo a ultranza en las relaciones laborales.

²⁰⁶ Cfr. Voirin, Michel, “Les régimes privés de pensions en relation avec les régimes publics: Clés pour une approche comparative”, *Revue Internationale de Sécurité Sociale*, Ginebra, vol. 48, núms. 3-4, p. 149.

Si nos atendemos a la historia podemos apreciar que han sido las regulaciones sociales, construidas a partir del trabajo, las que han permitido una domesticación relativa del mercado, es decir, vivir en una sociedad de mercado. De lo contrario, se corre el riesgo de vivir en el mercado puro, es decir, sin sociedad.