

Derecho al Trabajo Digno de los Adolescentes en Colombia

**Una Propuesta hacia la Garantía del Derecho al Trabajo Digno a los Jóvenes de
Edades entre los Quince y Diecisiete Años**

Sandra Carolina Fonseca Alfonso

Director de Tesis:

Gabriel Barreto Ferro Ll. M.

Universidad Santo Tomás

Maestría en Derecho Público en Convenio con la Universidad de Konstanz

Bogotá, 2015

Resumen En virtud de los tratados internacionales de derechos humanos, el Estado colombiano ha adquirido la obligación de proteger a niños, niñas y adolescentes contra la explotación económica.

La legislación interna se ha ajustado a los criterios de las Naciones Unidas, estableciendo en la Ley 1098 de 2006 que la edad mínima para ingreso al empleo son los 15 años, junto con ciertos requisitos que los adolescentes entre 15 y 17 años deben cumplir para que les pueda ser concedido un permiso de trabajo. De la misma manera, estableció criterios de agravación punitiva en la legislación penal cuando se cometen conductas de explotación económica y las víctimas son niños.

De acuerdo con lo anterior, los criterios establecidos en la política pública y en la normatividad nacional e internacional están basados en la teoría de la protección a los adolescentes.

La presente investigación presenta un contraste entre las realidades económicas, sociales y culturales del trabajador colombiano adolescente, y la legislación y política pública actual, en el que se demuestra que no ha sido suficiente la teoría que hasta el momento ha asumido el Estado colombiano, y se una teoría que identifica a los adolescentes como sujetos de derechos que, dadas las condiciones económicas, sociales y culturales del país, merecen que se les otorgue y garantice el derecho al trabajo en condiciones dignas.

Palabras clave: *derecho al trabajo en condiciones dignas, adolescentes, protección, garantía.*

Tabla de contenido

1. Introducción.....	5
2. Metodología.....	9
3. Garantía del Derecho al Trabajo digno en Colombia	10
3.1. Derecho al Trabajo en Condiciones dignas.....	12
3.1.1. Derecho al Trabajo en Condiciones Dignas desconocido a Nivel Internacional.....	13
3.1.2. Derecho al Trabajo en Condiciones Dignas en la Constitución Política de Colombia.....	17
3.2. Derecho de Acceder al Empleo.....	19
3.2.1. Derecho Humano al Trabajo.....	20
3.2.2. Garantía del Derecho al Trabajo.....	24
3.3. Exigibilidad del Derecho al Trabajo en Colombia, Análisis Jurisprudencial a partir de la Constitución de 1991.....	27
3.3.1. Libertad para escoger Profesión u Oficio.....	31
3.3.2. Derecho al Trabajo y Espacio Público.....	34
3.3.3. Protección Especial del Derecho al Trabajo a Personas en Situación de Discapacidad.....	37
3.3.4. Garantía del Derecho al Trabajo a Través de la Acción Pública de Inconstitucionalidad.....	41
3.3.5. Protección del Derecho al Trabajo para las Madres Cabeza de Familia.....	42
3.4. Garantía del Derecho al Trabajo a Través de Políticas Públicas.....	46
4. Alcances de la Protección Especial para Adolescentes Trabajadores en Colombia.....	48
4.1. Evolución de la Legislación para Niños, Niñas y Adolescentes en Colombia.....	49
4.2. Normatividad Actual que Reglamenta la Protección a los Adolescentes Trabajadores Colombianos.....	57
4.3. Contradicción entre Legislación y Realidades Económicas Sociales y Culturales.....	57
4.4. Invisibilidad de los Adolescentes ante el Estado y la Sociedad.....	62

4.4.1. Falta de Diferenciación entre Adolescencia e Infancia.....	70
5. Hacia la Garantía del Derecho al Trabajo Digno de los Adolescentes en Colombia.....	72
5.1. Adolescentes Sujetos de Derechos.....	73
5.2. Adolescentes y Exigibilidad del Derecho al Trabajo en Condiciones Dignas.....	81
6. Propuesta de Garantía del Derecho al Trabajo Digno de los Adolescentes en Colombia.....	95
6.1. Adolescentes y Necesidades.....	96
6.2. Reconocimiento de los Adolescentes como Sujetos de Derechos.....	97
6.3. Exigibilidad del Derecho al Trabajo por parte de los Adolescentes a Través de la Acción de Tutela.	98
6.4. Garantía del Derecho al Trabajo a los Adolescentes a Través de la Legislación y Políticas Públicas.....	102
6.4.1. Legislación Protección en el Trabajo para los Adolescentes de América Latina.....	104
6.4.1.1. Código del Niño, Niña y Adolescente en Bolivia.....	108
6.4.1.2. Código de los Niños y Adolescentes Perú.....	109
7. Conclusiones.....	112

1. Introducción

A lo largo de toda su historia la humanidad ha permitido el trabajo de niñas, niños y adolescentes, convirtiéndolos en víctimas de explotación y desatendiendo la etapa de la infancia al delegarles responsabilidades que corresponden a los adultos. Así, tanto el estudio como el juego, que son el quehacer natural de los niños, quedan al margen, por lo cual se establece a nivel mundial una reglamentación que pone límite a las labores y a las edades para el trabajo.

Por lo explicado y por otros factores de vulnerabilidad en que se encontraban los niños, niñas y adolescentes, en 1919, después de la Primera Guerra Mundial, se crea el Comité de Protección de la Infancia por la Sociedad de las Naciones (SND). Tres años después, en 1922, es redactada la Carta Magna de los Derechos del Niño que concluye con la Declaración de los Derechos del Niño hacia 1924, que da especial importancia a su protección contra la explotación.

Colombia no escapa de esta difícil realidad, pues también ha permitido durante muchos años el trabajo de niños, niñas y adolescentes. Así, el Congreso ha venido incrementando paulatinamente la edad mínima para poder acceder a un empleo. El decreto 2737 de 1989 en su artículo 238 establecía como edad mínima los catorce años, mientras que a partir de la Ley 1098 de 1996, sólo se permite trabajar a los mayores de quince años, con excepción de los menores que realizan actividades artísticas o deportivas.

El incremento en la edad mínima de acceso al empleo, ha respondido básicamente a lineamientos internacionales. El Convenio 182 de 1973 de la OIT, adoptado por Colombia mediante la Ley 704 de 2001 y la Convención de los Derechos del Niño de 1989 vinculan al país en la obligatoriedad de proteger a los adolescentes trabajadores.

Esta tesis versará sobre la desprotección de los adolescentes entre los 15 y 17 años de edad frente al tema laboral, pues a pesar que existe una reglamentación especial para que ellos accedan al empleo, es la población más vulnerable.

Hasta el momento la teoría que sustenta la legislación nacional e internacional ha estado encaminada a disminuir la posibilidad de que los adolescentes trabajen, de manera que puedan dedicarse principalmente al estudio y a actividades lúdico-recreativas. Sin embargo, los estudios realizados por organismos nacionales e internacionales que se abordan a lo largo de los siguientes capítulos, demuestran que los adolescentes siguen buscando formas de obtener recursos acudiendo en su mayoría al trabajo informal e ilegal.

Lo anterior lleva a plantear dos preguntas:

1. ¿Para evitar la explotación laboral de los adolescentes, es suficiente que la problemática sea abordada desde la teoría de la protección a los adolescentes trabajadores, adoptada por el Estado colombiano?
2. ¿El derecho al trabajo en condiciones dignas y justas para los adolescentes colombianos está garantizado jurídicamente?

Para responder a los anteriores interrogantes se emprendió un análisis enmarcado en el Derecho Constitucional acerca de la garantía del derecho al trabajo digno en Colombia, para lo cual se tuvieron en cuenta los tratados internacionales, de los cuáles se desprende la legislación colombiana. Se analizó también la doctrina que trata el tema de la garantía de los derechos humanos, específicamente derechos sociales fundamentales, aclarando desde ya, que la forma de comprender el derecho al trabajo no es uniforme en el mundo. Algunos teóricos lo encasillan como derecho social, mientras que otros avanzan hacia la inclusión del derecho al trabajo como derecho fundamental. Es por ello que en este documento se adopta la teoría propuesta por el profesor Rodolfo Arango (2005) sobre los derechos sociales fundamentales. El primer capítulo consiste en un acercamiento a la realidad que vive Colombia en materia de acceso al empleo, lo que lleva a la pregunta ¿es jurídicamente exigible el derecho al trabajo digno? la respuesta está en la Constitución Política que consagra el derecho al trabajo como derecho fundamental y establece como mecanismo para exigir protección a los derechos fundamentales la Acción de Tutela. Es por esta razón que se realiza un exhaustivo análisis de la jurisprudencia constitucional para precisar el panorama respecto a la forma

como se ha venido garantizando el derecho al trabajo, invocando esta acción constitucional desde su consagración en 1991.

Los capítulos siguientes están dedicados a la población estudiada, adolescentes entre 15 y 17 años de edad, teniendo en cuenta que el tema del derecho al trabajo digno de este rango de edad, no ha sido desarrollado doctrinariamente a profundidad, y que no ha sido tenido en cuenta en las investigaciones de derecho o lo ha sido muy poco. Se acude a fuentes de carácter interdisciplinario, porque indiscutiblemente para abordar la problemática se requiere observar los estudios realizados en los campos de la economía, la sociología, la psicología y el derecho.

En el segundo capítulo se aborda la teoría de la protección a los trabajadores adolescentes, aplicándola al caso colombiano, desde la protección que se ha pretendido garantizar a nivel internacional, para cotejarla luego con la protección que se ha buscado brindar en la legislación interna.

Lo anterior permite identificar la precaria situación de los adolescentes, y concluir que no ha sido suficiente la teoría de protección adoptada por el Estado colombiano.

Por último, entendiendo que hay adolescentes que necesitan y quieren trabajar, se propone un punto de partida para garantizar el derecho al trabajo digno de este grupo etario en Colombia, el cual consiste en identificar a los adolescentes como sujetos de derechos con necesidades propias, teniendo en cuenta la edad en que se encuentran, una etapa de cambios, un período en el que desean sentirse responsables de sus propias vidas, o por lo menos aprender a sentirse responsables de ellos mismos; sin descartar, que en muchas ocasiones la situación económica y cultural de las familias los lleva a responder también por otras personas.

A continuación se formula la transición del proteccionismo hacia la garantía real y efectiva de los derechos, se parte de admitir que es bastante pretencioso debido a que nos enfrentamos a un verdadero choque de culturas y criterios. De una parte están quienes rechazan la posibilidad de que los adolescentes trabajen, pues consideran que el trabajo es únicamente para los mayores de edad, quienes de hecho deben velar porque a los adolescentes se les garantice lo necesario para su subsistencia.

Nuestra propuesta se suma a la corriente que percibe a los adolescentes como seres autónomos con capacidad para tomar decisiones y a quienes se les debe garantizar el

acceso a todos los derechos, incluido el derecho al trabajo en condiciones dignas, máxime cuando es la misma legislación la que les permite trabajar.

Puede no ser fácil entender esta posición debido a que en Colombia el derecho al trabajo digno se encuentra vulnerado para la gran mayoría de la población, hombres y mujeres de todas las edades, que hoy tienen mínimas o nulas posibilidades de acceder a un empleo en condiciones dignas y justas.

Si bien es cierto la presente investigación se enmarca dentro del Derecho Constitucional, reconoce que en la tarea jurídica, tal y como lo afirma Bokser (1996):

Confluyen valores, principios, sociología, política filosofía, como parte integrante del mundo jurídico

(...)

A modo de tímido acercamiento, sí podemos percibir que, con todas las contribuciones e influencias que participan del mundo jurídico, se va conformando como un sistema que opera como fuente de legitimidad para la realización y efectiva vigencia de aquellos valores que, en un tiempo y espacio definidos, se consideran y aprecian como superiores para la vida humana (p. 16, 17).

Es por ello que la bibliografía utilizada recoge diferentes disciplinas, todas pertenecientes a las ciencias sociales, las cuales desde diferentes áreas pretenden responder a la garantía de los derechos humanos, en los cuales para entender y justificar su aplicabilidad, se debe responder a necesidades de las personas, en este caso, particularmente a las necesidades de los adolescentes con edades entre los 15 y 17 años de edad.

Por otra parte, se aborda el problema desde la disciplina jurídica en ámbitos diferentes, entendiendo que tanto la doctrina, la filosofía jurídica, la jurisprudencia, la legislación y la política pública, deben ser evaluadas para saber si logran responder o no a la problemática planteada, como lo afirma Max-Neef (1996):

La evidencia social es que las nuevas calamidades sociales se nos revelan, cada día más ya no como problemas específicos, sino como problemáticas complejas que no pueden seguir atacándose satisfactoriamente mediante la aplicación de políticas convencionales, inspiradas por disciplinas reduccionistas (p. 24).

Estos planteamientos conducen al entendimiento de que para abordar las problemáticas sociales y pretender dar respuesta a ellas, es necesario abordar no sólo diferentes disciplinas, sino también entender la ciencia jurídica como un todo. Es por ello que en esta propuesta, a pesar de no haber encontrado en el estado del arte, investigaciones jurídicas que específicamente desarrollen el tema, sí se encuentra respuesta, desde las diferentes teorías que han abordado el tema de garantía de los derechos económicos, sociales y culturales, las cuales son contextualizadas en este caso, con la realidad que viven los adolescentes trabajadores colombianos.

2. Metodología

La investigación, está basada en métodos cualitativos, aunque también se hace referencia al método cuantitativo, que sirve para dar cuenta del panorama general de estadísticas arrojadas por instituciones del Estado y organizaciones no gubernamentales.

El estado del arte y el marco teórico se estructuran a partir del análisis documental, así como de la consulta de fuentes directas: legislación, jurisprudencia y doctrina, y teniendo en cuenta que la se trata de una investigación socio jurídica, se acudió a investigaciones y documentos publicados por las Naciones Unidas y por investigadores sociales que han estudiado la situación en la que se encuentran los adolescentes trabajadores.

Sólo ha sido consultada la jurisprudencia relacionada con el derecho al trabajo, y la jurisprudencia relacionada con el derecho al trabajo para los adolescentes ha sido abordada en su totalidad,

De igual manera, para estudiar las necesidades de los adolescentes, abordamos la metodología propuesta por Max-Neef (1996) de acuerdo con Matriz de necesidades (Ver anexo 1).

3. Garantía del Derecho al Trabajo Digno en Colombia

Es aparte inicia con el análisis de la garantía del derecho al trabajo digno en el Estado Social de derecho, para identificar los factores que protegen el derecho al trabajo digno en Colombia.

Desde el año 1991 el artículo 25 de la Constitución Política de Colombia establece: “El trabajo es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado. Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas”. Con la lectura de este artículo podría afirmarse que cualquier colombiano tiene derecho a ocupar un puesto de trabajo y, además, que el desarrollo del mismo debe darse en condiciones dignas y justas.

La realidad colombiana es otra, pues luego de más de 20 años de vigencia de la Constitución Política de 1991, es innegable la existencia del desempleo o empleo en condiciones indignas en todo el territorio colombiano. Según estadísticas del DANE (Departamento Nacional de Estadísticas), para el mes de marzo del año 2014¹ la tasa de desempleo se ubicó en 9,7%, presentando una disminución de 0,5 puntos porcentuales frente a la registrada en marzo de 2013, 10,2%. En el mes observado, la tasa de subempleo objetivo (comprende a quienes tienen el deseo pero además han hecho una gestión para materializar su aspiración y están en disposición de efectuar un cambio) fue 10,1% y la tasa de subempleo subjetivo (simple deseo manifestado por el trabajador de mejorar sus ingresos, el número de horas trabajadas o tener una labor más propia de sus competencias personales) 27,0%. Para el mismo mes del año anterior registraron 11,3% y 29,9%, respectivamente; ninguna de estas tasas presentó variaciones significativas.

El informe del DANE hace diferencia entre el subempleo subjetivo y el objetivo. La estadística muestra que el subempleo subjetivo es mayor que el objetivo. Esta distinción lleva a pensar que en el subempleo, la mayoría de personas de esta franja están ubicadas allí por su propia voluntad, a pesar de estar inconformes, pues no han hecho nada para cambiar tal situación, mientras que quienes se encuentran en el empleo objetivo sí han realizado acciones para cambiar su situación. El informe no hace referencia específica a

¹ Gran Encuesta Integrada de Hogares, disponible en:
<http://www.dane.gov.co/index.php/mercado-laboral/empleo-y-desempleo>

las razones por las cuales algunas personas, a pesar de que se encuentran inconformes, no se han movilizad.

Esta diferenciación es irrelevante pues lo real es que un 37,2% de la población, según estadísticas oficiales, se encuentra subempleada y un 9,7% desempleada, entendiend que en el subempleo están ubicadas básicamente, aquellas personas que trabajan en la informalidad, quienes no gozan de derechos y garantías laborales, seguridad social, ni prestaciones sociales, se desempeñan en labores diferentes a aquellas para la cual se capacitaron y reciben un salario que no corresponde a la actividad que realizan.

Según las estadísticas oficiales, resulta evidente que en Colombia hay pocas oportunidades para acceder al empleo formal, lo cual lleva a las personas a luchar por la satisfacción de sus necesidades básicas, ubicándose dentro de la economía informal, algunos con un proyecto de vida claro, razón por la cual realizan acciones para cambiar su situación, y otros, la mayoría de los insatisfechos, están dedicados básicamente a vivir con lo que les toca y no realizan acciones que los lleve al cambio.

Al respecto, vale la pena señalar que si las posibilidades de acceder a empleos dignos fueran significativamente altas, muy seguramente quienes se encuentran ubicados dentro de la cifra que el DANE denomina subempleo subjetivo, se movilizarían para alcanzar aquellos empleos. Lo que señala la estadística, es una creciente desesperanza de la mayoría de la población que se encuentra en una situación de subempleo, al punto de asumir su condición como una realidad a la que tienen que adaptarse para poder subsistir.

Como veremos en capítulos posteriores, esta pasividad tiene que ver también con la educación. Es decir, enseñar a los adolescentes y jóvenes que capacitándose tendrán más y mejores posibilidades, que como sujetos de derechos pueden exigir y no mendigar, ya que hacen parte de un Estado Social de Derecho y merecen vivir en condiciones dignas con suficientes elementos para acceder durante su vida laboral a mejores empleos y reclamar sus derechos al Estado y a sus empleadores.

Las cifras oficiales demuestran que es preciso prepararse y hacer todo lo necesario para conseguir un empleo y si no se logra, hay que resignarse o sobrellevar el desempleo en condiciones desfavorables mediante el subempleo.

Bonilla (2007) trae a colación el planteamiento de Ricardo González en su artículo Salario mínimo, estructura ocupacional e ingresos en Colombia:

La precariedad del mercado de trabajo termina expresada en que una proporción cada vez más amplia de colombianos recibe unos ingresos mensuales inferiores al salario mínimo. En particular ese fenómeno es propio de los “jornaleros” del campo, inmerso entre los asalariados y más del 50% de los independientes. Menores ingresos e incremento de brechas sociales son el común denominador de las nuevas relaciones de trabajo. Cinco tipos de brechas fueron identificadas: a) la existente entre los trabajadores asalariados y el creciente mundo de los cuenta propia, la brecha es aún más profunda cuando ellos trabajan en el área rural; b) el sesgo de ingresos respecto a las mujeres sigue existiendo, a pesar de que hayan ganado mayor espacio en el mercado asalariado diferente al estrecho mundo doméstico. La brecha se hace más profunda cuando se incluye este grupo de trabajadoras; c) los jóvenes son afectados tanto por su tasa de desempleo más elevada como por su inexperiencia, de tal manera que es el grupo más vulnerable en ingresos, respecto al mejor pago como es la población entre los 46 y 55 años, en la que se combina, experiencia, formación académica y para el trabajo; d) educarse paga y los profesionales son quienes tienen los mejores ingresos del país; no obstante, esa ventaja se está reduciendo en razón del creciente número de profesionales y los cambios en las modalidades de contratación y e) las ocupaciones más mal pagas, que agrupan a más de cinco millones de colombianos y explican la base de los pobres en Colombia (p. 37).

De acuerdo con estas brechas y dadas las características del desempleo y el subempleo, es posible señalar que en Colombia un alto porcentaje de personas no tiene garantizado el derecho al trabajo en condiciones dignas y justas. Entonces, vale la pena preguntarse ¿Es jurídicamente exigible el derecho al trabajo digno, en Colombia?

Para dar respuesta a este interrogante, se desarrollará el concepto del derecho al trabajo digno, su naturaleza y características como derecho humano, teniendo en cuenta la doctrina y la normatividad, tanto a escala nacional como internacional.

Para entender la realidad y aplicabilidad de la exigibilidad del derecho al trabajo en condiciones dignas, se analizará la jurisprudencia para explicar de qué manera ha sido desarrollado y protegido el derecho al trabajo en Colombia.

3.1. Derecho al Trabajo en Condiciones Dignas

Para entender cómo se ha venido desarrollando la concepción del derecho al trabajo en condiciones dignas, se hará referencia a la siguiente cita en la cual se descalifica el trabajo, según ciertas condiciones. Afirma Marx (2004):

El trabajo es algo externo al obrero, es decir, algo que no forma parte de su esencia, en que, por tanto el obrero no se afirma, sino que se niega en su trabajo, no se siente bien sino a disgusto, no desarrolla sus libres energías físicas y espirituales, sino que mortifica su cuerpo y arruina su espíritu. Por tanto el obrero sólo se siente en sí fuera del trabajo y en este se siente fuera de sí. Cuando trabaja no es él y sólo recobra su personalidad cuando deja de trabajar. No trabaja por tanto voluntariamente sino a la fuerza, su trabajo es un trabajo forzado. No representa por tanto la satisfacción de una necesidad, sino que es, simplemente, un medio para satisfacer necesidades extrañas a él. El carácter extraño del trabajo que realiza se manifiesta en toda su pureza en el hecho de que el trabajador huye de su trabajo como la peste, en cuanto cesa la coacción física, o cualquiera otra que constriñe a realizarlo (p. 78).

En este planteamiento el trabajador era utilizado, forzado, explotado, deshumanizado. La relación entre el obrero y el empleador parecía una relación del dueño del capital con el objeto o medio de producción, es decir el empleado. En esta medida, el patrono parecía ser el dueño del empleado y basados en estas condiciones y en los planteamientos de Marx, la clase obrera empezó a realizarse cuestionamientos que se convertirían en acciones de lucha por el restablecimiento de sus derechos y la dignificación de su labor.

Es así como, conscientes de la necesidad de que el trabajo contribuya a la dignificación de hombres y mujeres, el Instituto Interamericano de Derechos Humanos, con sede en San José de Costa Rica, ha hecho referencia al “*derecho al trabajo y al derecho en el trabajo*” entendiéndolo el derecho al trabajo como la posibilidad de acceder a un empleo y el derecho en el trabajo como la garantía de desarrollar un trabajo en condiciones dignas y justas. En primera instancia se hará referencia al derecho en el trabajo.

3.1.1. Derecho al Trabajo en Condiciones Dignas Reconocido a Nivel Internacional.

La Carta de la Organización de Estados Americanos, en adelante OEA suscrita en Bogotá Colombia el 30 de abril de 1948, dispone en su artículo 45 literal b):

El trabajo es un derecho y un deber social, otorga dignidad a quien lo realiza y debe prestarse en condiciones que, incluyendo un régimen de salarios justos, aseguren la vida, la salud y el nivel económico decoroso para el trabajador y su familia, tanto en sus años de trabajo como en su vejez, o cuando cualquier circunstancia lo prive de la posibilidad de trabajar.

De lo anterior se desprende el reconocimiento del trabajo como un derecho y un deber, y le corresponde al Estado garantizar el acceder al mismo. De igual manera, los adultos están en obligación de trabajar para aportar a la sociedad y brindar un servicio a los demás a la vez que procurar su propia subsistencia y la de sus familias. Al mencionar la dignidad, La Carta de la OEA, no hace referencia específica al desarrollo del empleo en sí, sino a la posibilidad de vivir dignamente. Cuando la persona provee su sustento y el de su familia, se dignifica como ser humano, debido a que se torna importante para la sociedad al aportar conocimiento, arte, disciplina, etc.

De esta manera la OEA, desarrolla directrices, que en adelante serán tenidas en cuenta, específicamente aquellas que hacen referencia a este derecho.

Después de 18 años de emitida la Carta de la OEA, el artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Sociales y culturales, del 16 de diciembre de 1966, en adelante PIDESC, desarrolla el derecho al trabajo en condiciones dignas:

Los Estados partes en el presente pacto reconocen el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren en especial: a). una remuneración que proporcione como mínimo a todos los trabajadores: i) Un salario equitativo e igual por trato de igual valor, sin distinciones de ninguna especie; en particular debe asegurarse a las mujeres condiciones de trabajo no inferiores a las de los hombres, con salario igual por trabajo igual, ii). Condiciones de existencia dignas para ellos y para sus familias conforme a las disposiciones en el presente pacto, b). La seguridad y la higiene en el trabajo, c). Igualdad de oportunidad para todos de ser promovidos dentro de su trabajo a la categoría superior que les corresponda, sin más consideraciones que los factores de tiempo de servicio y capacidad. D). El descanso, el disfrute del tiempo libre, la limitación racional de las horas de trabajo y las vacaciones periódicas pagadas, así como la remuneración de los días festivos.

Estas garantías plasman las ideas de bienestar y dignidad humana, que se da cuando los presupuestos establecidos se cumplen. A través del trabajo los seres humanos pueden mejorar sus condiciones de vida y en esta medida se sienten útiles e importantes con la labor que realizan.

Al asegurar un trabajo en condiciones dignas se garantiza dignidad a las familias, quienes además de contar con lo necesario para vivir, tienen la oportunidad de disfrutar de vacaciones, salud, recreación, capacitación, descanso, reconocimiento, alimentación, vivienda y acceso a servicios básicos, entre otros.

De igual manera, el PIDESC tiene en cuenta en las garantías del derecho al trabajo la perspectiva de género, al hacer alusión al derecho que tienen las mujeres a recibir las mismas condiciones laborales que las de los hombres con salarios iguales, sin ninguna distinción.

Aun cuando, la presente investigación no está enfocada en los derechos de género, para poder formular propuestas que contribuyan con la garantía del derecho al trabajo digno de los adolescentes, se considera necesario abordar el tema de género y reconocer la incidencia de los estereotipos culturales, así como de otros factores que son determinantes en la búsqueda de empleo y en el transcurso o desarrollo de la actividad laboral.

Afirman Ghiotto, Luciana y Pascual Rodrigo. 2013

Desde otras latitudes pero también en los años noventa del siglo pasado, surgió otra noción de trabajo: el trabajo digno. Impulsado desde algunos movimientos sociales latinoamericanos, este concepto se centra en una comprensión de la actividad laborativa humana como no mercantil y no-individual, sino basada en el bienestar de la comunidad. La noción de dignidad aparece aquí como disruptiva y anticapitalista. El empleo (igual a salario) no es lo relevante, sino la forma de organización que se da el colectivo, orientada hacia el interés general (P1).

Actualmente la Organización Internacional del Trabajo, OIT (...), no hace referencia al término de trabajo digno, sino de garantía para el trabajo decente cuando afirma en su página.

El trabajo decente resume una de las más importantes aspiraciones de los trabajadores y trabajadoras del mundo: contar con un empleo productivo, justamente remunerado y en condiciones de libertad, equidad, seguridad y respeto a la dignidad humana. Se dice que hay trabajo decente cuando se cumplen cuatro condiciones: se respetan los principios y derechos fundamentales en el trabajo y las normas internacionales del trabajo, existen oportunidades

de empleo e ingresos adecuados, existe protección social, es efectivo el diálogo social (p. 14,15).

Podemos deducir que mediante la normatividad internacional se establecieron unos mínimos para garantizar que el trabajo sea desarrollado por los seres humanos de manera que contribuya a que las personas puedan llevar una vida en condiciones de dignidad. Sin duda esta normatividad ha sido tenida en cuenta en las constituciones y legislaciones internas más recientes de los países que han ratificado el PIDESC y los convenios de la OIT.

Se han desarrollado normas internacionales sobre el trabajo que hacen referencia a la estabilidad, el respeto y las garantías que aseguren el desarrollo de cada labor, de manera que cada sujeto aporte al progreso de la sociedad, y a la vez desarrolle su proyecto de vida.

Derechos básicos como la igualdad, salario justo y equitativo, descanso, recreación, entre otros, han sido reglamentados para garantizar un trabajo decente.

Afirman al respecto Ghiotto, Luciana y Pascual Rodrigo:

Ajustando un poco más las categorías, para la OIT, “todas las formas de trabajo pueden ser fuentes de bienestar y de integración social si están debidamente reglamentadas y organizadas”. Es decir que si no se puede evitar que el trabajo sea convertido en una mercancía, entonces lo que sí se puede hacer es poner límites a su nivel de mercantilización. El objetivo de la regulación es “impedir la explotación”, concretamente “limitando las horas de trabajo y tomando medidas para proteger a quienes podrían resultar más vulnerables”. La explotación es entendida como el trabajo en condiciones forzosas: se trata de un trabajo no-asalariado (o sub-asalariado), trabajo en condiciones similares a la esclavitud. ¿Cuál es la solución propuesta por la OIT? La conversión de este trabajo forzoso en trabajo decente, y que el trabajador tenga un mínimo poder económico, para dejar de estar dentro del área de los “más explotados”. De este modo, la solución es la inclusión de estos trabajadores en una economía monetaria, en la relación salarial. (P 2).

Además de lo reglamentado en las relaciones laborales que garantizan el trabajo decente, según la OIT, corresponde al Estado brindar las garantías para acceder a

empleos remunerados justamente, lo que actualmente se reconoce como empleo formal, de manera que las personas no tengan que ocuparse en cualquier trabajo y resignarse al pago que les toque.

El trabajo decente es aquel que brinda protección social y participación de los trabajadores, mediante la conformación de sindicatos y de mecanismos democráticos que permitan celebrar acuerdos en los cuales mejoren sus condiciones laborales, así como incidir en la planeación de sus metas laborales, lo que contribuye a que las decisiones tomadas por la empresa sean favorables a los trabajadores, y repercute en garantías y beneficios para las familias de los mismos.

3.1.2. Derecho al Trabajo en Condiciones Dignas en la Constitución Política de Colombia.

Complementa el citado artículo 25 de la Constitución Política de Colombia, el artículo 26 sobre la libertad de escoger profesión u oficio, y el artículo 53 que hace alusión a los mínimos para garantizar el derecho al trabajo en condiciones dignas y justas:

...Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en las normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.

Tanto en la normatividad nacional como en la internacional se encuentran los elementos que permiten entender cuáles son las condiciones de un trabajo digno. Esta investigación no se limita a ninguno de ellos, pues cualquiera sea el caso, todos contravienen la normatividad, y por lo tanto son casos que explican el trabajo en condiciones indignas.

Con la Constitución de 1991 se ha avanzado hacia nuevas concepciones del trabajo como elemento esencial en la vida de los seres humanos, reconociendo que mediante el

mismo se fortalece la capacidad del hombre, no sólo para intercambiar sus productos o capacidades para producir, sino además para complementarse, enriquecerse en los diferentes saberes y nutrirse de bienes y servicios que aportan a la vida misma.

Aquí no se agotan las condiciones para garantizar el trabajo digno, ya que el concepto de dignidad humana es mucho más amplio. Estos lineamientos fueron desarrollados por la Corte Constitucional en la Sentencia T-881 de 2002:

La dignidad humana entendida como autonomía o como posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características (vivir como quiera). (ii) La dignidad humana entendida como ciertas condiciones materiales concretas de existencia (vivir bien). Y (iii) la dignidad humana entendida como intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral (vivir sin humillaciones).

Conforme a lo anterior, desarrollar un trabajo digno implica la posibilidad de escoger el empleo deseado, uno que contribuya con la realización personal y exprese la idoneidad del individuo para desempeñar y cumplir los compromisos y no aquel que simplemente deba ser efectuado ante la falta de más opciones.

Así mismo, el trabajo digno implica una remuneración que permita a quien desarrolla el trabajo y a su familia acceder a bienes y servicios y vivir bien, al proporcionar el sustento a quienes económicamente dependen del trabajador.

Por último, ser valorado y respetado por la labor que se cumple, sentirse útil para la sociedad y como parte transformadora de ella, y reivindicar la no comercialización del ser humano como bien o como mercancía.

Es así como podemos entender que el derecho al trabajo es aquel que permite que el mismo, se efectúe en condiciones dignas, donde a pesar de la característica de subordinación propia de las relaciones laborales, se permite al individuo desarrollar su labor como parte del proyecto de vida que se ha trazado y acceder a unos bienes materiales para poder vivir cómodamente y por supuesto, ser tratado como ser humano, lo que impide el trato humillante y degradante.

La legislación laboral colombiana establece sanciones al empleador, y así protege al trabajador. Igualmente la Ley 1010 de 2006 establece en el artículo 1º como objetivo: “...corregir y sancionar las diversas formas de agresión, maltrato, vejámenes, trato desconsiderado y ofensivo y en general todo ultraje a la dignidad humana que se realiza

sobre quienes ejercen sus actividades económicas en el contexto de una relación laboral privada o pública”.

Por regla general es la jurisdicción ordinaria laboral la que conoce de las demandas de los trabajadores en contra de los empleadores, ya sea para perseguir indemnizaciones o pagos de derechos económicos adeudados como el salario o el pago de prestaciones sociales, entre otros.

En relación con el acoso laboral se acude a medidas administrativas en cabeza del Ministerio de Trabajo, Aunque esta investigación no se enfoca en los mecanismos legales del trabajador para acudir a la jurisdicción ordinaria o administrativa para exigir derechos laborales o para evitar abusos de los empleadores, pretende analizar cómo ha sido desarrollado por la doctrina constitucional el derecho a acceder al empleo. De la misma forma, como la Corte Constitucional ha protegido el derecho al trabajo como derecho fundamental, invocando la Acción de Tutela en la mayoría de los casos y en algunos, cómo se ha protegido el derecho al trabajo para la población en general mediante la Acción Pública de Inconstitucionalidad.

Para explicar el desarrollo de jurisprudencia constitucional en relación con el derecho al trabajo, se pasará a explicar cómo ha sido concebido el derecho al empleo como un derecho humano.

3.2. Derecho de Acceder al Empleo

El derecho de acceder al empleo es la posibilidad de aportar a los demás por medio de una actividad específica que, debe ser remunerada para que a su vez, permita acceder a bienes y servicios aportados o desarrollados por otras personas. De igual manera, debe permitir y posibilitar una serie de derechos como el descanso, la recreación, la vivienda, la educación, la seguridad social, es decir salud e incapacidad remunerada, y un ingreso digno en el momento de la vejez, entre otros.

El artículo 25 de la Constitución Política describe como derecho fundamental, el que “toda persona tiene derecho a tener un trabajo en condiciones dignas y justas”, desarrollado a su vez por el artículo 54 de la Carta Magna dentro de los derechos económicos, sociales y culturales.

Es obligación del Estado y de los empleadores ofrecer formación y habilitación profesional y técnica a quienes lo requieran. El Estado debe propiciar la ubicación laboral de las

personas en edad de trabajar y garantizar a los minusválidos el derecho a un trabajo acorde con sus condiciones de salud.

Así las cosas, por medio de sus políticas públicas, corresponde al Estado garantizar la posibilidad de acceso al empleo, siendo ésta una obligación de carácter constitucional, que por hacer parte de los derechos fundamentales merece toda la atención y seriedad a través del desarrollo de acciones en procura de su realización, ya sea mediante el incentivo o la creación de nuevos puestos de trabajo, la garantía de la educación y capacitación para el empleo, el apoyo y fortalecimiento de la garantía de los derechos a la seguridad social para trabajadores independientes, y el incentivo a la creación y el fortalecimiento de empresas y microempresas.

3.2.1. Derecho Humano al Trabajo

El reconocimiento del derecho al trabajo como derecho económico social y cultural está consagrado en el artículo 6 del PIDESC "...el derecho a trabajar, que comprende el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado, y tomarán medidas adecuadas para garantizar este derecho".

Según el PIDESC, el derecho al trabajo no se refiere a otorgar a cada persona el trabajo que quiere, lo cual en realidad sería poco probable, máxime, si se tiene cuenta la realidad económica por la que atraviesa Colombia. El PIDESC no hace referencia esto sino a que el Estado genere las oportunidades para acceder al empleo, de manera que en la medida de lo posible la persona que desea desarrollar la labor, y esté capacitada para hacerlo, tenga la posibilidad de presentarse en igualdad de oportunidades a la escogencia del mismo. Claramente deberá haber una amplia oferta de trabajo para que por lo menos, el mayor número de personas que cuenta con las capacidades pueda acceder al empleo.

Ahora bien, teniendo en cuenta que mientras el PIDESC reconoce el derecho al trabajo como un derecho económico, social y cultural, la Constitución Política de Colombia lo reconoce como un derecho fundamental (artículo 25 Constitución), de tal manera que el país concibe su protección dentro de la teoría de los derechos sociales fundamentales.

Una definición sobre la importancia de los derechos fundamentales ampliamente aceptada en teoría constitucional es la de Alexy (2003):

[L]os derechos fundamentales son tan importantes que su protección o su no protección no puede dejarse en manos de la mayoría parlamentaria simple. Esta definición es de índole procedimental, porque se basa en la pregunta de quién y de qué manera tiene la competencia para decidir sobre los derechos fundamentales. La tipificación positiva de los derechos fundamentales es un asunto del poder constituyente (p. 23).

Alexy hace así referencia a la necesidad de incorporar los derechos fundamentales en las constituciones, lo que sin duda otorga garantía a estos derechos, ya que la legislación del país no puede ir en contra de los postulados constitucionales. Tal como afirma Kelsen (2001):

A través de las múltiples transformaciones que ha sufrido la noción de Constitución ha conservado un núcleo permanente: la idea de un principio supremo que determina por entero el orden estatal y la esencia de la comunidad constituida por ese orden (p. 21).

Alexy (2003) define que:

[L]os derechos fundamentales son aquellos, que han sido reconocidos como tales en una Constitución; es el caso de la constitución alemana, en donde los derechos fundamentales corresponden a los mencionados en el capítulo I, a saber: protección de la dignidad humana, libertad de acción y de la persona, igualdad ante la ley, libertad de creencia, de conciencia y de confesión, libertad de opinión, de medios de comunicación artística y científica; matrimonio y familia, sistema escolar, libertad de reunión, libertad de asociación, secreto epistolar, postal y de telecomunicaciones, libertad de circulación y de residencia, libertad de profesión, prohibición del trabajo forzoso, servicio militar y civil obligatorio, inviolabilidad del domicilio, propiedad, derecho a la herencia y expropiación; socialización (de la propiedad del suelo), nacionalidad, extradición, derecho de asilo y derecho de petición (p. 45).

En el caso español, sólo son derechos fundamentales aquellos que la misma constitución reconoce como tales. El respecto Cotino (2010) plantea que:

La regulación constitucional de los derechos puede decirse que es asimétrica y cerrada, al no permitir el reconocimiento de otros derechos que los que expresamente se consagran (...)

No cabe duda de que los derechos fundamentales reconocidos en los artículos 15 al 29 son derechos fundamentales que gozan de la máxima protección y garantías (p.20).

De otra parte, las Naciones Unidas definen los derechos económicos sociales y culturales como aquellos “directamente relacionados con la protección de necesidades y capacidades que garantizan una calidad de vida” (Cotino, 2010, p.24), como es el caso del derecho al trabajo, el cual dignifica a los seres humanos por cuanto el sólo hecho de saberse y sentirse capaz de desarrollar una actividad es importante para el ser individual como para la sociedad. Mediante el trabajo las personas pueden acceder a los recursos para suplir sus necesidades materiales, es decir, cuando hay posibilidades de disfrutar el derecho al trabajo, se están garantizando otra serie de derechos, en su mayoría de carácter prestacional.

Por su parte, la Ley fundamental de la República Federal de Alemania, reconoce como el derecho al trabajo como derecho fundamental en el artículo 12, así:

- (1) Todos los alemanes tienen el derecho a elegir libremente su profesión, su lugar de trabajo y de formación profesional. El ejercicio de la profesión puede ser regulado por ley o en virtud de una ley. (2) Nadie puede ser obligado a un trabajo determinado salvo en el marco de un deber público de prestación que sea habitual, general, igual para todos. (3) El trabajo forzoso es admisible sólo en el caso de privación de libertad ordenada judicialmente.

Arango (2005) plantea que el que un país reconozca el derecho al trabajo como derecho fundamental se debe a las diferentes maneras en que han sido entendidos los derechos fundamentales:

Una parte de la doctrina constitucional limita los derechos fundamentales a los derechos de defensa. Según esta concepción las determinaciones de los derechos fundamentales tienen un carácter exclusivamente negativo. Ponen límites al Estado para asegurar espacios individuales de libertad, en consonancia con la concepción liberal clásica de los derechos fundamentales, que puede remitirse al desarrollo histórico del pensamiento sobre los derechos humanos...

En contraposición, una concepción socialista de los derechos fundamentales deja abierta la clase de los derechos fundamentales: a ésta pueden pertenecer tanto los derechos de defensa como los derechos de prestación. El carácter abierto del concepto de derechos fundamentales refleja e incorpora el cambio de los derechos fundamentales en el Estado Social de Derecho, lo que no sucede con la concepción burguesa de los derechos fundamentales en el liberalismo clásico (p. 35).

La concepción del Estado Social de derecho en Alemania influyó significativamente tanto a España como a Colombia, siendo este último, el país que más reconoce derechos fundamentales. En varios de estos derechos es necesaria la inversión del Estado para poder garantizarlos. Para el caso español Cotino (2010) señala:

Entre los derechos fundamentales especialmente protegidos, resta el derecho a la educación del artículo 27. Más allá de las libertades de enseñanza (...) se trata quizá del único derecho fundamental esencialmente prestacional por cuanto la enseñanza básica es obligatoria y gratuita. Artículo 27.4 El derecho de todos a la educación, incorpora frente a su contenido primario de libertad, una dimensión prestacional en cuya virtud los poderes públicos habrán de procurar la efectividad del derecho (p. 20).

De lo anterior podemos afirmar que en España no ha sido reconocido el derecho al trabajo, como derecho fundamental, si se tiene en cuenta el carácter prestacional del mismo.

El derecho al trabajo es entonces por su naturaleza, económico, social y cultural, reconocido como derecho fundamental en la Constitución Política de Colombia, es decir, enmarcado dentro de los derechos sociales fundamentales que requieren un aporte económico o prestacional por parte del Estado, pero además ha sido reconocido como un derecho básico e importante para los seres humanos que demanda protección especial y por esta razón ha sido elevado a derecho fundamental en el rango constitucional. Al respecto, vale la pena señalar algunos apartes de la exposición de motivos del Proyecto de Acto Reformatorio de la Constitución Política de Colombia, publicado en la Gaceta Constitucional No. 6 de febrero 18 de 1991:

Es indispensable que nuestra Constitución Nacional contemple normas que puedan servir de marco para un nuevo derecho laboral, mediante el cual se garantice la idea y condiciones de que la finalidad última o suprema de ese derecho es otorgar a los trabajadores una existencia digna, con un nivel económico decoroso. Esto sólo puede darse si el individuo está en capacidad de satisfacer todas las necesidades materiales de él y de su familia, de proveer a la educación, a la enseñanza en general y a la preparación técnica y universitaria de sus hijos, y de asomarse a los planos de la cultura, en forma que tanto él como su familia puedan desarrollar sus facultades físicas y espirituales. En suma, pues, hay que crear la posibilidad de cumplir su deber de realizar un trabajo útil para bien de ella misma, de su familia y de la sociedad a la que pertenece.

El nuevo concepto de la actividad laboral supera la simple valorización de ella, llevándola al rango de derecho consustanciado con la vida y la esencia del ser humano.

Por eso se llega a la incorporación del trabajo en los nuevos textos constitucionales con alta significación de los valores inmanentes de contenido humano que deben reconocerse y respetarse. Con iguales circunstancias se incorporan a sus disposiciones normas que se refieren a la vivencia colectiva dentro de la que actúan los procesos económicos y sociales, que afectan a la vida de la comunidad y que generan los derechos de la misma. Los derechos y garantías individuales en relación con el trabajo se hacen también derechos y garantías sociales en cuanto la actividad laboral se halla conectada con la actividad económica social.

El trabajo humano adquiere la jerarquía de un derecho inmanente, que se entronca en la persona humana porque se hace escancia y es inherente a su vida, y como tal, exige la protección constitucional. Por eso en las nuevas constituciones se afirma el derecho al trabajo con las características de los derechos fundamentales del hombre.

En Colombia no existe discusión en relación con que el derecho al trabajo es un derecho fundamental, lo cual significa que corresponde al Estado garantizar la protección del mismo, y para ello se ha instaurado el mecanismo de la Acción de Tutela, consagrado en el artículo 86 de la Constitución Política de Colombia, a saber:

Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública.

La protección consistirá en una orden para que aquél respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de obligatorio cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, este lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Teniendo en cuenta que el derecho al trabajo es un derecho fundamental en la Constitución Política de Colombia, corresponde al Estado garantizar este derecho y protegerlo. De no ser así, la consagración del mismo dentro de los derechos más importantes no tendría razón de ser.

Se pasará ahora a analizar de qué manera ha de ser garantizado por el Estado el derecho al trabajo.

3.2.2. Garantía del Derecho al Trabajo

La obligación de garantizar el derecho al trabajo en condiciones dignas está en cabeza del Estado, mientras que los particulares deberán abstenerse de realizar acciones que contradigan el ejercicio del trabajo digno, es decir, nadie podrá ejercer tratos crueles, humillantes o degradantes contra sus empleados. Deberá de manera similar la persona que desee emplear a otra, garantizar su seguridad social y pagar un salario justo, acorde con la labor que realiza. Corresponderá al Estado intervenir a través del aparato judicial, del Ministerio de Protección Social, de las oficinas de Control Interno, de las Comisiones de Personal entre otros, en el momento en que se evidencie que el superior jerárquico, empleador o nominador en el caso del empleo público, incluso la persona que no detenta poder o mando, atente contra los derechos laborales de los demás. Es por ello que se han creado en la legislación ciertos mecanismos, de manera que el trabajador no quede expuesto a la arbitrariedad de los demás y pueda exigir que se le garantice el desempeño de su labor de manera decente.

En relación con la garantía del derecho al trabajo como tal, es decir, de acceder al empleo, Arango (2005) analiza el artículo 12 de la constitución alemana:

La proposición de una norma jurídica fundamental puede formularse en forma de enunciado sobre un derecho, o como enunciado sobre una meta política. A partir del enunciado normativo “todas las personas tienen el derecho de escoger libremente un puesto de trabajo” (artículo 12, inciso 1 de la ley fundamental), se puede -según cual teoría jurídica fundamental se adopte- apoyar la proposición normativa todas las personas tienen derecho a un puesto de trabajo”, así como la proposición normativa “el Estado está obligado a llevar una política ocupacional de pleno empleo”. La primera proposición es un enunciado sobre un derecho; la segunda un enunciado sobre una meta política (p. 68).

Según Arango sólo cabe una de las dos interpretaciones:

...o el derecho al trabajo se va realizando a través de políticas públicas o el derecho se puede exigir individualmente, lo que nos lleva a entender que una interpretación descarta la otra y que además el esperar a que a través de políticas públicas se logre el pleno empleo, es una utopía. Por ello, sugiere mejor garantizar el derecho como derecho individual.

Las proposiciones enunciado normativo “todas las personas tienen derecho de escoger libremente su puesto de trabajo” puede ser interpretado de modo que signifique algo distinto

a “un derecho al pleno empleo”, como por ejemplo un derecho del individuo a un puesto de trabajo o al apoyo en caso de desempleo (p. 68).

De lo anterior, se desprende que si bien Arango plantea una diferencia entre meta política y garantía de un derecho fundamental, las metas políticas son formas de garantizar progresivamente los derechos fundamentales, de manera que, cuando a través de políticas públicas se generan oportunidades de acceder al empleo, habrá más personas con el goce efectivo del derecho. Arango prioriza la necesidad de dar garantía a todas las personas con un lugar o plaza para el trabajo de manera inmediata, lo cual es coherente con la obligación que tiene el Estado de garantizar progresivamente el derecho al trabajo a través de políticas públicas, pues ante todo es imperioso que la normatividad establezca obligaciones que sean posibles de llevar a la práctica, de manera independiente a la voluntad política de los gobernantes de turno.

La teoría propuesta por Arango va más allá de la manera como el PIDESC reglamenta la garantía en general, en los derechos económicos sociales y culturales, al proclamar:

...cada uno de los Estados partes en el presente pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos (p. 68).

Según el PIDESC, corresponde a los gobiernos garantizar por medio de políticas públicas y de legislación estos derechos, pero según Arango (2005), no basta con que progresivamente se desarrollen políticas que propendan por asegurar la posibilidad de acceder al empleo. Este autor propone una garantía individual de manera inmediata, así el goce de este derecho será una realidad y no se quedará tan sólo en la letra de las constituciones.

Arango (2010) explica la forma en que un individuo puede exigir jurídicamente sus derechos sociales fundamentales:

Para la titularidad del derecho es importante que la posición del sujeto de derecho sea reconocible por medio de los argumentos apropiados y que cualquiera que pueda encontrarse en esa situación pueda exigir el mismo trato...“¿Cómo reconocer el carácter adecuado, es decir, el carácter individualizado de los argumentos para las posiciones jurídicas fundamentales?... Cuando la falta de reconocimiento de la posición jurídica pretendida por el

individuo le hace daño de manera injustificada, entonces tal posición jurídica debe ser reconocida. De no ser así, el individuo no sería tomado en serio (p. 66).

Esa posición jurídica está basada en uno de los pilares fundamentales del Estado Social de Derecho, y es el derecho a una igualdad real o material, es decir, reconocer las diferencias de los seres humanos. Es así como la norma, al aplicarse de la misma manera para todos sin importar las circunstancias específicas de un individuo en un caso concreto, podría llevar a tremendas injusticias.

La Constitución Política de Colombia de 1991 instauró la “Acción de Tutela” como mecanismo judicial para proteger los derechos fundamentales, así, desde el año 1.992, la Corte Constitucional ha venido amparando a quienes en ocasiones específicas, como lo afirma Arango, se encuentran en situaciones jurídicas de daño o que presentan una amenaza grave a sus derechos fundamentales de manera injustificada.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional que ha reconocido el derecho al trabajo de manera individual a través de la Tutela, ha sido abundante a través del tiempo y se observa un número significativo de sentencias que por vía de Acción Pública de inconstitucionalidad han reconocido el derecho al trabajo. En este caso, también es claro que a través de este mecanismo se ha logrado establecer límites al Congreso, eliminando del ordenamiento jurídico aquellas normas que atentan contra el derecho fundamental al trabajo en condiciones dignas y justas.

En el caso de la Acción Pública de inconstitucionalidad, lo que se persigue es que la Corte Constitucional decida, según el artículo 83 de la Constitución Política, sobre “las demandas de constitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación”, es decir, lo que se cuestiona es el producto de la acción del Congreso, que por supuesto, es la ley.

Teniendo en cuenta que en la Constitución Política de Colombia, el derecho al trabajo se ha consagrado como un derecho fundamental, y que además, ha consagrado la Acción de Tutela como mecanismo para proteger los derechos fundamentales, se revisará la jurisprudencia de la Corte Constitucional, para entender la manera como se ha venido desarrollando la exigibilidad del derecho al trabajo en Colombia.

3.3. Exigibilidad del Derecho al Trabajo en Colombia, Análisis Jurisprudencial a Partir de la Constitución de 1991

Abramovich y Courtis (2003) plantean que una característica de los derechos humanos es que sean exigibles:

[E]l reconocimiento de los derechos sociales como derechos plenos no se alcanzará hasta superar las barreras que impiden su adecuada justiciabilidad, entendida como la posibilidad de reclamar ante un juez o tribunal de justicia el cumplimiento al menos de algunas de las obligaciones que se derivan del derecho.. (p. 61).

Respecto a la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales, afirman Londoño y otros (2004):

Una de las preocupaciones comunes en las organizaciones de derechos humanos nacionales e informacionales es la capacidad de exigir los derechos económicos, sociales, culturales y colectivos ante los tribunales- entenderemos, para esta investigación, el poder de exigir como el aseguramiento de la garantía de los derechos por la vía de la participación o por la vía judicial (p. 22).

En el caso colombiano, la Constitución de 1991 buscó que los derechos humanos no se quedaran tan sólo en la letra. Cepeda (2007) afirma:

La Carta de Derechos consagrada en la nueva Constitución contiene más de 70 derechos, lo más significativo es que cambió su concepción. Tener un derecho según la Constitución de 1991, no es disfrutar de una expectativa o de una aspiración que tiene rango constitucional. Tampoco es ser beneficiario de una declaración de ideales o buenos propósitos. Tener un derecho, según la Constitución de 1991, es tener poder, puesto que cada derecho es un límite sustancial que toda autoridad debe respetar, aun obrando dentro de su órbita de competencia con el respaldo de la mayoría (p. 356-357).

Cepeda hace referencia a los derechos como límites al proceder de los otros, pero también a la autoridad, es decir, a cómo se conciben los derechos humanos en un Estado de Derecho. También hace referencia a la exigibilidad de los derechos, y los enmarca en el Estado Social de Derecho, un avance significativo de la Constitución Política de 1991:

La misma Constitución debe establecer el mecanismo para proteger o hacer exigibles los derechos fundamentales. Según Abramovich y Courtis (2003), no sólo los derechos fundamentales deben tener la posibilidad de ser justiciables, también es un requisito para los derechos sociales de manera que cuando se presente amenaza o vulneración de estos derechos, también se pueda exigir su protección o cumplimiento ante los jueces.

Desde 1991 la Corte Constitucional colombiana ha venido desarrollando la jurisprudencia en materia de derechos fundamentales consagrados en la Constitución y en materia de protección de los derechos sociales económicos y culturales. En principio la acción de tutela solamente prosperaba en los casos en los que se reclamaban los derechos consagrados en el capítulo de los derechos fundamentales. Más adelante, poco a poco, se fueron garantizando también derechos consagrados en el acápite de los derechos económicos sociales y culturales, gracias a su conexidad con los derechos fundamentales, es decir, cuando al amenazarse un derecho económico, social o cultural, por estar ligado íntimamente con un derecho fundamental, este derecho lograba su garantía a través de la mencionada acción, como era el caso del derecho a la salud, que está íntimamente ligado al derecho a la vida. Posteriormente la Corte Constitucional ha ido reconociendo derechos económicos, sociales y culturales como derechos autónomos fundamentales, como el derecho a la salud, derecho fundamental exigible directamente a través de la Acción de Tutela.

Para el caso colombiano afirma Cepeda (2007):

La Constitución colombiana se ha preocupado porque los derechos no se queden escritos. A lo largo de la Constitución de 1991 nos encontramos con la palabra efectividad acompañando los derechos. Sin embargo, esa declaración de efectividad no es retórica. La Acción de Tutela, prima humana de amparo, la acción de cumplimiento, las acciones populares, las reglas especiales de votación y aprobación de proyectos de ley sobre derechos fundamentales, la creación del Defensor del Pueblo como vigilante permanente de la efectividad de los derechos, la creación de la Corte Constitucional y los principios de aplicación e interpretación de los derechos, buscan construir un andamiaje para garantizar el goce real de estos poderes que la Constitución reconoce a los particulares (p. 357).

En relación con el derecho al trabajo, la evolución constitucional ha sido diferente a la de otros derechos que hacen parte del Pacto de derechos económicos sociales y culturales, teniendo en cuenta que, como ya se explicó, desde el inicio de la Constitución este derecho fue consagrado como fundamental exigible a través de la acción de Tutela, sin embargo en ninguna parte de la Constitución o de la ley se ha establecido en qué casos procedía la citada acción para reclamar o proteger el derecho al trabajo. Es por ello que la garantía del derecho al trabajo fue evolucionando y caracterizando mediante la jurisprudencia emanada por la Corte Constitucional.

De igual manera afirman Uprimny y García (2004):

El debilitamiento del Congreso, y las fuerzas políticas que redactaron la Constitución, y las estrategias neoliberales de desarrollo, impulsadas por el gobierno, hicieron que una de las pocas instituciones con posibilidad de desarrollar el contenido progresista de la Carta de 1991 fuera a Corte. Y el tribunal constitucional, desde sus primeras sentencias, decidió asumir con vigor esa función. En todos estos años, la Corte ha tendido, poco a poco a autorrepresentarse como la ejecutora de los valores de libertad y justicia social encarnados en la Constitución, lo cual le permitió ganar una importante legitimidad en ciertos sectores sociales (p.. 476).

Dicha afirmación corrobora el papel trascendental que ha tenido el máximo tribunal de justicia en Colombia, en relación con la garantía de los derechos humanos de los colombianos.

A continuación, utilizando el método de línea jurisprudencial se identificarán los precedentes significativos de la Corte Constitucional colombiana en materia de derecho al trabajo, con el fin de establecer la contribución del alto tribunal a la superación de las barreras que impiden reclamar ante un juez el derecho al trabajo digno, o si por el contrario ha sido la misma Corte la encargada de trazar barreras que impiden exigir este derecho por vía judicial.

En el caso del derecho al trabajo, sería ideal afirmar que cada persona puede exigir al Estado un puesto de trabajo para no sentir vulnerado su derecho, sin embargo, esta manera de concebir la exigibilidad, pensando que cualquiera podría impetrarla sin especificar las condiciones, debe tener límites, de manera que se establezca si efectivamente el derecho se encuentra vulnerado y amenazado y amerite el amparo constitucional. Por ello, reconociendo la realidad y capacidad de los Estados, Abramovich y Curtis (2003) hacen referencia a que mediante una demanda se es posible exigir por lo menos “algunas obligaciones”.

Como ya se ha mencionado, en Colombia la garantía del derecho al trabajo se puede invocar en favor de un individuo en circunstancias específicas, mediante la Acción de Tutela y de la Acción Pública de Inconstitucionalidad, de tal manera que se anulen del ordenamiento leyes que atenten contra el derecho al trabajo.

Todas las Acciones de tutela que se presentan a continuación, tienen en común el hecho de relacionar directamente el derecho al trabajo con el derecho a la igualdad, tal como lo afirma Arango (2005): “El contenido de los derechos sociales fundamentales puede determinarse judicialmente con la ayuda del principio de igualdad en conexidad con otras disposiciones de derechos fundamentales. Las diferenciaciones entre derechos sociales fundamentales son imprescindibles y dependen de la importancia del derecho fundamental respectivo” (p. 118).

La importancia del derecho al trabajo es innegable, pues a través del mismo se accede a una cantidad considerable de derechos dentro de los cuales está la dignidad humana. De igual manera, cuando se accede al trabajo aumentan las oportunidades de educación, vivienda digna, salud, recreación, servicios básicos y seguridad social.

Según lo señalado, otros derechos se pueden invocar en conexidad con el derecho al trabajo, como es el caso del derecho al mínimo vital, reconocido jurisprudencialmente por la Corte Constitucional a partir del año 1999.

3.3.1. Libertad para Escoger Profesión u Oficio

Desde las primeras sesiones de la actividad de la Corte Constitucional en el año 1992, mediante Sentencia T-475, se protege la libertad de escoger profesión u oficio, artículo 26 de la Constitución: “toda persona es libre de escoger profesión u oficio...”. De su lectura se desprende una obligación negativa del Estado y los particulares, ya que se obligan a no realizar acciones que atenten contra la libertad de escogencia de un oficio determinado, sin que ello implique que no sea exigida la idoneidad para ejercerlas, afirma la Corte, “al legislador, y más aún a la administración, les está vedado restringir la libre escogencia de los oficios, salvo para prevenir aquellos socialmente riesgosos”.

El artículo 26 busca proteger el derecho al trabajo desde el ámbito de las libertades, tal como lo afirma la Corte en la Sentencia T-475 de 1992:

...la escogencia de un oficio es una libertad civil de primer orden. Esta libertad constituye un derecho fundamental de aplicación inmediata que vincula a todas las autoridades. La libertad de opción para ocuparse en una determinada actividad o curso de acción es una manifestación específica del derecho al libre desarrollo de la personalidad y, como tal, goza

de una doble protección como derecho a la autodeterminación laboral y como derecho a desarrollar libremente las vocaciones, aptitudes o habilidades personales.

En este caso, el juez constitucional establece límites a la administración, pues al suspenderse la licencia de funcionamiento de un establecimiento, se afecta injustificadamente la libertad de escoger profesión u oficio. De esta manera se protege el derecho al trabajo como tal y se hace referencia a su conexidad con el derecho al libre desarrollo de la personalidad. En este caso, a pesar de no estar de manera explícita en la sentencia, se da aplicación al principio de igualdad material, ya que al suspender la licencia se sitúa a la persona en situación especial de vulnerabilidad, porque se le impide desarrollar el trabajo, por lo tanto la persona sufre un daño injustificado en su derecho, que pasa a ser amparado a través de la Acción de Tutela.

De igual manera, es pertinente destacar cómo la Corte Constitucional, desde sus inicios y mediante pronunciamientos en materia de tutela, se refiere a la necesidad de proteger los derechos de manera inmediata, es decir, resalta cómo, por medio del mecanismo constitucional, se pueden hacer exigibles los derechos consagrados en la Constitución Política como derechos fundamentales.

En el año 2012, mediante Sentencia T-348 la Corte Constitucional resuelve el siguiente problema jurídico:

La Sala debe estudiar si el Consorcio Vía al Mar y las demás entidades demandadas vulneraron los derechos fundamentales al trabajo, a la libre escogencia de oficio o profesión, a la consulta previa de la comunidad pesquera y los derechos de los adultos mayores, al omitir garantizar un espacio de participación y concertación previo a la construcción del proyecto “Anillo Vial – Malecón del Barrio Crespo” con ASOPESCOMFE, y no ofrecerle a sus miembros medidas de reparación adecuadas por los daños que el proyecto les ha causado.

Para el efecto, la Sala desarrollará las siguientes temáticas: **(i)** El derecho a la participación de comunidades locales en la construcción de megaproyectos que generan una afectación al ambiente e impactan a las comunidades asentadas en su área de influencia; **(ii)** el derecho a la libre escogencia de oficio y al trabajo en comunidades de economía de subsistencia; y **(iii)** el derecho a la alimentación y el concepto de soberanía alimentaria. Con fundamento en esas consideraciones se realizará el análisis del caso concreto.

En este caso, por ser pertinente para el tema que se estudia, se analizarán las precisiones hechas por el alto tribunal en relación con el derecho a la libre escogencia de

oficio y al trabajo en comunidades de economía de subsistencia. Al respecto la Corte afirmó:

...la libertad de escoger profesión u oficio, es un derecho íntimamente ligado al derecho al trabajo, toda vez que ambos representan dos etapas conexas para el desarrollo del individuo. Dicho en otras palabras, una vez el ciudadano elige libremente y en el marco de su voluntad, una profesión u oficio y se prepara para ella en un campo académico o técnico adecuado, posteriormente ejerce dicha preparación en el ámbito laboral, lo que implica la ineludible unión de ambos derechos fundamentales. Además, el derecho al trabajo y al ejercicio de un oficio involucran no sólo el derecho a poder acceder a plazas de trabajo, sino a que éste sea en condiciones dignas y justas, a que se le garantice al trabajador una remuneración que le asegure un mínimo vital, que tenga acceso a la seguridad social y a prestaciones que contribuyan a la realización y desarrollo del individuo, entre otras garantías.

Vale la pena insistir que el derecho al trabajo está íntimamente ligado a otros derechos, como el mínimo vital y móvil, y es el medio más importante para asegurar a los ciudadanos una vida en condiciones dignas. La Corte Constitucional en la Sentencia T-348 de 2012 hace referencia a esta conexidad, reafirma la Jurisprudencia y cita la Sentencia T-920 de 2009, que define el derecho al mínimo vital y móvil de la siguiente manera:

Ha sido considerado como el derecho que tienen todas las personas a vivir bajo unas condiciones básicas o elementales que garanticen un mínimo de subsistencia digna, a través de los ingresos que les permitan **satisfacer sus necesidades más urgentes** como son **la alimentación**, el vestuario, la vivienda, el acceso a los servicios públicos domiciliarios, la atención en salud, la educación, entre otras.

Así las cosas, al estudiar la protección o garantía del derecho al trabajo, deben tenerse en cuenta los derechos que contribuyen a garantizar una vida digna para las personas. Al respecto la Corte Constitucional realizó una diferenciación positiva para la Comunidad Pesquera, al amparar sus derechos, a los pescadores y sus familias. Resolvió entre otros:

[...] **ORDENAR** al Consorcio Vía al Mar, al Instituto Nacional de Concesiones-INCO (hoy Agencia Nacional de Infraestructura) y al Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, para que en el término de tres (3) meses contados a partir de la notificación de la presente sentencia, realicen las reuniones que sean necesarias para garantizar el derecho a la participación de la Asociación de Pescadores de Comfenalco y en el marco de estos espacios,

diseñar en conjunto con la comunidad las medidas de compensación necesarias acorde con las características del ejercicio de la pesca artesanal como actividad de sustento.

En las sentencias estudiadas relacionadas con la libertad de escoger profesión u oficio, este derecho fue protegido. De igual manera, se nota cómo, en la Sentencia del año 2012, la Corte Constitucional ordenó realizar acciones positivas, para amparar también el derecho a la participación ciudadana.

En síntesis, el derecho al trabajo y a la escogencia de profesión u oficio, se ha garantizado principalmente a través de prohibiciones para que las autoridades o los particulares interfieran, mientras que el derecho a la participación ciudadana se ha garantizado mediante acciones positivas, al tener claro que los derechos se interrelacionan unos con otros, al punto de depender entre ellos, de manera que al garantizarse un derecho específico, se logra la garantía de otros. En este caso, al garantizarse a la comunidad el derecho a la participación ciudadana, de manera que pueda influir en las decisiones que le afecta, se garantiza el goce y disfrute del trabajo que ellos han escogido y para el cuál se han preparado.

Así mismo, se nota como gran cantidad de derechos se relacionan entre sí: el derecho al trabajo, el derecho a escoger profesión u oficio, el derecho al mínimo vital, el derecho a una vida digna, el derecho a la participación, entre otros.

Para el caso del derecho de los adolescentes, en la escogencia de profesión u oficio, se resalta que, una vía poderosa de garantía es la garantía del derecho a la participación ciudadana de este grupo etario, como se verá en capítulos posteriores.

3.3.2. Derecho al Trabajo y Espacio Público

Desde 1992 la Corte Constitucional ha dado respuesta al conflicto entre la protección del derecho al trabajo y el derecho a disfrutar del espacio público, y ha hecho imperativa la coexistencia entre los dos derechos. En la Sentencia T-225 de 1992, la Corte Constitucional mantiene su línea jurisprudencial:

...del libre ejercicio del derecho fundamental al trabajo depende la subsistencia de las familias de los vendedores ambulantes. Sin embargo, su ocupación del espacio público no está legitimada por la Constitución. Se impone por lo tanto establecer una pauta de coexistencia entre los derechos e intereses en conflicto, que resulte proporcional y armoniosa en relación con los valores y principios consagrados en la Constitución y que permita al

Estado dar cumplimiento a la obligación a su cargo de "velar por la protección de la integridad del espacio público y por su destinación al uso común" (CP art. 82), así como de "propiciar la ubicación laboral de las personas en edad de trabajar. (CP. art. 54).

Mediante Sentencia T. 372 de 1993, la Corte Constitucional reafirmó su jurisprudencia al manifestar:

El conflicto entre el deber del Estado de recuperar y proteger el espacio público y el derecho al trabajo, ha sido resuelto en favor del primero de estos, por el interés general en que se fundamenta. Pero se ha reconocido, igualmente, que el Estado en las políticas de recuperación de dicho espacio, debe poner en ejecución mecanismos para que las personas que se vean perjudicadas con ellas puedan reubicar sus sitios de trabajo en otros lugares.

En este caso, la Corte exhortó a las autoridades a desarrollar políticas de reubicación y políticas de desalojo. El alto tribunal, al amparar a los vendedores ambulantes, y proteger su derecho a no ser retirados del espacio en donde trabajan, incidió en el desarrollo de políticas públicas, aunque de todas maneras el derecho sea garantizado impidiendo que las acciones negativas del Estado vulneren los derechos de los trabajadores.

Más adelante en el año 1999, la Sentencia SU-360 decide sobre la petición de vendedores frente a decisiones de desalojo. En este caso se recogen los criterios para solucionar el conflicto de intereses entre derecho al trabajo y espacio público, equiparando dos derechos individuales, el derecho a la libertad de locomoción y el derecho al trabajo y resolvió el conflicto al incorporar el concepto de confianza legítima, así:

... Las personas que usan el espacio público para fines de trabajo pueden obtener la protección, a través de la acción de tutela, siempre y cuando se encuentren amparados por el principio de la confianza legítima...

...si demuestran que las actuaciones u omisiones de la administración anteriores a la orden de desocupar, les permitía concluir que su conducta era jurídicamente aceptada.

De ese concepto de confianza legítima se colige que el juez constitucional buscó limitar la garantía del derecho al trabajo cuando se encuentra en conflicto con el espacio público, ya que lo garantizó sólo a aquellos en que hubo actuaciones u omisiones de la administración que les permiten concluir que podían ejercer el trabajo de vendedores

ambulantes en los lugares que se pretenden desalojar, lo cual puede llevar a la administración a impedir a toda costa el acceso de los vendedores al espacio público, para que después no puedan alegar la confianza legítima.

Sin embargo, la Sentencia SU-360 de 1999 exhorta a la administración nuevamente a desarrollar políticas públicas en favor de estas personas, ya no solamente para su reubicación, sino también en beneficio del acceso al empleo formal. De esta manera La Corte afirmó:

La situación es de tal complejidad, en nuestros países en vía de desarrollo, que para integrar a los vendedores ambulantes a una economía convencional, no sólo surgen los planes de reubicación, sino que surge la necesidad de otras opciones para cuya escogencia debe existir una indispensable comunicación entre la autoridad que las ofrece y el destinatario.

En el año 2012 la Sentencia T-904 resolvió el siguiente problema jurídico:

La Sala debe estudiar si la Alcaldía Distrital y la Gerencia del Espacio Público y Movilidad de Cartagena de Indias vulneran los derechos fundamentales al trabajo, a la dignidad humana, a la igualdad y a la protección del principio de la confianza legítima del actor, por impedirle continuar ejerciendo su labor de lavado de carros en la calle Arsenal y no incluirlo en el RUV y en los programas de generación de ingresos y reubicación dirigidos a los comerciantes informales.

Para el efecto, la Sala desarrollará las siguientes temáticas: **(i)** La protección del espacio público por parte del Estado y la eficacia de los derechos fundamentales de los comerciantes informales que desarrollan actividades laborales en él y **(ii)** el alcance del principio de confianza legítima en situaciones de ocupación del espacio público. Con fundamento en esas consideraciones se realizará el análisis del caso concreto.

Nuevamente La Corte Constitucional realiza un análisis donde coexisten el derecho al espacio público y el derecho al trabajo. El alto tribunal enfatiza la necesidad de proteger el derecho al trabajo, el derecho al mínimo vital y móvil, no sólo de quien se vea afectado para poder ejercer un oficio, sino también el derecho de las familias que dependen de él. Es así, como en este caso la Corte Constitucional ordena una acción positiva para garantizar el derecho al trabajo y ordena lo siguiente:

En consecuencia, ORDENAR a la Alcaldía Distrital y a la Gerencia del Espacio Público y Movilidad de Cartagena de Indias, que en el término de diez (10) días contados a partir de la notificación de la presente sentencia, procedan a instruir al señor Adolfo Gutiérrez Cantillo

sobre los programas de capacitación y de formalización de la economía para los comerciantes informales con los que cuenta el Distrito, y a brindarle la oportunidad de participar en tales programas, en caso de que así lo desee.

De las sentencias mencionadas podemos concluir que el derecho al espacio público ha sido protegido, incluso como derecho individual, es decir, la libertad de locomoción. Sin embargo, las medidas de recuperación del espacio público, deben ser proporcionales, de manera que se proteja el derecho al trabajo de quienes se pretende desalojar, ya sea por medio de una reubicación o de políticas públicas que promuevan el empleo y el acceso al empleo formal de las clases menos favorecidas.

3.3.3. Protección Especial del Derecho al Trabajo a Personas en Situación de Discapacidad.

Teniendo en cuenta la Teoría de Arango (2005) “los derechos sociales fundamentales presuponen un trato desigual de su titular, quien puede aducir un criterio de diferenciación relevante, esto es, comprobar con razones válidas y suficientes que debe ser tratado en forma desigual” (p. 188). Este es el caso del derecho al trabajo que debe ser especialmente protegido para las personas que sufren algún tipo de discapacidad, ya que en el mundo competitivo en el que vivimos podrían tornarse o valorarse como menos competentes que una persona que no la padece.

Esta diferenciación positiva es producto de la concepción del Estado Social de Derecho y se desprende normativamente del inciso final del artículo 13 de la Constitución Política “El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ella se cometan”.

La Corte Constitucional en el año 1992, mediante Sentencia T- 427 de 1992, ampara el derecho de una persona discapacitada. En este caso la Corte se pregunta “qué efecto tienen las normas de protección a las personas inválidas sobre la facultad de remover libremente a los empleados de la administración, cuando dicha potestad se ejerce

respecto de quien ha sido víctima de una deficiencia física o mental debidamente reconocida con anterioridad a su desvinculación”.

La respuesta de la Corte a esta pregunta se resuelve en favor de una persona discapacitada, quien solicitaba el reintegro a su puesto de trabajo, después de haber sido declarado su nombramiento insubsistente.

En el año 1993 la Corte Constitucional reitera su línea jurisprudencial con la Sentencia T-441 de 1993, al proteger el derecho al trabajo de una persona que había sido declarada insubsistente, ordenando ubicarla en un cargo acorde con su estado de salud. Además, en este caso aplica el principio de la buena fe, al afirmar “la buena fe incorpora el valor ético de la confianza, la cual se vería traicionada por un acto sorpresivo de la administración que no tenga en cuenta la situación concreta del afectado. Las facultades discrecionales de la administración deben ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe”

En 1999 la Corte Constitucional emite la Sentencia T-207, que es para el tema en estudio la más significativa, ya que por primera vez obliga al Estado, en concreto a la Secretaría de Salud de Caldas, a adjudicar una plaza para la prestación del servicio social obligatorio y a nombrar un médico que sufre de hemiplejía (parálisis de medio lado del cuerpo). Las consideraciones más importantes de la Corte Constitucional en este caso fueron “...De ahí que, elemento prioritario de esa protección lo constituya una ubicación laboral acorde con sus condiciones de salud y el acceso efectivo a los bienes y servicios básicos para su subsistencia y el sostenimiento de su familia...”.

En el caso explicado se protegió el derecho al trabajo, no como en las situaciones anteriores, mediante una obligación de carácter de no hacer, sino que obligó al Estado a desarrollar una obligación de hacer. Se aplica la teoría de Rodolfo Arango: el médico por su especial situación de discapacidad, solicitó que se creara en el hospital un puesto de trabajo para él, teniendo en cuenta que las ofertas que había no le permitían desarrollar su profesión. Al tener en cuenta su discapacidad, la Corte Constitucional tomó en serio los derechos del galeno, quien gracias a la Acción de Tutela, no tenía por qué esperar y soportar, que el Estado desarrollara algún día una política pública especial para que los médicos en situación de discapacidad accedieran a un puesto de trabajo.

En el año 2011, mediante Sentencia T-684 A, la Corte Constitucional formuló los siguientes problemas jurídicos:

1. ¿Cuál es la naturaleza jurídica del numeral a) del artículo 24 de la Ley 361 de 1997?
2. ¿Es obligación de las entidades estatales implementar en un proceso público de adjudicación la disposición contenida en el numeral a) del artículo 24 de la Ley 361 de 1997 Ley 361 de 1997?
3. ¿Vulnera los derechos fundamentales al trabajo y a la igualdad de las personas con discapacidad, contratadas laboralmente por una de las empresas que cumplen la hipótesis normativa del numeral a) del artículo 24 de la Ley 361 de 1997 Ley 361 de 1997, la negativa de la entidad convocante de implementar la mencionada disposición?

Para resolver estos problemas jurídicos la Sala: (i) reiterará la Jurisprudencia en torno al derecho a la igualdad y las acciones afirmativas; (ii) revisará la protección constitucional al derecho al trabajo de las personas en situación de discapacidad; (iii) establecerá la obligatoriedad de implementar las acciones afirmativas en los procesos contractuales; y (iv) solucionará el caso concreto.

La norma a la que hace alusión el problema jurídico es la siguiente:

Artículo 24°.- Los particulares empleadores que vinculen laboralmente personas con limitación tendrán las siguientes garantías:

- a. que sean preferidos en igualdad de condiciones en los procesos de licitación, adjudicación y celebración de contratos, sean estos públicos o privados si estos tiene en sus nóminas por lo menos un mínimo del 10% de sus empleados en las condiciones de discapacidad enunciadas en la presente ley debidamente certificadas por la oficina de trabajo de la respectiva zona y contratados por lo menos con anterioridad de un año; igualmente deberán mantenerse por un lapso igual al de la contratación;
- b. Prelación en el otorgamiento de créditos subvenciones de organismos estatales, siempre y cuando estos se orienten al desarrollo de planes y programas que impliquen la participación activa y permanente de personas con limitación;
- c. El Gobierno fijará las tasas arancelarias a la importación de maquinaria y equipo especialmente adoptados o destinados al manejo de personas con limitación. El Gobierno clasificará y definirá el tipo de equipos que se consideran cubiertos por el beneficiario

En este sentido, en la Acción de Tutela:

Los accionantes, trabajadores en condición de discapacidad, denuncian dos posibles vulneraciones a sus derechos fundamentales generadas por la negativa del ICBF de implementar el beneficio contemplado en el numeral a) del artículo 24 de la Ley 361, a saber: (a) por un lado, el empleador ha advertido la posibilidad de tener que despedirlos, como consecuencia de que el incentivo por el cual los ha contratado no tuvo aplicación real en los procesos contractuales; y, (b) por el otro, el derecho a la igualdad pues la negativa de darle cumplimiento a una acción afirmativa implica no ejecutar una medida que busca su igualdad material.

Después de realizar el análisis del caso, el alto tribunal encontró que efectivamente la vulneración a los derechos de los rutilantes se había consumado, por esta razón el fallo no atacó el proceso licitatorio como tal. A pesar de que ordenó amparar los derechos de los accionantes, se pronunció en el siguiente sentido:

DECLARAR que la acción afirmativa establecida por el legislador en favor de la población trabajadora discapacitada, contenida en el literal a) del artículo 24 de la Ley 361 de 1997, es obligatoria para las autoridades públicas, las que en cumplimiento de sus deberes constitucionales, legales y reglamentarios, deberán aplicarla en todos sus procesos de contratación, dando efectividad a los principios constitucionales que la inspiran.

ORDENAR al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar que, teniendo en cuenta el carácter imperativo y obligatorio de la acción afirmativa establecida por el legislador en favor de la población trabajadora discapacitada en el literal a) del artículo 24 de la Ley 361 de 1997, debe dar aplicación a dicho mandato legal en todos los procesos de contratación que adelante. En tal sentido, **INFORMAR** al Ministerio de la Protección Social el contenido de la presente decisión para que dentro de la órbita de sus competencias acompañe y verifique el respeto de los derechos al trabajo y a la igualdad de la población de trabajadores discapacitado.

Con lo anterior, queda claro que es obligación del Estado, desarrollar, implementar y aplicar las acciones afirmativas con el fin de garantizar a trabajadores en situación de discapacidad, la estabilidad laboral reforzada a que tienen derecho. De igual manera, compete al Estado realizar todas las acciones que estén a su alcance para garantizar puestos de trabajo a la población en situación de discapacidad.

Es decir, que cualquier persona que se encuentre en situación de discapacidad tiene derecho no sólo a una estabilidad laboral reforzada, sino también a exigir el amparo al Estado en su derecho al trabajo, cuando no se aplican las leyes que desarrollan las acciones obligatorias por cuenta de este.

En el presente caso, la misma Ley 361 de 1997 realiza una discriminación positiva a la población discapacitada, teniendo en cuenta que sus posibilidades se reducen al momento de querer acceder a un empleo. El Estado debe garantizar que esta diferencia sea observada para que mediante políticas públicas y legislación, sea posible proporcionar criterios que les permita gozar de ventajas, de manera que en el momento de competir con personas que no se encuentran en esta situación, y que por ello mismo tengan más posibilidades para acceder al empleo, se logre equiparar en alguna medida la elegibilidad entre discapacitados y no discapacitados.

En el año 2012, mediante Sentencia T- 770, la Corte formula el siguiente problema jurídico:

En atención a lo expuesto, corresponde a la Corte Constitucional determinar si el Ministerio de Defensa – Armada Nacional, vulneró los derechos fundamentales a la igualdad y al trabajo del señor Francisco Guatibonza Jaimes, al decretar su retiro del servicio activo con pase de reserva, por el hecho de haber sobrepasado la edad correspondiente al grado que ocupaba, teniendo en cuenta que se trata de una persona en situación de discapacidad, que por su condición nunca cumplirá con los requisitos para ser ascendido.

Para resolver esta pregunta, la Sala previamente (i) aludirá al derecho a la igualdad y a su dimensión material, y (ii) se referirá a la especial protección de las personas en condición de discapacidad, en particular, en lo que tiene que ver con el principio de integración laboral. Posteriormente, con base en dichos presupuestos, abordará el caso concreto.

Al respecto el alto tribunal, amparó los derechos fundamentales a la igualdad y al trabajo del accionante, de la siguiente manera:

la Sala concluye que en este caso el Ministerio de Defensa vulneró los derechos fundamentales a la igualdad y al trabajo del señor Uriel Francisco Guatibonza Jaimes, al expedir la Resolución No. 0517 de 2012, mediante la cual decidió aplicar la norma menos favorable a la situación del trabajador discapacitado, ordenó su retiro y omitió su deber de implementar medidas que propicien la plena integración de las personas con discapacidad, su

rehabilitación vocacional y profesional, el mantenimiento del empleo y la reincorporación al trabajo.

En este sentido, la Corte Constitucional ordenó dejar sin efectos la Resolución 0517 de 2012, de igual manera proferir un nuevo acto administrativo, reintegrado al accionante al cargo que desempeñaba.

Con la decisión de la Corte Constitucional se amparó el derecho al trabajo de esta persona, quien se encontraba en situación de discapacidad y mereció que el Estado garantizara a este sujeto una igualdad material efectiva, pudiendo desempeñarse en el mismo cargo, a pesar de que había cumplido la edad de retiro forzoso, a la edad de 36 años, pues podía seguir siendo útil a la institución y desempeñar la misma labor que venía adelantando.

3.3.4. Garantía del Derecho al Trabajo a Través de la Acción Pública de Inconstitucionalidad

Mediante la Acción Pública de Inconstitucionalidad, la Corte Constitucional al estudiar el ajuste de una ley a la Constitución ha evaluado las políticas públicas del gobierno en relación con la garantía del derecho al trabajo. En el año 1993, mediante Sentencia C- 074 evaluó:

...la relevancia constitucional de las políticas macroeconómicas de modernización del Estado y apertura económica y la importancia de los derechos fundamentales como objeto y límite de tales políticas... el nuevo derecho constitucional diseña un marco económico ontológicamente cualificado, que parte del reconocimiento de la desigualdad social existente (art. 13), de la consagración de ciertos y determinados valores como la justicia y la paz social, principios como la igualdad y la solidaridad, y derechos y libertades civiles, sociales, económicos y culturales que conforman la razón de ser y los límites del quehacer estatal. No se trata entonces de un texto neutro que permita la aplicación de cualquier modelo económico, pues las instancias de decisión política deben de una parte respetar los límites impuestos por el conjunto de derechos, y de otra operar conforme a los valores y principios rectores que la Carta consagra, así como procurar la plena realización de los derechos fundamentales.

En el caso mencionado, luego de un largo estudio sobre políticas públicas, es decir, sobre el Estado Social de Derecho, derechos fundamentales y derecho al trabajo; la Corte resolvió declarar exequible el Decreto 1755 de 1991, por medio del cual se dictan

disposiciones sobre la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero y en el artículo 5 estableció la posibilidad de hacer ajustes laborales reduciendo su planta física. Sin embargo, en ninguna parte del Decreto se previó una política de choque para responder a las necesidades de los trabajadores. Para la Corte, desafortunadamente bastó con que los trabajadores fueran indemnizados quedando por encima el bienestar general, no obstante, es claro que una indemnización, de ninguna manera protege ni garantiza el derecho al trabajo que, como derecho individual, evidentemente fue vulnerado.

3.3.5. Protección del Derecho al Trabajo para las Madres Cabeza de Familia

Las madres y los padres cabeza de familia han sido sujeto de protección laboral reforzada, teniendo en cuenta la especial situación en que se encuentran, como únicos responsables de sus hijos, a quienes deben cuidar y sostener, y garantizar los derechos y condiciones básicas para su subsistencia. Es por ello que al proteger al padre o madre cabeza de familia, el fin último que se busca es brindar protección a los niños, niñas y adolescentes, basados en el principio de corresponsabilidad consagrado en el artículo 44 de la Constitución Política. Corresponde al Estado brindar garantías para que las mujeres y los hombres que se encuentran en esta situación especial, tengan garantizado el medio para solventar las necesidades de sus hijos.

De lo anterior, resulta pertinente aclarar que esta garantía se ha venido desarrollando jurisprudencialmente, no como situación de preferencia para acceder a un empleo, pero sí para evitar ser despedidos de un cargo que vienen desempeñando.

De esta manera, en el año 2003, mediante Sentencia C- 1039, la Corte Constitucional resolvió:

Declarar exequible la expresión “las madres” contenida en el artículo 12 de la ley 790 de 2002, por la cual se expiden disposiciones para adelantar el programa de renovación de la administración pública y se otorgan facultades al Presidente de la República en el entendido que la protección debe extenderse a los padres que se encuentren en la misma situación, en aras de proteger la prevalencia de los derechos de los niños y el grupo familiar al que pertenecen.

En la Sentencia anterior la controversia se presentó frente al artículo 12 de la Ley 790 de 2002, el texto del artículo en cuestión:

PROTECCIÓN ESPECIAL. De conformidad con la reglamentación que establezca el Gobierno Nacional, no podrán ser retirados del servicio en el desarrollo del Programa de Renovación de la Administración Pública las madres cabeza de familia sin alternativa económica, las personas con limitación física, mental, visual o auditiva, y los servidores que cumplan con la totalidad de los requisitos, edad y tiempo de servicio, para disfrutar de su pensión de jubilación o de vejez en el término de tres (3) años contados a partir de la promulgación de la presente ley.

Los demandantes de este caso, argumentan que la expresión “las madres” era discriminatoria, pues no protegía, es decir, discriminaba a los padres que se encontraran en la misma situación, por eso la Corte en este caso, extiende la garantía laboral a los padres cabeza de familia.

Más adelante, en el año 2004, mediante Sentencia T-792-04 la Corte, protege a una mujer cabeza de familia y discapacitada, afirmando:

Nuestro actual Estado está constituido política y jurídicamente como un Estado Social de Derecho, siendo el pilar estructural del mismo el respeto por la dignidad humana, la cual no está siendo protegida a la demandante; por el contrario la conducta desplegada por Telecom no ha hecho más que abandonarla sin tener en cuenta que goza de ciertos privilegios constitucionales, por ostentar la ya muchas veces repetida calidad de madre cabeza de familia y de discapacitada.

En el mismo año, 2004, la Corte Constitucional, siguiendo la teoría de Alexy (2008) “cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de satisfacción del otro” (p.54), aplicó el test estricto de razonabilidad para decidir mediante Sentencia C-991 de 2004, si el último inciso del literal D del artículo 8 de la Ley 812 de 2003, se ajusta a la constitución:

En efecto, la afectación del derecho a la igualdad de las madres y padres cabeza de familia y los disminuidos físicos, mentales y psíquicos es grave, como se entrará a demostrar... A la grave afectación de los sujetos objeto de discriminación se contraponen un beneficio medio en la eficiencia en el gasto público... Este beneficio medio, y no grave, se confirmaría si se tiene en cuenta que, en mayor o menor medida, la desvinculación de los funcionarios también representaba productividad para la entidad a la cual estaban vinculados lo cual implica que para determinar el efectivo aumento en la eficiencia de la Administración se debe realizar una sumatoria entre la productividad que pierde con la desvinculación y la

erogación que deja de realizarse en virtud de la desvinculación del funcionario. Al realizar ésta se disminuiría el beneficio conseguido por la eficiencia.

Más recientemente, mediante Sentencia T- 881 de 2009, la Corte protegió el derecho al trabajo al formular el siguiente problema jurídico:

Si existió por parte de la demandada, violación de los derechos fundamentales a la vida, al trabajo y al mínimo vital de la señora Persides Cárdenas al negarle la posibilidad de participar en el evento ferial expofusa 2009 como vendedora de mazorcas asadas, por no acatar el reglamento municipal en ferias anteriores, sin haber tenido en cuenta que la actora es madre cabeza de familia, pues tiene a su cargo dos hijas menores de edad.

El problema jurídico formulado fue resuelto de manera favorable a la accionante, teniendo en cuenta la especial protección que en materia laboral tienen las madres cabeza de familia, lo que ayudó a superar circunstancias de discriminación histórica y cultural.

Con base en lo anterior, el derecho al trabajo bajo el entendimiento de la teoría de Arango (2005), entendido como derecho individual sí es jurídicamente exigible en el país, ya que la Constitución Política de 1991 establece que Colombia es un Estado Social de Derecho, lo cual se traduce en que es imperativo garantizar los derechos humanos, no sólo los de libertad, sino también los económicos sociales y culturales.

Al establecerse el derecho al trabajo en la Constitución política de 1991, se entiende que su garantía es reforzada. Es decir, que se puede hacer exigible a través de la Acción de Tutela sin que ello quiera decir que es obligación del Estado, ofrecer un puesto de trabajo a cada persona. Por ello, se debe evaluar siempre considerando el derecho a la igualdad material, es decir, por medio de una discriminación positiva, en la que se demuestre que la persona que exige el derecho merece una especial protección, y teniendo en cuenta la particular situación de vulnerabilidad en la que se encuentra.

De otra parte, mediante acciones judiciales es posible garantizar los derechos sociales, ya sea, para ordenar a un particular o al Estado a no seguir afectando el derecho (acción negativa), o bien para que se ordene una acción positiva al Estado para garantizar ese derecho. Además, la consecutiva exigencia de derechos sociales puede obligar a las autoridades a garantizar derechos sociales a través de políticas públicas.

Ahora bien, del análisis jurisprudencial realizado podemos concluir que en Colombia las sentencias en su gran mayoría, han sido solicitadas para limitar los poderes de los particulares y del Estado cuando con sus actuaciones vulneran la estabilidad del empleo que tienen algunas personas por su especial condición, y tan sólo una de las sentencias estudiadas, la T-207 de 1999, ordenó al Estado realizar una acción positiva para garantizar a una persona discapacitada un puesto de trabajo acorde con su condición, lo cual nos lleva a pensar que, si bien en Colombia el juez constitucional ha garantizado el derecho al trabajo en condiciones dignas, todavía falta que la exigibilidad de este derecho se garantice más a menudo por vía de tutela, concediendo a una persona en situaciones específicas de diferenciación positiva un puesto de trabajo.

En definitiva, el derecho al trabajo es exigible a través de la Acción de Tutela. Teniendo en cuenta las características ya mencionadas, sería posible que además de las personas discapacitadas, madres y padres, cabeza de familia, y las personas que se encuentran desempleadas o subempleadas demuestren una afectación a la dignidad humana cuando no cuentan con recursos mínimos de subsistencia, después de haber hecho todo lo posible por conseguir un trabajo digno y por lo tanto se encuentran en una particular situación de vulnerabilidad.

El siguiente capítulo estará dedicado a explicar la especial vulnerabilidad en la que se encuentran los adolescentes colombianos en edad de trabajar y se analizará la pertinencia de hacer exigible este derecho a través de la Acción de Tutela.

3.4. Garantía del Derecho al Trabajo a Través de Políticas Públicas.

La consagración en el artículo 1º de la Constitución Política de 1991 del “Estado Social de Derecho”, implica la constitucionalización de un amplio catálogo de derechos que permiten asegurar y garantizar la dignidad humana, tal y como lo afirman Rodríguez, Pérez y Uprimny (2008):

...es una constitución normativa y valorativa de constitucionalismo social, en la medida en que no sólo reconoce derechos liberales, sino también derechos sociales y les otorga fuerza normativa. Y es una Constitución abierta porque admite políticas públicas muy diversas para alcanzar esos derechos sociales (p. 28)

La garantía de los derechos sociales fundamentales a través de políticas públicas, se da por mandato constitucional y por bloque de constitucionalidad y tiene en cuenta el artículo 93 de la Constitución Política:

Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

Lo anterior indica que es obligatorio para el Estado colombiano desarrollar políticas públicas que garanticen el derecho al trabajo en condiciones justas y dignas, según el PIDESC y la Constitución Política de Colombia.

El Convenio 122 de la OIT, de 1964 se refiere específicamente a la política de empleo. El primer artículo de este convenio versa:

1. Con el objeto de estimular el crecimiento y el desarrollo económicos, de elevar el nivel de vida, de satisfacer las necesidades de mano de obra y de resolver el problema del desempleo y del subempleo, todo Miembro deberá formular y llevar a cabo, como un objetivo de mayor importancia, una política activa destinada a fomentar el pleno empleo, productivo y libremente elegido. 2. La política indicada deberá tender a garantizar: a). que habrá trabajo para todas las personas disponibles y que busquen trabajo; b) que dicho trabajo será tan productivo como sea posible; c). que habrá libertad para escoger empleo y que cada trabajador tendrá todas las posibilidades de adquirir la formación necesaria para ocupar el empleo que le convenga y de utilizar en este empleo esta formación y las facultades que posea, sin que se tengan en cuenta su raza, color, sexo, religión, opinión política, procedencia nacional u origen social.

En relación con la garantía del derecho al trabajo en condiciones dignas bajo el lente de las políticas públicas, se puede afirmar que el Estado en Colombia se encuentra en mora, puesto que sus recursos deben estar enfocados principalmente a garantizar los derechos humanos en general, lo cual no se ha visto reflejado en la realidad, como tampoco ha sido primordial para legisladores y gobernantes.

Las cifras de desempleo y subempleo son alarmantes y uno de los factores que ha incidido en esta situación es la falta de acciones por parte del Estado tendientes a garantizar, al menos progresivamente, el empleo en condiciones dignas y justas.

En realidad “el marco de un proceso judicial es el menos adecuado para realizar planificaciones de la política pública” (Abramovich & Courtis, 2006, p. 65), sin embargo, estos dos autores plantean una serie de criterios que se deben atender, con el fin de que, mediante las acciones judiciales, se obligue o presione al Estado a desarrollar políticas en favor de los derechos económicos sociales y culturales:

ii). ...Podría señalarse que si la violación afecta a un grupo generalizado de personas, en situación denominada por el derecho procesal contemporáneo de derechos o intereses individuales homogéneos, las numerosas decisiones individuales constituirán una señal de alerta hacia los poderes públicos acerca de una situación de incumplimiento generalizado de obligaciones en materias relevantes de política pública (p. 65)

Sobre la anterior afirmación podemos traer a colación el caso colombiano de los medicamentos y tratamientos incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, gracias a la reiteración jurisprudencial que los ha reconocido como importantes para la salud de las personas, de manera que no otorgar el tratamiento o medicamento a una persona que lo requiere, acarrea una grave afectación al derecho a la salud.

Por último, el más difícil de llevar a la práctica “iii). Aun en casos en los que la sentencia de un juez no resulte directamente ejecutable por requerir de provisión de fondos por parte de los poderes políticos, cabe resaltar el valor de una acción judicial en la que el poder judicial declare que está en mora o ha incumplido con obligaciones en materia de derechos sociales” (Idem, p 65).

Relacionando este último criterio con el caso colombiano, es posible afirmar que no existe en Colombia una acción que pueda encaminarse directamente a exigir, o por lo menos a cuestionar al Estado sobre su parsimonia en la ejecución de políticas públicas que garanticen los derechos sociales; podría ser ésta una vía para que los mandatos constitucionales se fueran haciendo realidad.

Una conclusión parcial es que desde 1966, en el Pacto de Derechos Económicos Sociales y culturales se establecen obligaciones para los Estados que ratifican el convenio, como es la puesta en marcha de Políticas Públicas que de manera progresiva garanticen empleo para todas las personas.

Además de lo anterior, en la República Federal de Alemania ha sido un ejemplo para otros países, al consagrar un Estado Social y Democrático de Derecho, cuyo pilar

fundamental es la garantía de la dignidad humana. Uno de esos países ha sido Colombia, desde el año 1.991.

Con base en lo mencionado, en Alemania con Alexy, en Argentina con Abramovich y Courtis, y en Colombia con Rodolfo Arango, se ha venido desarrollando una teoría de garantía y exigibilidad de los derechos económicos sociales y culturales, que sin duda está en construcción, y que en gran medida debe ser tomada en cuenta por los tribunales constitucionales de manera que cada vez más personas puedan acceder a un trabajo en condiciones dignas y justas.

4. Alcances de la Protección Especial para Adolescentes Trabajadores en Colombia

Varios estudiosos coinciden en que hay dificultad para definir específicamente a que franja etaria pertenecen los adolescentes. Por una parte está la obra de Ochaitá y Espinosa (2004) quienes plantean que:

Por adolescencia se suele entender el período temporal que se extiende, aproximadamente desde los 12-13 años hasta el final de la segunda década de la vida. Se trata de una etapa en la que el individuo ya no es un niño o una niña, pero todavía no forma parte del mundo adulto (p.314).

En esta investigación se hará referencia especialmente a los adolescentes de 15 a 17 años, quienes se encuentran ya en edad de trabajar, según la normatividad nacional e internacional como se explica más adelante.

A través de la historia el trabajo infantil ha representado una realidad universal, como bien se afirma en el estudio Hacia una Teoría de las Necesidades Infantiles y Adolescentes (Ochaita, Espinosa 2004):

La idea recogida en la frase latina “ora et labora” refleja muy bien la importancia que se daba al trabajo y a la oración en la vida diaria de los ciudadanos durante la edad media. Este tipo de formación, religiosa y moral, se recomendaba también para niños y niñas que en general incluso los pequeños o de familias más acomodadas tenían asignadas una serie de tareas, que al parecer, aceptaban de buen grado...

En los siglos siguientes, la situación del trabajo infantil no parece cambiar. Así hasta aproximadamente la mitad del Siglo XVI la práctica habitual era que los niños comenzaran a aprender un oficio desde etapas de la vida bastante tempranas (p. 47-48).

El Estado colombiano tiene la obligación de proteger a los adolescentes trabajadores por bloque de constitucionalidad, teniendo en cuenta que el país ha ratificado varios convenios internacionales referentes a la protección de la infancia y la adolescencia. Aun cuando la legislación interna ha ido respondiendo a compromisos internacionales basados en estudios de diferentes países, en ocasiones no se compadece con la realidad económica y social colombiana.

A partir de la reflexión anterior, la protección que se ha pretendido dar sobre el particular, mediante tratados internacionales, Constitución Política de Colombia y legislación interna, confrontando con diferentes estudios que demuestran la realidad de los adolescentes trabajadores colombianos.

4.1. Evolución de la Legislación para Niños, Niñas y Adolescentes en Colombia

A continuación realizaremos un breve recuento de la legislación que desde 1923 ha estado encaminada a solucionar las problemáticas de los adolescentes. Se acude a la investigación realizada por Pérez y Muñoz (1992) sobre el desarrollo de los Tribunales de menores en Colombia. Uno de sus apartes dice:

La ley 15 de 1923 facultaba a las Asambleas Departamentales para crear y sostener casas destinadas a la protección y corrección de varones menores, (“Casas de Menores y Escuelas de Trabajo”), dirigidas por pedagogos y organizadas, hasta donde fuera posible, al estilo de las “escuelas para anormales” europeas y norteamericanas (p. 157).

Se puede notar que se hace referencia a Escuelas de “trabajo” para corregir a los adolescentes, es decir, el trabajo era visto como una manera de ocupar el tiempo libre y permitía a los adolescentes mantener la mente alejada de los vicios, y desarrollar una labor que los hacía útil a la sociedad, pues es evidente que quienes allí llegaban debían ser “protegidos”, pero pareciera también que con ello se buscaba más que proteger a los jóvenes, proteger a la sociedad de estos adolescentes que al representar un problema y/o una amenaza, debían ser ubicados en estas casas para dedicarse a algo totalmente diferente a “atacar” a la sociedad.

De otra parte, se observa que protección y corrección van de la mano. Es como si una manera de proteger fuera corregir y vale la pena señalar que a estas casas llegaban adolescentes que por falta de familia o por negligencia de sus familias, se encontraban expuestos a peligros y a su vez, llegaban adolescentes infractores de la ley penal.

Valdría la pena preguntarse si están realmente protegidos, quienes por no tener a sus familias, es decir quienes se encuentran con sus derechos vulnerados, carentes de amor, son ubicados con otros adolescentes que, puede ser que estén también sin sus familias, lo que les lleva a infringir la ley, probablemente para satisfacer necesidades de vestido o alimento o incluso de hermanos menores. Pero podría haber quienes, al contrario, han sido sobreprotegidos y esa misma sobreprotección ha afectado su conducta, de manera tal que lesionan caprichosamente bienes jurídicos tutelados a los demás.

Sin embargo, como se observa en la siguiente cita, parece que estas casas empezaron a funcionar mucho después.

Ley 79 de 1926... preveía una sección independiente “Escuela de Trabajo para los menores condenados judicial o policialmente, con un pabellón especial para los simplemente sindicados. Su finalidad era un pabellón especial para los simplemente sindicados. Su finalidad era la guarda y educación de los menores y su amparo hasta que obtuvieran capacidad para conducirse solos o ganarse la vida honradamente; prohibición de conducir públicamente al menor y de llevarlo hasta los establecimientos ordinarios de policía; facultades al gobierno para reorganizar la “Casa de menores” de Paipa con base en la ley 15 de 1923- parece que ésta sí estuvo en funcionamiento-; prohibición del empleo de menores de 12 años en trabajos inadecuados para su edad, que le impidieran recibir instrucción elemental, o de menores de 14 años en trabajos industriales que comportaran consumo de fuerzas físicas, de varones menores de 15 años o mujeres menores de 18 años en sitios públicos, de menores de 18 años en tareas peligrosas e insalubres o relacionadas con vehículos de servicio nocturno. Asimismo fue regulado el tiempo de trabajo pues se prohibía ocupar a los menores de 18 años por más de 8 horas diarias y por más de 6 días a la semana (p. 159).

Nuevamente, el trabajo es tenido en cuenta para corregir a adolescentes infractores de la ley penal, desde su nombre estas casas hacían referencia al trabajo utilizado como método correctivo para mejorar la conducta, es decir, el trabajo era considerado un elemento importante en el proceso de reeducación.

Nuevamente se reglamenta la actividad laboral de los adolescentes en un sentido de protección, al evitar exponerlos a actividades peligrosas y a jornadas extensas que los llevaran a la explotación laboral. Sin embargo, la citada ley no hace referencia a regular el salario mínimo que debían recibir los adolescentes.

De otra parte, al revisar la Ley 79 del 26, en el artículo 24 se establece que ninguna mujer pública podía tener a su servicio a un menor de diecisiete años que no fuera suyo. Nótese como un hijo suyo si puede estar a su servicio. Pareciera como si en ese entonces, los padres eran propietarios de sus hijos y decidían cuando ponerlos a su servicio y cuando no. Se concluye que las familias eran bastante numerosas no sólo por falta de planificación familiar o por falta de acceso a métodos anticonceptivos, también porque los hijos representaban la fuerza productiva. Entre más hijos se tenían, se contaba con más obreros para sacar adelante la economía familiar, además, porque no estaba reglamentado el salario, ni siquiera la obligación de remunerar el servicio prestado.

Ley 56 de 1927. En ella conviene resaltar, en primer lugar, la obligación de los padres y guardadores de dar a los menores un mínimo de educación que comprendiera las bases necesarias para la vida intelectual, moral, religiosa cívica y física. En segundo lugar la prohibición a los mismos de permitir la contratación de menores de 14 años por parte de personas o entidades extrañas, a menos que hubieran cumplido 11 años y presentaran el certificado de enseñanza mínima exigida.

Ley 9 de 1930. Esta ley sancionaba a los padres de los niños que habitualmente se dedicaban a la mendicidad y creaba otra vez el “Instituto tutelar”.

Ley 95 de 1936. Esta ley corresponde al Código Penal que dejó de regir en 1981 Durante su vigencia se entendió que el menor de 18 años era inimputable y que las sanciones aplicables eran la libertad vigilada y la reclusión en una escuela de trabajo o reformatorio.

La Ley 56 del 27 deja ver que corresponde a los padres garantizar la educación de los hijos, y se observa que se empieza a dar importancia a la educación. El trabajo vuelve a aparecer de la mano con el reformatorio, es decir, para los menores de 18 no sólo se tomaba como lo que se venía relatando, para formar y eliminar vicios, sino también como un castigo al estar relacionado directamente con los reformatorios.

Ley 96 de 1938 ley que constituyó el antepenúltimo Código de Procedimiento Penal Colombiano. En materia de menores preveía entre otras cuestiones, que en cada capital de departamento debería existir un Juez de menores, que conociera privativamente y en única instancia de los procesos basados en infracciones cometidas por menores de 18 años; que la detención preventiva de los menores debía cumplirse solamente en una escuela de trabajo especial o en un reformatorio para menores; y que dentro de la investigación el juez debería

indagar todo lo relacionado con el menor desde el punto de vista personal, familiar, educativo, laboral moral etc. (p. 159).

Nótese como en 1938 se sigue hablando de escuelas de trabajo, lugar en el que los adolescentes infractores de la ley penal purgaban sus penas, pero se les reconocía su condición de trabajadores, al tener en cuenta para imponer la condena, todas las esferas del individuo, incluida la parte laboral.

Ley 20 de 1982 Por la cual se creó la Dirección Nacional del menor trabajador como Dependencia del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y se adoptó el estatuto del menor trabajador.

La Dirección Nacional del menor trabajador se encargó de promover, desarrollar, impulsar y ejecutar el programa del menor trabajador y de prestar los servicios de atención y protección que requirieran los trabajadores menores de edad, en su artículo 4 se establece por primera vez la función para el Ministerio de Trabajo, de expedir autorizaciones para trabajar a los menores de dieciocho años.

La ley 20 de 1982 representó un avance en cuanto a la protección para los adolescentes trabajadores, en ella se permitía el trabajo a los mayores de 14 años, salvo única excepción para mayores de 12 años y menores de 14 con un máximo de 3 horas diarias, sin interrumpir su estudio. De igual manera, se establece la prohibición de trabajo nocturno y suplementario.

Se establece un listado de trabajos prohibidos, en el art. 14 de la citada ley:

A. ALTERACION DE LA SALUD.

1. Trabajos que tengan que ver con sustancias tóxicas o nocivas para la salud.
2. Trabajos a temperaturas anormales o en ambientes contaminados o con insuficiente ventilación.
3. En trabajos de minería de toda índole y en los que confluyen agentes nocivos, tales como contaminantes, desequilibrios térmicos, deficiencia de oxígeno a consecuencia de la oxidación o la gasificación.
4. Trabajos que en altos hornos de fundición de metales, en hornos de recocer metales y en trabajos de forja.
5. Trabajos donde el menor de edad esté expuesto a ruidos que sobrepasen ochenta (80) decibeles.
6. Trabajos donde se tenga que manipular con sustancias radioactivas, pinturas luminiscentes, rayos X., trabajos que impliquen exposición a radiaciones ultravioletas, infrarrojas y emisiones de radio frecuencia.
7. Todo tipo de labores que impliquen exposición a corrientes eléctricas de alto voltaje.
8. Trabajos submarinos.
9. Trabajo en basurero o en cualquier otro tipo de actividades donde se generen agentes biológicos patógenos.

10. Aquellos que impliquen el manejo de sustancias explosivas, inflamables o cáusticas.

B. TRABAJOS SUSCEPTIBLES DE AFECTAR LA MORALIDAD.

1. Queda prohibido a los trabajadores menores de dieciocho (18) años de edad el trabajo en casa de lenocinio y afines y los demás que señale el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.
2. Queda así mismo prohibido emplear menores de dieciocho (18) años de edad en la redacción, impresión, elaboración, distribución y venta de publicaciones o materiales contrarios a la moral y las buenas costumbres.

Observamos, a partir de 1982, inicia en Colombia una legislación enfocada en proteger a los adolescentes trabajadores, pero además fue una legislación que estableció condiciones de remuneración equitativa para los adolescentes, el salario mínimo fijado por el gobierno nacional. Es así como se estableció una legislación clara que reconoció la realidad de los adolescentes trabajadores en Colombia, ley que como observaremos fue tenida en cuenta más adelante por el Código del Menor.

Decreto 0050 del 13 de enero de 1987... Establece que cada juzgado de menores debe disponer de una casa de observación cuya finalidad no es corregir al menor sino estudiarlo, independientemente de las escuelas-hogares, escuelas de trabajo o recordatorios especiales (p. 160).

En 1987 se continúa hablando de las escuelas de trabajo, pero se incluyen también las casas de observación con el propósito de estudiar al adolescente e identificar la sanción indicada. Se entienden las razones o circunstancias que motivaron su actuación, pero no es comprensible en este caso, la razón por cual se tenía en cuenta una casa de observación, independientemente de las escuelas de trabajo, lo cual deja fuera de contexto al adolescente. Es decir, parecería como si hubiese sido tomado como conejillo de indias y frente al análisis de los expertos. Esto hace pensar que estas estrategias eran probablemente muy fragmentadas. No se tenía en cuenta al adolescente como un ser integral y capaz de tomar decisiones según su entorno y contexto. El análisis que se realice al mismo, en un lugar diferente a aquel en el que asume su rol en la sociedad, independiente de las circunstancias en que se encuentre, no deja ver cómo el comportamiento con sus pares, con quienes encarnan autoridad, ni cómo asume sus obligaciones, su proyecto de vida, su vida laboral. El adolescente por supuesto queda al margen de estas valoraciones, salvo que en las escuelas de trabajo se hubiere trabajado y generado una consciencia tal que le permitiera al adolescente identificar sus factores de generatividad, de vulnerabilidad, que le permitan relacionarse con los demás miembros

de la sociedad como un ser independiente y autónomo, capaz de construir fortalezas en su entorno.

Más recientemente se crea el Decreto 2737 de 1989, que elimina el concepto anterior de las casas de trabajo, así:

Artículo 82. La atención integral al menor en un Centro de Protección Especial, es la medida por medio de la cual el Defensor de Familia ubica a un menor en situación de abandono o peligro, en un centro especializado que tenga licencia de funcionamiento otorgada por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar...

Artículo 83. Entiéndase por atención integral el conjunto de acciones que se realizan a favor de los menores en situación irregular, tendientes a satisfacer sus necesidades básicas y a propiciar su desarrollo físico y psicosocial por medio de un adecuado ambiente educativo y con participación de la familia y la comunidad.

En el Código del Menor de 1989 se reglamentó la protección, se tiene en cuenta que las Casas de Trabajo fueron pensadas ya no sólo como castigo, sino también como Centros de Atención, es decir, son ahora una verdadera medida de protección para brindar a los niños, niñas y adolescentes lo que sus familias no pueden o no quieren ofrecer por diversas causas.

De otra parte, se cambia el sentido de las instituciones para adolescentes de hasta de 17 años infractores de la ley penal. Se crean instituciones de carácter reeducativo y de protección, lo cual demuestra un avance significativo, pues son diferentes las instituciones en las que son ubicados los adolescentes con derechos vulnerados por sus familias, a las de aquellos que por infringir la ley penal son ubicados en instituciones especiales de reeducación:

Artículo 204. Establecida plenamente la infracción, el Juez competente podrá aplicar una o varias de las siguientes medidas, procurando, en cuanto fuere posible que estas se cumplan en el medio familiar o dentro de la jurisdicción a la cual pertenece el menor, y con carácter eminentemente pedagógico y de protección.

1. Amonestación al menor y a las personas de quienes dependa.
2. Imposición de reglas de conducta
3. Libertad asistida.
4. Ubicación institucional.
5. Cualquier otra medida que contribuya a la rehabilitación del menor.

Parágrafo 2. El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, el Servicio Nacional de Aprendizaje y las entidades territoriales, cofinanciarán la creación, organización y funcionamiento de instituciones y servicios necesarios para la reeducación del menor infractor y el cumplimiento de las medidas a que se refiere este artículo.

Es claro que hasta 1989 se pensaba que los adolescentes a quienes sus familias no brindaban protección debían ser encerrados, guardarlos y aislados de la sociedad, para evitar que “vagaran” por las calles. Por la forma como están redactadas las normas, pareciera que estos adolescentes eran vistos como un problema per sé, no como seres humanos inmersos en realidades complejas y víctimas de problemáticas sociales.

A partir de 1989 se inicia en Colombia una visión proteccionista. Se entiende a partir de este momento que es el Estado quien debe garantizar protección a los adolescentes, como víctimas de sus propias familias o como seres desamparados por diversas circunstancias. Incluso los adolescentes inmersos en conductas delictivas, por lo menos en teoría, son tenidos en cuenta como sujetos de derechos en desarrollo, a quienes también se debe brindar una protección que persiga reeducarlos de manera que puedan convivir pacíficamente en la sociedad.

De igual manera, a partir de 1989 al eliminarse el concepto de Casas de Trabajo, deja de ser el trabajo visto como un castigo. Es claro que, a partir de este momento, parte de la reeducación consistió en contribuir a proyectos de vida cuyo eje principal fue la educación. Es por ello que se introduce también el concepto de preparación para la vida laboral y productiva, desarrollado por las Instituciones Especiales de Protección.

Otro avance significativo del Decreto 2737 de 1989, fue establecer una reglamentación para los adolescentes trabajadores, a saber:

Artículo 237. Se entiende por menor trabajador en condiciones no autorizadas por la Ley, al menor de doce (12) años, en cualquier caso de ocupación laboral y a quien, siendo mayor de esta edad pero menor de dieciocho (18) años, fuera de las excepciones contempladas en este Título, desempeñe actividades laborales expresamente prohibidas por la ley.

Artículo 238. Los menores de dieciocho años, necesitan para trabajar autorización escrita del Inspector de Trabajo, o en su defecto, de la primera autoridad local, a solicitud de los padres, y a falta de estos del Defensor de Familia.

Prohíbese el trabajo de los menores de catorce (14) años y es obligación de sus padres disponer que acudan a Centros de Enseñanza. Excepcionalmente y en atención a circunstancias especiales calificadas por el defensor de familia, los mayores de 12 años podrán ser autorizados para trabajar por las autoridades previstas en este artículo, con las limitaciones previstas en este Código (subrayado del autor).

En el año 2004, mediante Sentencia C-170, la Honorable Corte Constitucional declaró inexecutable el literal segundo del artículo 238:

Declarar INEXEQUIBLE el aparte tachado.

Declarar CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE el aparte de letra itálica,... siempre y cuando se le dé estricto cumplimiento a las edades mínimas y a los requisitos contenidos en el Convenio No. 138 de la OIT, declarado executable por la Sentencia C-325-00 de 2000 (M. P. Vladimiro Naranjo Mesa), y que no podrán hacerlo en las actividades a que se refiere el Convenio 183 de la OIT, declarado executable por la sentencia C-535-02 de 2002 M.P. (Jaime Araujo Rentería), según lo previsto en los fundamentos Nos. 31,33,34 de esta providencia. Además, la constitucionalidad de la norma reseñada, se sujeta a que Colombia continúe acogiendo, a la edad de 14 años.

Artículo 243. El menor trabajador tendrá derecho al salario, prestaciones sociales y demás garantías que la ley concede a los trabajadores mayores de dieciocho (18 años).

Con lo anterior, se empieza a reglamentar en Colombia la actividad laboral de los adolescentes, se establecen garantías y reglas específicas que les permite asistir a actividades escolares, de manera que el trabajo para los adolescentes ya no es visto como un castigo, ni como una obligación. A partir de este momento el trabajo es concebido como una realidad que necesita ser reglamentada para evitar que los niños, niñas y adolescentes sean víctimas de explotación laboral.

Hasta 1989 se produjeron avances significativos. Sin embargo, todas las normas que se acaban de describir fueron derogadas a partir del año 2006 con la Ley 1098, mediante la cual se reglamenta lo relativo a la posibilidad de los adolescentes de acceder al empleo. Como se explicará a continuación, la legislación nacional ha sufrido cambios, de acuerdo con los desarrollos legislativos a nivel internacional.

4.2. Normatividad Actual que Reglamenta la Protección a los Adolescentes Trabajadores Colombianos

Se parte de la Constitución Política que afirma en su artículo 1. “Al consagrarse Colombia como Estado Social de Derecho, debe procurar el establecimiento de un orden económico y social que asegure estándares mínimos de vida digna: salud, educación, vivienda, alimentación, salario, etc.”. Ahora bien, con base en el artículo 44 de la Constitución Política, los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás (entendiéndose por niños los menores de 18 años de edad).

De igual manera, el derecho al trabajo en condiciones dignas es un derecho fundamental consagrado en el artículo 25 de la Constitución Política, tal y como se analizó en el capítulo anterior.

De otra parte, la Convención de los Derechos del Niño de 1989 estableció que:

Artículo 32. 1. Los Estados partes reconocen el derecho del niño a estar protegido contra la explotación económica y contra el desempeño de cualquier trabajo que pueda entorpecer su educación, o que sea nocivo para su salud o para su desarrollo físico, mental, espiritual moral o social” 2. Los Estados partes adoptarán medidas legislativas, administrativas, sociales y educacionales para garantizar la aplicación del presente artículo. Con ese propósito y teniendo en cuenta las disposiciones pertinentes de otros instrumentos internacionales, los Estados partes, en particular a). Fijarán una edad o edades mínimas para trabajar, b). Dispondrán la reglamentación adecuada de los horarios de trabajo, estipularan las penalidades y otras sanciones adecuadas para asegurar la aplicación efectiva del presente artículo.

Por otro lado, el Convenio 182 de 1973 de la OIT, adoptado por Colombia mediante la Ley 704 de 2001, vincula al país en su obligatoriedad en relación con el desarrollo de las políticas públicas tendientes a la erradicación de las peores formas de trabajo infantil:

Artículo 1. Todo Miembro que ratifique el presente convenio deberá adoptar medidas inmediatas y eficaces para conseguir la prohibición y eliminación de las peores formas de trabajo infantil con carácter de urgencia.

Artículo 3. A efectos de este convenio el término trabajo infantil significa: a). Todas las formas de esclavitud y las prácticas análogas de esclavitud, como la venta y el tráfico de niños, la servidumbre por deudas y la condición de siervo y el trabajo forzoso y obligatorio, incluido el reclutamiento forzoso u obligatorio de niños para utilizarlos en conflictos armados, b). la utilización, el reclutamiento o la oferta de niños para la prostitución, la

pornografía o actuaciones pornográficas, c). la utilización, el reclutamiento o la oferta de niños para actividades ilícitas, en particular la producción y tráfico de estupefacientes, tal como se definen en los tratados internacionales pertinentes y d). el trabajo que por su naturaleza o por las condiciones en que se lleva a cabo, es posible que dañe la seguridad o la moralidad de los niños.

Las anteriores obligaciones que han vinculado a Colombia a partir de la ratificación de tratados internacionales, han ocasionado la penalización de conductas en las cuales hayan participado menores de edad explotados económicamente por medio de actividades que se encuentran catalogadas como las peores formas de trabajo infantil.

Es así como el Código Penal colombiano en su artículo 162 prescribe una sanción de 6 a 10 años y multa para quien, con ocasión de un conflicto armado, reclute a menores de 18 años de edad. A su turno, en el artículo 188B se establece como circunstancia de agravación punitiva para la Trata de Personas, entre otras, el que se realice en persona menor de 18 años. El artículo 188 C establece una prisión de 30 a 60 años para quien incurra en el delito de tráfico de niñas, niños y adolescentes. El artículo 188D establece una pena de 10 a 20 años para quien utilice a menores de edad en la comisión de delitos. Por su parte, el artículo 213A sanciona con pena de 14 a 25 años y multa a quien incurra en el delito de proxenetismo contra un menor de edad. El artículo 217 sanciona a quien destine, arriende, mantenga, administre o financie casa o establecimiento de actos sexuales en que participen menores de edad, con una pena de 10 a 14 años y multa. Por otro lado, el artículo 217A sanciona a quien solicite o demande realizar acceso carnal o actos sexuales con un menor de 14 años, con una pena de 15 a 25 años. Entre tanto, el artículo 218 sanciona la pornografía infantil con prisión de 10 a 20 años y multa. De otra parte, el artículo 219 sanciona el turismo sexual en el que se utilicen menores de edad, con una pena de 4 a 8 años de prisión, mientras que el artículo 219A sanciona con pena de 10 a 14 años a quien utilice o facilite medios de comunicación para ofrecer actividades sexuales con menores de 18 años. El artículo 219B sanciona con multa a quien omita denunciar cualquier tipo de explotación sexual en el que se utilicen menores de edad. El artículo 344 sanciona con prisión de 12 a 20 años y multa a quien utilice a un menor de edad en actos de terrorismo.

Por su parte, el Convenio 138 de la OIT de 1973, adoptado por Colombia mediante la Ley 515 de 1999, hace referencia a la edad mínima para el ingreso al trabajo:

Artículo 1. Todo Miembro para el cual esté en vigor el presente Convenio se compromete a seguir una política nacional que asegure la abolición efectiva del trabajo de los niños y eleve progresivamente la edad mínima de admisión al empleo o al trabajo a un nivel que haga posible el más completo desarrollo físico y mental de los menores.

Artículo 2. 3. La edad mínima fijada en cumplimiento de lo dispuesto en el párrafo 1 del presente artículo no deberá ser inferior a la edad en que cesa la obligación escolar, o en todo caso, a quince años.

Una de las maneras de concretar los compromisos adquiridos por Colombia a nivel internacional en relación con los derechos de infancia y adolescencia, fue el Código de Infancia y Adolescencia (Ley 1098 de 2006). En el se establece la edad mínima de acceso al empleo a los 15 años, igualmente se establecen los requisitos para que un adolescente pueda trabajar:

Artículo 113. AUTORIZACIÓN DE TRABAJO PARA LOS ADOLESCENTES. Corresponde al inspector de trabajo expedir por escrito la autorización para que un adolescente pueda trabajar, a solicitud de los padres, del respectivo representante legal o del Defensor de Familia. A falta del inspector de trabajo, la autorización será expedida por el alcalde municipal. La autorización estará sujeta a las siguientes reglas: 1. Deberá tramitarse conjuntamente entre el empleador y el adolescente. 2. La solicitud contendrá los datos generales de identificación del adolescente y del empleador, los términos generales del contrato de trabajo, la actividad que va a realizar, la jornada laboral y el salario. 3. El funcionario que concedió el permiso deberá efectuar una visita para determinar las condiciones de trabajo y la seguridad para la salud del trabajador. 4. Para obtener la autorización se requiere la autorización del certificado de escolaridad del adolescente y si este no ha terminado su formación básica, el empleador procederá a inscribirlo y en todo caso a facilitarle el tiempo necesario para continuar el proceso educativo o de formación, teniendo en cuenta su orientación vocacional. 5. El empleador debe obtener un certificado de estado de salud del adolescente trabajador 6. La autorización de trabajo o empleo para adolescentes indígenas será conferida por las autoridades tradicionales de la respectiva comunidad, teniendo en cuenta sus usos y costumbres. En su defecto la autorización será otorgada por el inspector de trabajo o por la primera autoridad del lugar. 7. El empleador debe dar aviso inmediato a la autoridad que confirió la autorización, cuando se inicie y cuando termine la relación laboral.

Con los anteriores requisitos se buscó brindar una adecuada protección a los adolescentes, sin embargo, no se estableció ninguna reglamentación legal para los

adolescentes entre 15 y 17 años que desean trabajar pero no estudiar. No se habla claramente de alternativas de formación en diferentes artes y oficios, es decir, con la aplicación de esta exigencia se vulnera el derecho al libre desarrollo de la personalidad consagrado en el artículo 16 de la Constitución Política y, además, se incentiva la existencia de adolescentes que no estudian ni trabajan.

Igualmente, el Código de Infancia y Adolescencia estableció en su artículo 44 la obligatoriedad de las instituciones educativas de reportar a las autoridades competentes las situaciones de peores formas de trabajo infantil detectadas. Dicha competencia pone a las instituciones educativas en aprietos, pues habrá jóvenes que se encuentren trabajando en una de las peores formas de trabajo infantil y que probablemente podrían combinar su trabajo con el colegio, pero por el temor a ser descubiertos se quedan solamente trabajando. Por tanto, más que reportar a las autoridades, las instituciones educativas deben ser llamadas a formular programas de prevención que procuren a los jóvenes actividades que realmente sean de su interés y los orienten en sus proyectos de vida.

Diferentes estudios han llegado a la conclusión de que la reglamentación establecida en la Ley 1098 de 2006, como requisito para poder acceder al empleo es letra muerta, pues son mínimos los casos en que se accede al Ministerio de Trabajo para solicitar los permisos correspondientes. Al respecto, se cita a manera de ejemplo lo que plantea Herrán (1999):

No sobra reiterar que, para fortalecer esa cultura de protección de la niñez hay que salir del esquema paternalista que lo espera todo del Estado, en este caso, por ejemplo, de la Oficina de Protección del Menor Trabajador del Ministerio de Trabajo. La investigación del grupo de Reflexión demostró en relación con ésta última, la existencia de un círculo vicioso que en vez de amparar a la niñez, llevaba a la pasividad. En efecto, por una parte, la oficina exige, para la obtención del permiso de trabajo, determinados requisitos. Por otra, algunas programadoras no sólo no cumplen esos requisitos sino que eluden la obtención del permiso de trabajo, amparándose en la consideración de que no se trata de un trabajo sino de una actividad creativa y cultural, pero, en el fondo, amparándose en la omisión del Estado (p.57).

La afirmación anterior es muestra de que efectivamente no se ha dado cumplimiento a la reglamentación del trabajo adolescente desde los inicios de su regulación, teniendo en cuenta que el estudio citado fue publicado en 1999 y hace referencia al Decreto 2737

de 1987, Código del Menor de la época, el cuál, como ya se explicó, exigía menos requisitos que la Ley 1098 de 2006, lo que lleva a concluir que, si antes era mínimo el diligenciamiento del permiso, mucho menos se hará ahora que se han incluido más requisitos.

A su turno la Ley 1622 de 2013, Estatuto de Ciudadanía Juvenil, en su artículo 5, numeral 1, define como joven a: “Toda persona entre 14 y 28 años cumplidos en proceso de consolidación de su autonomía intelectual, física, moral, económica, social y cultural que hace parte de una comunidad política y en ese sentido ejerce su ciudadanía”.

Dicho estatuto establece en su artículo 8 las medidas de prevención, protección, promoción y garantía de los derechos de los y las jóvenes. No contiene medidas de prevención que hagan referencia del derecho al trabajo de los jóvenes. Como medidas de protección relacionadas se encuentra: “4. Desarrollar estrategias que aseguren la seguridad en las condiciones laborales y la remuneración justa”, y como medidas de promoción reglamenta:

1. Establecer mecanismos para favorecer un empleo y unas condiciones de trabajo de calidad, y potenciar mecanismos de orientación e inserción laborales.
2. Diseñar e implementar programas de fomento al emprendimiento para la creación de empresas en diversos sectores por parte de las y los jóvenes, facilitando el acceso a crédito, capital de riesgo y capital semilla. Acompañamiento especial de las diferentes entidades estatales.
3. Desarrollar programas de capacitación para que las personas jóvenes adquieran conocimientos y destrezas, en el campo de la formulación y ejecución de proyectos productivos.
40. Promover y reconocer el trabajo comunitario de los y las jóvenes y sus organizaciones como aporte fundamental al desarrollo de la sociedad e incentivar la generación de estímulos al voluntariado vinculado a procesos comunitarios.
41. Garantizar la participación de los y las jóvenes y sus procesos y prácticas organizativas en ámbitos como el laboral, educativo, comunal, familiar, deportivo, religioso, ambiental y empresarial.

4.3. Contradicción entre Legislación y Realidades Económicas Sociales y Culturales

En la actualidad se encuentra en desarrollo la estrategia para prevenir y erradicar las peores formas de trabajo infantil, y proteger al joven trabajador colombiano 2008-2015, liderada por el Departamento Administrativo para la Prosperidad social (antes Ministerio de la Protección Social), el Ministerio de Educación Nacional, el Departamento Nacional de Planeación, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, asesorado por la OIT y la UNICEF.

Se han sumado a esta estrategia el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, el Ministerio de Comunicaciones, el Departamento Nacional de Estadísticas DANE, el Departamento Nacional de Planeación DNP, el Instituto Colombiano del Deporte COLDEPORTES, el Servicio Nacional de Aprendizaje SENA, la Procuraduría General de la Nación, la Defensoría del Pueblo, la Asociación Nacional de Industriales ANDI, la Asociación Nacional de Exportadores de Flores ASOCOLFLORES, la Confederación Nacional de ONGs. La Confederación Nacional de Trabajador CGT, la Central Unitaria de Trabajadores CUT, el Instituto Colombiano de Geología y Minería INGEOMINAS.

El mismo nombre de la estrategia, cuando se refiere a prevenir y erradicar las peores formas de trabajo infantil y protección del joven trabajador, en ningún momento hace alusión a la garantía del derecho al trabajo digno de los adolescentes, según lo expresa Ferrer (2007), “la protección hace alusión a la prevención de las violaciones por parte de los diferentes actores y a la sanción de las mismas (obligación de vigilar, disuadir y castigar) y la garantía incluye la adopción de medidas que aseguren el disfrute efectivo de los derechos (obligación de hacer)” (p. 19).

En Colombia efectivamente, el Comité Interinstitucional para la Erradicación del Trabajo Infantil y la Protección del Joven Trabajador, se ha preocupado por hacer seguimiento permanente a las políticas públicas que ha propuesto y están en ejecución en relación con los adolescentes.

Como la actividad del comité se ha orientado hacia la disminución del trabajo adolescente, las cifras, la mayoría de las veces, parecen alentadoras. Por ejemplo, afirma Flórez (1998):

En 1996, uno de cada cuatro jóvenes de 14 a 17 años era económicamente activo, es decir, ejercía o buscaba ejercer una ocupación remunerada (o no remunerada en el caso de los ayudantes familiares) en la producción de bienes y servicios del mercado. Sin embargo, si comparamos esta situación con la de 1992, puede evidenciarse en Colombia una tendencia hacia una disminución de la participación laboral de los jóvenes. La tasa específica de participación tradicional en los jóvenes de 14 a 17 años pasó de 31.2% a 25.9% disminuyendo en un 17% (p. 27).

En ese orden de ideas, el seguimiento a las políticas públicas es hecho, en este caso, desde una perspectiva adulta e institucional y no desde una perspectiva adolescente. Es decir, mientras el gobierno está preocupado por reducir el porcentaje de adolescentes trabajadores, hay muchos ya laborando o buscando hacerlo, bien sea en actividades permitidas o no. Para comprobarlo, sólo basta con ir a cualquier calle o a una plaza de mercado.

Lo anterior lleva a afirmar que se está pasando por alto el derecho que tienen los adolescentes a expresar sus opiniones y a que éstas sean tenidas en cuenta, vulnerándose así el derecho consagrado en la Convención de derechos de los niños en su artículo 12. 1. Los “Estados partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho a expresar libremente su opinión en todos los asuntos que afectan al niño, en función de la edad y la madurez del niño”.

De otra parte, las cifras sobre adolescentes que trabajan no corresponden a la realidad, pues muchos desarrollan actividades laborales en la clandestinidad, muchas de las cuales se consideran como las peores formas de trabajo infantil y/o en situaciones por fuera de la ley. Además, a los adolescentes trabajadores no se les garantizan sus derechos, no aparecen en las cifras presentadas por el gobierno o por organizaciones no gubernamentales. Esta apreciación se corrobora con la investigación realizada por Durán y Valoyes (2010), miembros del Observatorio sobre Infancia de la Universidad Nacional de Colombia:

Si bien en el país hay una cantidad aceptable de información disponible, existen temas en los cuales se encuentra subregistro o falta de información confiable debido a la dificultad de acceder a la misma; entre esos temas están la explotación sexual, el conflicto armado y la participación en producción y tráfico de estupefacientes. En temas relacionados con derechos de protección, una parte importante de la información disponible corresponde a los casos que

se denuncian o se presentan ante el Sistema Nacional de Bienestar Familiar, lo cual da cuenta sólo de una pequeña parte de la problemática (p 30).

Colombia ha venido ajustando sus políticas públicas y su legislación a la normatividad de la OIT, pero la realidad del exige una legislación que reconozca las necesidades y los contextos económicos y culturales con los que conviven los adolescentes colombianos. De hecho, hay jóvenes trabajadores organizados, quienes se movilizan en busca del reconocimiento de sus derechos, pero parecen poco visibles, tanto que se sienten al margen de las acciones estatales, como se hace evidente en el pronunciamiento de los niños, niñas y adolescentes trabajadores en contra de las manifestaciones del 12 de Junio de 2009, Día Internacional en Contra del Trabajo Infantil:

Manifestamos ante la opinión pública nuestro desacuerdo con cualquier acción que promueva la persecución y ataque a nuestras prácticas y que hagan ver a nuestros padres y familiares adultos como causantes de nuestra situación de empobrecimiento, cuando la sociedad en general es la que ha avalado durante mucho tiempo la continuidad de las formas de exclusión y no procura dar solución interviniendo sobre la raíz del problema: desempleo, la inequidad económica, la falta de oportunidades de desarrollo individual y social, entre otras. Nuestros trabajos son los que han permitido nuestra promoción y la de nuestras familias, con ejercicios creativos de supervivencia, para poder responder a las necesidades diarias que todos requerimos suplir. Por todas esas razones, decimos sí al trabajo digno y rechazamos toda forma de explotación, persecución y señalamiento².

A pesar de que la organización NATs (Niños y Adolescentes Trabajadores), proclama y exige de las autoridades el derecho al trabajo digno, en pocas investigaciones jurídicas este llamado ha sido tenido en cuenta. La sede de los NATs está ubicada en Perú y es por eso que allí, se encuentran estudios relacionados con el derecho al trabajo digno, no sólo de los adolescentes, también de los niños. El IFEJANT (Instituto de Formación de Educadores de jóvenes, Adolescentes y Niños Trabajadores de América y el Caribe), es quien más ha investigado sobre la situación de niños y adolescentes trabajadores, sobre sus realidades y sobre el por qué del trabajo infantil en Latinoamérica. Esta institución cuestiona la aplicación de los tratados internacionales en nuestras legislaciones. Cussiánovich (2006) afirma:

² Disponible en <http://molacnats.org>. Pronunciamiento de los niños, niñas y adolescentes trabajadores frente a las diversas manifestaciones del 12 de Junio, día en contra del trabajo infantil.

...dicha legislación internacional ha devenido en una especie de llave maestra para la solución del trabajo infantil en el imaginario social difuso. Se produce un enfoque que en Europa fue predominante en el siglo XIX y la primera mitad del siglo XX, vale decir, atribuirle a legislaciones severas por la abolición del trabajo de menores de edad, la sustantiva desaparición del trabajo infantil en países hoy llamados desarrollados. Como si mágicamente por obra de la ley, y su aplicación, economía, desarrollo de las fuerzas productivas, transformaciones en la estructura de la seguridad social, en la educación, en el empleo, transformación demográfica de la familia etc., pudiera ignorarse (p. 309).

Lo expuesto lleva a concluir que hay pocos estudios en los que es evidente la preocupación por la garantía del derecho al trabajo digno de los adolescentes. Pueden ser tenidos en cuenta aquellos que se basan en las realidades económicas, sociales y culturales de la región y lo que es más importante, trabajan con los adolescentes que se encuentran vinculados al trabajo, ya sea formal o informal y no imponen creencias y perspectivas de lo que debería ser, sino que por el contrario escuchan los argumentos de los niños y adolescentes, por lo que logran ganarse la confianza de los mismos y gozan de mayor credibilidad.

Aunque esta posición no ha sido la constante, poco a poco, organizaciones internacionales han venido reconociendo y escuchando a los adolescentes. Por ejemplo, en su último informe sobre infancia la UNICEF (2012) afirma:

El trabajo también puede tener un efecto de empoderamiento, sobre todo si ofrece recursos vitales para la supervivencia. Aunque el trabajo infantil es con frecuencia prematuro, explotador, peligroso y abusivo, es importante admitir que, sobre todo en el caso de niños y niñas mayores, un trabajo adecuado puede ayudar a contribuir de manera significativa a su desarrollo, aumentando su autoestima, enseñándoles destrezas y ayudándoles a enfrentarse a la pobreza (p. 32).

Así las cosas, se observa contradicción entre políticas públicas, la legislación, la Constitución y las realidades sociales, por ejemplo, la estrategia para prevenir y erradicar las peores formas de trabajo infantil y proteger al joven trabajador 2008-2015, destaca como una de las causas del trabajo infantil y de las peores formas de trabajo infantil:

Hay adultos que emplean NNA y les pagan menos de lo que le pagarían a un adulto: esto se origina en flexibilización de las condiciones de vinculación al trabajo, sobretodo en escenarios de vinculación a la economía informal; insuficiencia o debilidad de mecanismos

para la inspección del trabajo; o mentalidad explotadora de los adultos frente a NNA en general y en especial los vinculados a TI o PFTI (p. 21).

De otra parte, mientras en la estrategia se habla de una mentalidad explotadora de los adultos, el Estado colombiano legaliza y ratifica dicha mentalidad al mantener la regulación del contrato de aprendizaje al cual logran acceder algunos jóvenes menores de 18 años y jóvenes de 19. La Ley 789 del 27 de diciembre de 2002 establece el régimen para el contrato de aprendizaje en su artículo 30:

Naturaleza y características de la relación de aprendizaje. El contrato de aprendizaje es una forma especial dentro del derecho laboral, mediante la cual una persona natural desarrolla formación teórica práctica en una entidad autorizada, a cambio de que una empresa patrocinadora proporcione los medios para adquirir formación profesional metódica y completa requerida en el oficio, actividad u ocupación y esto le implique desempeñarse dentro del manejo administrativo, operativo, comercial o financiero propios del giro ordinario de las actividades de la empresa, por cualquier tiempo determinado no superior a dos (2) años y por esto reciba un apoyo de sostenimiento mensual, el cual en ningún caso constituye salario...

Son elementos particulares y especiales del contrato de aprendizaje:

- a) La finalidad es la de facilitar la formación de las ocupaciones en las que se refiere el presente artículo;
- b) La subordinación está referida exclusivamente a las actividades propias del aprendizaje;
- c) La formación se recibe a título estrictamente personal;
- d) El apoyo del sostenimiento mensual tiene como fin garantizar el proceso de aprendizaje.

Durante toda la vigencia de la relación, el aprendiz recibirá de la empresa un apoyo de sostenimiento mensual que sea como mínimo en la fase lectiva el equivalente al 50% de un (1) salario mínimo mensual vigente.

El apoyo del sostenimiento durante la fase práctica será equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) de un salario mínimo mensual legal vigente.

...Durante la fase práctica el aprendiz estará afiliado en riesgos profesionales por la ARP que cubre la empresa. En materia de salud, durante las fases lectiva y práctica, el aprendiz estará

cubierto por el Sistema de Seguridad Social en Salud, conforme al régimen de trabajadores independientes, y pagado plenamente por la empresa patrocinadora en los términos, condiciones y beneficios que defina el Gobierno Nacional...

Establece el mismo artículo 30 en su inciso quinto: “el apoyo de sostenimiento que recibirá el aprendiz durante la fase práctica será diferente cuando la tasa de desempleo sea menor del diez por ciento (10%), caso en el cual será equivalente al cien por ciento (100%) de un salario mínimo mensual vigente”.

Así, el Ministerio de Trabajo, mediante Resolución No. 000384 de 31 de enero 2014, reglamentó en su artículo 1: “Fijar para el año 2014 el apoyo de sostenimiento mensual de aprendices durante la fase práctica, en el cien por ciento (100%) del salario mínimo mensual legal vigente establecido mediante decreto 3068 de 2013”.

De lo anterior es posible extraer, que si bien es cierto que para el año 2014 el aprendiz recibe un apoyo correspondiente al salario mínimo, este decreto no derogó la reglamentación para el aprendiz, quien, si bien está afiliado a riesgos profesionales y salud, debe hacer como independiente su aporte a pensión. Además, se observa que desarrolla una labor cuya remuneración no constituye salario.

Así se evidencia que el trabajo de los adolescentes aprendices no es valorado y no goza de uno de los requisitos consagrados en el artículo 7 del PIDESC, como lo es un salario equitativo e igual, por trato de igual valor, de donde se desprende que el Estado colombiano vulnera los derechos de los adolescentes trabajadores, al ofrecer un trabajo que a todas luces es indigno.

A su turno, Gaviria (2004) desarrolla un análisis de la Ley 798 de 2002. Teniendo en cuenta que dicha ley pretendía disminuir la informalidad y el desempleo, concluye: “los programas de apoyo al desempleo y de estímulo a la generación de empleo no han funcionado como se previó inicialmente” (p. 14). En el análisis se puede observar que cuando hay problemas para la población en general, de empleo o subempleo, los más afectados siempre son los adolescentes, precisamente porque el derecho al trabajo digno, es invisible para ellos.

En su análisis Gaviria también se refiere al aumento de la informalidad en la población joven después de la mencionada ley, “¿a quienes ha beneficiado el aumento

de la formalidad?” concluye: “los jóvenes no se han visto particularmente favorecidos” (p. 16).

Por su parte, la Recomendación No. 143 de la OIT señala que “se debería prestar una especial atención a la disposición de una remuneración justa para los jóvenes, teniendo presente el principio de igual retribución por el mismo trabajo”. Sin embargo, concluye el informe de la OIT año 2010, que:

En el caso de los contratos de aprendizaje, se podrían justificar los salarios más bajos, pues existe un intercambio entre dos partes: los aprendices reciben una formación a cargo de la empresa y el salario recibido toma en cuenta esa formación, de tal manera que la persona que recibe el aprendizaje está aportando al proceso” (...) “No obstante la tendencia flexibilizadora que han seguido unos países y que los ha llevado a “deslaborizar” el contrato de aprendizaje requiere mucha reflexión, por el costo en términos de trabajo decente (pp. 15-16).

Si bien, las recomendaciones de la OIT no son de obligatorio cumplimiento, esta organización debería ser más enfática en rechazar cualquier forma de trabajo que no concuerde con las características del trabajo decente. Por ello, no se entiende que en la Recomendación 143 de la OIT se señale:

12. 1) Se deberían tomar medidas para que las condiciones en que están empleados o trabajan los niños y los adolescentes menores de dieciocho años de edad alcancen y se mantengan a un nivel satisfactorio. Sería menester vigilar atentamente estas condiciones.

2) Se deberían tomar igualmente medidas para proteger y vigilar las condiciones en que los niños y los adolescentes reciben orientación y formación profesionales en las empresas, en instituciones de formación o en escuelas de formación profesional o técnica, y para establecer normas para su protección y progreso.

13. 1) En relación con la aplicación del párrafo precedente, así como al dar efecto al artículo 7, párrafo 3, del Convenio sobre la edad mínima, 1973, se debería prestar especial atención a: a) la fijación de una remuneración equitativa y su protección, habida cuenta del principio "salario igual por trabajo de igual valor"; b) la limitación estricta de las horas dedicadas al trabajo por día y por semana, y la prohibición de horas extraordinarias, de modo que quede suficiente tiempo para la enseñanza o la formación profesional (incluido el necesario para realizar los trabajos escolares en casa), para el descanso durante el día y para actividades de recreo; c) el disfrute, sin posibilidad de excepción, salvo en caso de urgencia, de un período mínimo de doce horas consecutivas de descanso nocturno y de los días habituales de

descanso semanal; d) la concesión de vacaciones anuales pagadas de, por lo menos, cuatro semanas; estas vacaciones no deberán ser en caso alguno inferiores a aquellas de que disfrutaban los adultos; e) la protección por los planes de seguridad social, incluidos los regímenes de prestaciones en caso de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, la asistencia médica y las prestaciones de enfermedad, cualesquiera que sean las condiciones de trabajo o de empleo; f) la existencia de normas satisfactorias de seguridad e higiene y de instrucción y vigilancia adecuadas.

Después de que la OIT hace tal recomendación se muestra permisiva, incluso acepta la deslaboralización de los contratos de aprendizaje. Tan sólo hace referencia a que es un tema discutible, sin rechazar categóricamente la discriminación de la que son objeto los adolescentes por parte del mismo Estado.

Pese a lo resaltado anteriormente, en el informe de la OIT, Trabajo Decente y Juventud en América Latina (2010) al que se hace referencia, se reconocen algunas de las incongruencias presentadas:

Si bien el objetivo ha sido concientizar a la población en general sobre la prioridad de la educación para que las personas adolescentes inicien sus trayectorias de trabajo decente, también ha tenido como consecuencia desalentar la contratación de adolescentes. Podría estarse dando, al menos en apariencia, una cierta tensión entre la legislación y las políticas tendientes a proteger a las personas adolescentes trabajadoras, frente a la necesidad de promover su inserción al trabajo (p. 183).

De lo relatado hasta el momento, se desprende que la OIT ha avanzado en su perspectiva de análisis al reconocer que sus convenios han contribuido que a los adolescentes se les cierren las puertas para el acceso a trabajos dignos, lo cual ha conllevado a que los adolescentes que quieren o necesitan trabajar, ingresen al mundo del trabajo clandestino, ya sea para desarrollar labores perjudiciales para su crecimiento y desarrollo, o en condiciones indignas, con baja remuneración, sin seguridad social, sin posibilidades de desarrollar sus potencialidades, sus proyectos de vida, convirtiéndose en víctimas de la discriminación social, el llamado “mundo del rebusque”, ocasionando con ello lo que tanto se quería evitar: su explotación económica.

Lo señalado lo reafirma la UNICEF en el informe Estado Mundial de la Infancia (2011):

Ante la carencia de un empleo productivo a tiempo completo, muchos adolescentes y jóvenes tienen que luchar con el desempleo, aceptando trabajos esporádicos cuando pueden, o participando de otro modo en la economía no estructurada. Esto puede exigir trabajar por un escaso salario, en condiciones de explotación, para empleadores que no respetan las normas laborales sobre el trabajo, la salud y la seguridad. Alternativamente, puede que se trate de realizar actividades a pequeña escala en la calle, lo que supone una subsistencia cotidiana precaria, o trabajos relacionados con otras actividades más peligrosas e ilegales, como el crimen organizado y la prostitución (p. 49).

4.4. Invisibilidad de los Adolescentes ante el Estado y la Sociedad.

Después de la Segunda Guerra Mundial el mundo empezó a prestar mayor atención a los niños (entre los 0 y los 18 años de edad). Con el tiempo, se ha reconocido que se debe analizar la situación de los derechos de los niños partiendo de sus diferencias, entre ellas la edad, para así tener en cuenta su desarrollo y capacidades con las que van enfrentando el mundo. Sin embargo, la mayoría de documentos sobre derechos de la infancia dedican especial atención a la primera infancia (0 a 5 años de edad), como los Informes de Estado Mundial de la Infancia publicados por UNICEF (2004 a 2008), mientras que sólo se refieren tangencialmente a los adolescentes o no los nombran.

Otro factor que incide en el escaso análisis de los derechos de los adolescentes, es que ellos hacen parte del grupo etario de los jóvenes, pues en la adolescencia se inicia la juventud, no obstante, al revisar los análisis de juventud, la mayoría de estudios hacen especial énfasis en los jóvenes mayores de 18 años de edad.

A pesar de ello, el documento Estado Mundial de la Infancia (2011) dedica sus páginas especialmente a los adolescentes, lo cual significa un avance en reconocer que los adolescentes necesitan especial atención. El informe hace un llamado a los gobiernos y diferentes organismos: “los escasos recursos que se destinan a los adolescentes amenazan con invalidar parcialmente, en la segunda década de vida los logros alcanzados en la primera. Pruebas empíricas procedentes de todo el mundo indican cuan insegura puede ser esta década” (p. 3).

Sin embargo, en cuanto a la participación de los adolescentes, la UNICEF reconoce: “aun cuando se escuchan sus opiniones, pocas veces se actúa con base a ellas” (p. 7).

De otra parte, la OIT en su publicación Tendencias Mundiales del Empleo Juvenil (2010), hace un exhaustivo análisis sobre la repercusión de la crisis económica mundial

de los jóvenes. Aun cuando, al referirse a la franja etaria hace referencia a personas entre los 15 y 24 años de edad, es decir, el informe se refiere en general a los jóvenes sin diferenciar a los adolescentes. En ninguna parte se menciona, por ejemplo, que los adolescentes trabajadores gozan de especial protección, tan sólo se hace una mínima referencia a la etapa de la adolescencia así:

La tasa de desempleo tiende a bajar con la edad en la mayoría de los países en los que hay datos disponibles. Los más jóvenes (con edades comprendidas entre los 15 y los 19 años), quienes en general poseen menos nivel educativo y por supuesto menos experiencia, son el grupo que más dificultades tiene para encontrar trabajo; ello repercute en las pocas posibilidades de acumular la experiencia necesaria que buscan los empleadores (p. 24).

Recientemente, se percibe en Colombia una especial preocupación por aumentar la oferta de empleo con el objetivo de disminuir la pobreza. En este sentido, se han creado leyes para apoyar a los grupos más vulnerables de la población, por ejemplo, la Ley 1488 del 21 de diciembre de 2011: “por medio de la cual se crea el empleo de emergencia para los damnificados y afectados en zonas declaradas en emergencia económica social y ecológica o en situación de desastre o calamidad pública. Art. 3. Requisitos para acceder al empleo de emergencia...1. Ser mayor de 18 años de edad”.

Esto significa que los adolescentes a quienes legalmente les está permitido trabajar y que aún no son mayores de edad, es decir de edades comprendidas entre los 15 y 17 años, han quedado por fuera de la posibilidad de acceder a un empleo de emergencia, a pesar de que pudieron haber sido víctimas o únicos sobrevivientes del núcleo familiar al presentarse una de las situaciones enunciadas en la mencionada ley.

De otra parte, en el año 2010 se promulgó la Ley 1429, por medio de la cual se buscó incentivar la formalización del empleo y oferta laboral a los jóvenes. Por esta razón, a esta ley se le conoce popularmente como la “Ley del Primer Empleo”:

Artículo 9 DESCUENTO EN EL IMPUESTO DE RENTA Y COMPLEMENTARIOS DE LOS APORTES PARAFISCALES Y OTRAS CONTRIBUCIONES DE NÓMINA. Los empleadores que vinculen laboralmente a nuevos empleados que al momento del inicio del contrato de trabajo sean menores de 28 años, podrán tomar los aportes del Sena, ICBF y cajas de compensación familiar, así como el aporte en salud a la subcuenta de solidaridad del Fosyga y el aporte al Fondo de Garantía de Pensión Mínima correspondiente a los nuevos

empleos, como descuento tributario para efectos de la determinación del impuesto sobre la Renta y Complementarios...

Con base en lo anterior, la Ley 1429 de 2010 busca favorecer a los jóvenes menores de 28 años de edad, de manera que puedan acceder al empleo. Para esto tuvo en cuenta a los jóvenes con estudios técnicos y profesionales que dada su falta de experiencia no pueden acceder al empleo. En relación con los adolescentes menores de 18 años, al hacer una interpretación legislativa con el método sistemático, aunque no están excluidos de esta ley, trata sobre el tope de edad máximo, pero no el mínimo. Sin embargo, los menores de 18 años son los menos favorecidos, pues a pesar de que el capítulo III se titula: “Simplificación de otros trámites”, no hace referencia a los trámites que deben enfrentar los menores de 18 años para obtener la autorización para laborar. Es así como sigue vigente la reglamentación del Código de Infancia y Adolescencia donde están ausentes estrategias para el acceso al trabajo.

4.4.1. Falta de Diferenciación entre Adolescencia e Infancia:

Los diferentes documentos que analizan el fenómeno del trabajo infantil, no hacen referencia a los adolescentes que por su edad ya les es permitido trabajar, para el caso colombiano, los mayores de 15 años.

La Organización Internacional del trabajo OIT, junto con la Organización Internacional para las Migraciones OIM, y el Programa Internacional para la Erradicación del Trabajo Infantil IPEC, elaboraron un estudio sobre “Migraciones con fines de empleo y trabajo infantil en América Latina” (2009), en el que se hace referencia a las relaciones entre migración y trabajo infantil y se define el trabajo infantil de la siguiente manera:

Aquel que priva a los niños, niñas o adolescentes de una infancia plena, comprometiendo su derecho a la educación, al descanso, al esparcimiento, al juego, y a las actividades propias de su edad, mermando con ello el desarrollo de su personalidad, sus aptitudes y sus capacidades mentales y psíquicas (p. 3,4).

A partir de esta definición, el documento trata sobre el trabajo de niños, niñas y adolescentes en general, pero no tiene en cuenta de manera concreta a los adolescentes entre 15 y 17 años que trabajan ni en qué forma o circunstancia desarrollan su labor,

mucho menos reconoce que los adolescentes de estas edades tienen derecho a trabajar en condiciones dignas.

En páginas anteriores, cuando se hizo referencia al informe de UNICEF sobre el Estado Mundial de la Infancia para el año 2012, se evidenció que una sección trata sobre el empleo de los adolescentes, siendo éste el único aparte que se refiere al tema. En este informe, excepto por algunos cuantos párrafos, se aborda el tema de la infancia de manera general, y pocas veces se hace referencia a franjas etarias. En el caso de los adolescentes trabajadores, hubiese sido de gran utilidad un análisis que por lo menos ayudara a definir la situación en la que se encuentran los adolescentes trabajadores a nivel mundial. Esta carencia seguramente se debe a que se cuenta con muy pocos datos en los demás países sobre el tema.

Se concluye que Colombia sí ha adquirido obligaciones a nivel internacional respecto a la protección de los adolescentes contra la explotación laboral. En la legislación penal el Código de Infancia y Adolescencia, entre otros, han intentado responder a este llamado, sin embargo el resultado no ha sido el más alentador pues persiste la realidad de adolescentes explotados y es mínimo su acceso a un trabajo formal.

Es claro que, tanto la legislación nacional como la internacional han buscado proteger al adolescente trabajador, sin embargo, el fenómeno de la informalidad y la ocupación en trabajos indignos permanece invisible, puesto que la legislación no responde a las realidades económicas, sociales y culturales de los adolescentes. Además, al hablarse de protección y no garantizar el derecho al acceso a un trabajo decente, se está ocasionando el efecto contrario, es decir, que los jóvenes continúen en la informalidad. En resumen, Colombia se muestra permisiva frente al trabajo indigno de los adolescentes trabajadores, al mantener en su legislación la reglamentación del contrato de aprendizaje.

Ahora bien, es necesario abordar la problemática en la que se encuentran los adolescentes que están en la edad autorizada para trabajar, o que quieren y/o necesitan trabajar, pero no pueden acceder a empleo en condiciones dignas. Para ello se presenta a continuación una propuesta que permita avanzar hacia la garantía de este derecho.

5. Hacia la Garantía del Derecho al Trabajo Digno de los Adolescentes en Colombia

Queda entonces suficientemente evidenciado, que la perspectiva de protección adoptada por el Estado Colombiano ha sido insuficiente, así como las incoherencias que presentan la legislación y las políticas públicas adoptadas para proteger a los jóvenes trabajadores. Se hace necesario tener en cuenta una nueva perspectiva que reconozca a los jóvenes como sujetos de derechos. Por esta razón, a continuación se expone una propuesta de garantía del derecho al trabajo digno de los adolescentes en Colombia.

5.1. Adolescentes Sujetos de Derechos

Se parte por hacer alusión a la definición de derechos humanos del filósofo y economista Sen (2010):

Son realmente vigorosos pronunciamientos éticos sobre lo que se debe hacer. Estos últimos exigen el reconocimiento de imperativos e indican que algo tiene que hacerse para la realización de esas libertades reconocidas que se han identificado a través de estos derechos. Pero no constituyen la reivindicación de que esos derechos humanos son derechos legales ya establecidos, consagrados a través de la legislación o el derecho común (p. 390).

En el caso de los adolescentes, como se mencionó en el capítulo anterior, la legislación nacional e internacional permite trabajar a los mayores de 15 años y, en Colombia, el encargado de expedir la autorización para trabajar es el inspector de trabajo, es decir, corresponde a este último verificar si el trabajo que va a realizar el adolescente se va a cumplir bajo parámetros permitidos por la ley y sólo en ese caso expedirá la correspondiente autorización.

Es posible afirmar entonces que la libertad para de trabajar para los adolescentes es restringida, en comparación con la de los adultos, y que esta restricción está establecida precisamente para evitar la explotación laboral infantil, teniendo en cuenta que, por encontrarse en etapa de formación, los adolescentes son particularmente vulnerables y necesitan ser protegidos por la familia la sociedad y el Estado.

Del capítulo anterior, igualmente se desprende la importancia que dada por las Naciones Unidas a la educación de los niños, niñas y adolescentes se eduquen, por considerarse una herramienta eficaz contra la pobreza. Por esta razón, en el Código de

Infancia y Adolescencia, la legislación nacional establece como requisito para que el Inspector de Trabajo otorgue el permiso para trabajar, que se aporte junto con la solicitud el certificado de escolaridad del adolescente.

Por las consideraciones que se acaban de esbozar, es indiscutible la obligatoriedad de asegurar protección a los adolescentes de la explotación laboral. De la misma forma, se ha demostrado que quienes acceden a algún tipo de educación técnica o laboral tienen mayor posibilidad de mejorar sus ingresos para la satisfacción de sus necesidades y las de sus familias.

Con base en lo anterior, se colige que la legislación nacional e internacional recoge los “pronunciamientos éticos sobre lo que se debe hacer” en relación con la necesidad de proteger a los adolescentes trabajadores, pero sigue sin legislarse sobre la urgencia de garantizar el derecho de los adolescentes al trabajo en condiciones dignas. Sin embargo, afirma Sen (2010) “Los medios y métodos de impulsar la ética de los derechos humanos no tienen que confiarse tan sólo a la elaboración de nuevas leyes... En muchos contextos, la legislación puede no estar implicada en absoluto” (p. 397).

La ley efectivamente, permite trabajar a los adolescentes mayores de 15 años, más sin embargo, no hay garantías para que ellos trabajen, sino al contrario, la legislación y las políticas públicas apuntan a que se eleve progresivamente la edad mínima para trabajar, es decir, lo que persiguen los Estados, es que los adolescentes no trabajen, tal y como se evidenció en el capítulo anterior. No obstante, son las necesidades y los factores de índole cultural y económica, lo que los impulsa a laborar.

La propuesta que se esboza consiste en tener en cuenta a las y los adolescentes como sujetos de derechos. Estos, a través de diferentes organizaciones juveniles han exigido que se les permita trabajar en condiciones dignas y justas. Galvis (2007), reflexiona en relación con la titularidad de los derechos de los niños:

...el tema de la titularidad de derechos de los niños y las niñas es el que le está planteando los mayores desafíos al derecho, y aún a las llamadas teorías críticas del derecho pues sus posturas están abordadas desde el adultocentrismo (p.63).

La autora invita a los legisladores a apartarse de la visión adulta para escuchar la voz de los niños y las niñas,

Esto significa que el orden jurídico tiene que despertarse, porque si el niño es interlocutor, es agente en el orden jurídico, debe poseer los mismos atributos éticos que dan la posibilidad de ser transformados en derechos, esto es, que lo que le atribuimos al adulto debe atribuírsele con la misma validez a los niños y las niñas porque ellos y ellas son nuestros interlocutores tenemos que decir, como es el caso de los adultos, que la niñez tiene unos atributos como la dignidad, la libertad, la igualdad, la responsabilidad y la autonomía, que son de definición irrenunciables (p. 63).

De otra parte, para poder entender el concepto de sujeto de derechos, es posible acudir al punto de vista del sujeto. Desde la pedagogía, explica Gómez (1999):

¿Qué es ser sujeto de derechos en términos pedagógicos? Para responder a esta pregunta tenemos que pensar en las dos grandes maneras de encarar y de relacionarse con el educando, que tuvieron vigencia entre los educadores a lo largo del siglo XX, o sea, los dos grandes paradigmas que presidieron la estructuración de la relación educador-educando.

La primera consiste en una concepción del educando como un receptáculo, en el cual el educador debe introducir conocimientos, habilidades, hábitos, valores y actitudes. Se trata de lo que PAULO FREIRE llamó educación bancaria. Una relación en la que, de afuera para adentro el educador va introduciendo, interiorizando, inculcando, introyectando, internalizando, inyectando y suministrando contenidos, que van siendo incorporados por el educando.

La segunda consiste en una concepción del educando como sujeto del proceso educativo, o sea, el educando como fuente de iniciativa, en el sentido de ser el mismo, el protagonista de acciones, gestos y actitudes en el contexto de la vida familiar, escolar o comunitaria. También fuente de compromiso, por ser él responsable por las consecuencias de sus actos; y fuente de libertad, desde el momento en que sus actos van siendo, cada vez en mayor medida, consecuencia de sus propias elecciones. Todo eso, naturalmente, dentro de los límites que derivan de su condición peculiar de persona en desarrollo.

La historia de la educación a lo largo del siglo XX, es la historia del pasaje del paradigma del educando, como objeto pasivo de la intervención del educador, a la condición de sujeto, o sea, de fuente de iniciativa, de compromiso y de libertad en la conducción de su propio proceso de desarrollo (p. 62).

En la concepción expuesta, es claro que un presupuesto importante para entender al otro como sujeto de derechos es la libertad, aquella que permite decidir sobre lo que

quiere ser, aquella que da la posibilidad de superar barreras, traspasar límites, pero también equivocarse y aprender del error.

Ahora bien, la libertad no es sólo presupuesto para concebir a los seres humanos como sujetos de derechos, también es presupuesto para la responsabilidad. Entonces, para poder exigir al adolescente responsabilidad, es necesario también respetar y entender su autonomía, de manera que el hecho de vivir le permita contribuir con su formación.

Como el Informe de las Naciones Unidas: Estado Mundial de la infancia (2011) reconoce el trabajo como parte de la identidad de algunos adolescentes, al afirmar:

La adolescencia tardía es una etapa de oportunidades, idealismo y promesas. Es durante estos años que los adolescentes ingresan al mundo del trabajo o de la educación superior, establecen su propia identidad y cosmovisión y comienzan a participar activamente en la configuración del mundo que los rodea (p. 27).

De igual manera, las Naciones Unidas en su informe reveló que un factor determinante en la salud mental de los adolescentes, es la situación de desempleo por la que atraviesan:

La frecuencia de trastornos mentales entre los adolescentes ha aumentado en los últimos 20 y 30 años; dicho aumento se atribuye a la ruptura de estructuras familiares, al aumento de desempleo entre los jóvenes y a las poco realistas aspiraciones educativas y profesionales que las familias tienen para sus hijos e hijas (p. 27).

A colofón, el Estado colombiano no ha garantizado la libertad de escoger un empleo en términos de igualdad y libertad, no ha respondido al llamado que hacen los adolescentes, precisamente porque la legislación, las políticas públicas e incluso la mayoría de la doctrina son abordadas desde una perspectiva *adulto centrista*, que no reconoce a los adolescentes como sujetos de derechos responsables y autónomos.

Ahora bien, el artículo 94 de la Constitución Política establece: “La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos”. Así las cosas, se entiende que el derecho al trabajo en condiciones dignas está reglamentado como se mencionó en los artículos 24 y 53 de la Carta Política para toda la población en general,

es decir, no han sido excluidos los adolescentes. Sin embargo en la realidad los adolescentes tienen mínimas posibilidades para acceder a un empleo en condiciones dignas, por el contrario, la legislación actual ha provocado que los adolescente trabajen en la informalidad y de manera indigna.

Se concluye que es necesario reconocer a los adolescentes como sujetos de derechos mediante la aplicación del artículo 12 de la Convención de los Derechos del Niño, “los Estados partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones en función de la edad y madurez del niño”.

Así las cosas, se hace necesario consultar a los adolescentes para conocer sus necesidades. Se debe tener en cuenta no sólo a los escolarizados, sino también y por sobre todo, a aquellos que están siendo o han sido víctimas de explotación laboral infantil; a aquellos que se encuentran en las calles; a los que delinquen y a los que se encuentran trabajando de forma ilegal; a los que por alguna razón no han podido continuar sus estudios; y todos aquellos que se ven enfrentados a solventar sus propias necesidades o de contribuir con el sustento de sus familias.

Es menester reconocer las diferencias sociales y culturales de la sociedad colombiana, de acuerdo con el inciso segundo del artículo 13 de la Constitución Política “El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas a favor de grupos discriminados o marginados”.

Es innegable que los adolescentes a los que se hace referencia han sido objeto de discriminación y por esta razón es hora de reconocerlos como parte activa de la sociedad, como personas que pueden contribuir a mejorar la situación de las generaciones venideras, de manera que la intervención estatal sea más ajustada a lo que ellos y ellas piensan, en una etapa en la que están definiendo sus proyectos de vida.

A lo largo de este trabajo, se han encontrado estudios que escucharon la voz de los niños, niñas y adolescentes, como es el caso de Romero (1999), que escuchó la voz de un niño actor:

La gente de las programadoras no entiende que uno es niño. Cuando la mamá va a firmar el contrato, le dicen que nos van a dar todo...Yo creo que para que ellos entiendan, el mismo niño, sólo debería ir a trabajar con la persona y explicarle que uno es un niño y que le tengan consideración, que uno tiene colegio y que no lo hagan trasnochar. Que el contrato lo hagan con uno (p. 28).

La investigación de Romero nos deja ver que los niños, niñas y adolescentes son sometidos a jornadas laborales extenuantes, sin que la implementación de nuevos requisitos en la legislación haya cambiado esta realidad. El hecho de que los papás soliciten el permiso para trabajar, tampoco es la solución porque como ya lo hemos explicado, en muchos casos son los mismos progenitores quienes explotan laboralmente a sus hijos. Es decir, todavía se sigue tratando a los niños como un objeto de sus papás.

De acuerdo con lo expuesto, la propuesta consiste en tener en cuenta el pensamiento y la voz de los adolescentes, sin demeritar que la Patria Potestad es ejercida por sus progenitores para cumplir con sus deberes como padres. Es necesario que los niños, niñas y adolescentes sean tenidos en cuenta y que su opinión sea no sólo escuchada sino valorada.

Esta claro que, si bien los padres mediante la Patria Potestad representan la autoridad en el hogar, la cual es necesaria para contribuir con una adecuada formación, la autoridad debe ser ejercida democráticamente. Por ejemplo, un adolescente puede querer trabajar pero su progenitor no está de acuerdo porque teme que su hijo(a) descuide o abandone el estudio. En este caso, cumpliendo la legislación actual, el adolescente sencillamente no puede solicitar autorización para el trabajo, porque para ello debe ser el progenitor quien lo solicite.

Una manera de tener en cuenta la opinión del adolescente y no sólo la del progenitor y su condición de autoridad, sería aquella en la cual el adolescente solicita la mencionada autorización, previendo que al encontrarse los padres en desacuerdo, puedan ser llamados a conciliar las diferencias. Al respecto, se pueden establecer compromisos que en el caso de ser incumplidos ocasionen la interrupción del permiso para trabajar. Compromisos posibles:

1. El adolescente llegará todos los días a su casa a más tardar a las 7:00 p.m., en caso que requiera un permiso adicional para una ocasión especial, deberá contar con la autorización de sus progenitores.
2. Bajo ninguna circunstancia el adolescente podrá llegar en estado de embriaguez o bajo el efecto de sustancias psicoactivas a su hogar y esta obligación será asumida también por sus progenitores.
3. El adolescente, teniendo en cuenta que sus padres le proporcionan techo, alimentación, vestuario, estudio y recreación, abrirá una cuenta de ahorros, en la cual depositará el 50% de su salario, del cual el 20% se podrá destinar anualmente para los fines que el joven desee y el otro 30% como aporte a su carrera universitaria.
4. En caso de que los estudios del adolescente se vean afectados, a criterio de la autoridad en materia laboral, se suspenderá la autorización para trabajar.

El anterior es tan sólo un simple ejemplo que ilustra cómo pueden ser tomados en cuenta los deseos y necesidades de un adolescente de clase media que necesita laborar para cumplir deseos que seguramente sus padres no pueden darle, o que a través del trabajo busca sentirse importante, aprender un oficio o ser independiente. Como puede presentarse un conflicto entre los padres y el adolescente, la conciliación promueve que se superen las diferencias y se generen el diálogo y una convivencia pacífica en las familias.

Cuando se permite a los adolescentes desarrollar su potencial, estos pueden aportar propuestas novedosas a la sociedad, porque por su edad ellos están dispuestos al aprendizaje y al cambio. Salazar (1999) facilita un ejemplo sobre los adolescentes actores:

El trabajo en televisión puede verse como un espacio en que estos jóvenes participan en la construcción de la cultura de su comunidad, sociedad o país. Además, si se les abren estos espacios, ellos pueden hacer sugerencias valiosas para que la programación esté acorde con sus gustos y requerimientos de los mismos niños y jóvenes a quienes se dirigen. Pueden establecer modelos de comportamiento ciudadano que sirvan de ejemplo a la audiencia infantil y juvenil que los sintoniza. Conociendo distintas situaciones de la niñez y de la adolescencia, pueden aportar sus conocimientos y vivencias para el análisis de las mismas.

Todo ello conduciría a que su contribución se amplíe en términos de propuestas a la sociedad civil y a los gobiernos en los procesos de construcción de paz y de democracia en Colombia (p. 34).

Salazar deja ver cómo en este caso, por ser un trabajo relacionado con actividades artísticas, se permite, incluso a los niños y niñas menores de 14 años laborar. Sin embargo, el esfuerzo realizado a nivel internacional, a través de los convenios y los tratados internacionales, y a nivel interno a través de la legislación y las políticas públicas; no ha sido suficiente, precisamente porque la legislación se ha enfocado más en impedir que los niños, niñas y adolescentes trabajen, en lugar de propiciar los espacios que verdaderamente garanticen a los niños, niñas y adolescentes que desarrollan labores artísticas, tener la tranquilidad de poder cumplir en este sentido con sus derechos y disfrutar, si así lo deciden, de su trabajo en condiciones de libertad, dignidad y justicia.

5.2. Adolescentes y Exigibilidad del Derecho al Trabajo en Condiciones Dignas

En el primer capítulo se explica que el derecho al trabajo es un derecho social fundamental, que en Colombia se garantiza progresivamente a través de políticas públicas y que puede hacerse exigible individualmente, en conexidad con el derecho a la igualdad a través de la Acción de Tutela. Sin embargo, revisada la jurisprudencia de la Corte Constitucional, a la fecha ningún adolescente ha presentado una Acción de Tutela para hacer exigible su derecho al trabajo en términos de acceso al empleo. La escasa jurisprudencia existente, demuestra cómo los adolescentes han impetrado la acción constitucional para amparar sus derechos, existiendo ya una relación laboral, que en todos los casos, analizados por el alto tribunal, se desarrolla de manera informal.

Vale la pena resaltar que en Colombia, como se observa en la primera parte de esta investigación a través de la acción de Tutela, se ha conseguido avanzar en materia de garantía y exigibilidad de los derechos fundamentales, en especial del derecho al trabajo, tal y como afirman Uprimny y García (2004):

El desencanto de los colombianos frente a la política, ha llevado a ciertos sectores a exigir del poder judicial respuestas a problemas que, en principio, deberían ser debatidos y solucionados, gracias a la movilización ciudadana, en las esferas políticas. Este fenómeno no es exclusivo de nuestro país pero en el caso colombiano la debilidad de los mecanismos de

participación ciudadana es más profunda, por lo cual ha posibilitado un mayor protagonismo de la Corte. En muchas ocasiones, lo que ocurre no es que este tribunal se enfrente a los otros poderes, sino que ocupe los vacíos que estos dejan, y esta intervención aparece legítima ante amplios sectores de la ciudadanía que consideran que al menos existe un poder que actúa en forma progresista y ágil (p. 475).

Las sentencias que hasta la fecha han presentado adolescentes en relación con sus derechos laborales son las siguientes:

Sentencia T-108 de 2001: En la cual la Corte Constitucional resolvió varios casos de estudiantes que se encontraban laborando y deseaban continuar sus estudios, La Corte Analizó la tensión entre el derecho a la educación y la necesidad de trabajar y formuló el siguiente problema jurídico:

Corresponde a esta Sala determinar, si la restricción contenida en el Decreto 3011 de 1997, según la cual los menores de edad no pueden acceder a los ciclos de educación en los niveles de educación básica secundaria y media diseñados para adultos, resulta violatoria del derecho a la educación de aquellos menores de edad, en este caso, en favor de quienes se impetró la acción de tutela, quienes argumentan la necesidad de trabajar para cubrir sus propias necesidades y en algunos casos las de su familia, en labores que sólo pueden ejercer en el horario que legalmente se ha señalado para que éstos reciban su educación formal. Para tal efecto, la Corte habrá de analizar:

1. Las consideraciones legales, doctrinarias y de política social en cuanto se refiere a la educación formal para menores y para adultos y la atinente a la erradicación del trabajo infantil.

2. Si las condiciones socio-económicas de algunas familias ameritan la inaplicación de la reglamentación que el Estado ha dictado para proteger el derecho a la educación de los menores de edad como de aquella que propende por la eliminación del trabajo infantil, a fin de garantizar, precisamente, el derecho a la educación de los menores de edad trabajadores, en los términos constitucionales.

En este punto, corresponde a la Corte resolver la tensión que se presenta entre el derecho a la educación de un menor y su necesidad de laborar para lograr no sólo su subsistencia sino la de su núcleo familiar, pues se entiende que el espacio adecuado para el crecimiento y desarrollo de los niños es, precisamente, el ámbito escolar y familiar, en condiciones que permitan el goce efectivo de sus derechos fundamentales. En este sentido, no se concibe la

presencia del menor de edad en el sector productivo. Sin embargo, ese ideal contrasta con las condiciones socio-económicas de un sinnúmero de familias, que llevan a que los jóvenes e incluso los niños tengan necesariamente que trabajar en la etapa escolar.

Luego procedió a realizar la ponderación que se presenta entre la necesidad de trabajar y el derecho a la educación en cada caso concreto. Se destacan los siguientes argumentos:

...es importante recordar que el sistema jurídico colombiano, y muy especialmente la Constitución de 1991, consagran en favor de los menores una serie de derechos fundamentales que cuentan con un plus para su protección. Dentro de tales derechos, está el derecho a la educación que, en los términos de la jurisprudencia de esta Corporación implica el derecho de todo menor a formar parte de los programas de educación formal que ofrece el servicio público de educación, el cual está conformado por un año de educación preescolar y nueve años de educación básica primaria y secundaria (sentencia SU-624 de 1999). Así las cosas, y conforme a las consideraciones generales realizadas en la primera parte de la presente providencia, es claro para la Corte el deber que le asiste a la familia, a la sociedad y al Estado de propender porque los menores que se encuentran en edad escolar asistan regularmente a los centros educativos de educación básica y no inviertan sus esfuerzos en el mercado laboral, pese a que en algunos eventos especiales es posible admitir que el menor trabaje. Ello, sin embargo, en sentir de la Corte, no obsta para que los menores puedan ser sustraídos del ejercicio del derecho a la educación, sin que la familia, la sociedad o el Estado, hubiesen tomado todas las medidas necesarias para que ello no suceda.

En estos términos, no le es dable a la Corte conceder los amparos solicitados por las actoras, por cuanto no está demostrado que exista el permiso para laborar otorgado por las autoridades respectivas, permiso que a su vez, analizadas las condiciones de cada menor ha de servir para que los menores accedan al servicio público de educación en condiciones de igualdad con todos los menores que se encuentran en edad escolar y dentro del grado que les corresponda, según su nivel de escolaridad.

En este primer caso, es palpable la situación de indefensión de los adolescentes que desean trabajar y estudiar. Es casi seguro que si no presentan el certificado de escolaridad a la autoridad administrativa encargada de otorgar el permiso, no lo concederá. Por ello, es incomprensible que a quien no tiene el permiso se le endilgue esta situación y se aduzca que por ello su trabajo no es reconocido. Así las cosas, se está presionando a los adolescentes para que dejen de trabajar y se dediquen a estudiar, eso es claro, pero en esta disyuntiva puede ocurrir que opten precisamente sólo por trabajar

y en consecuencia por un trabajo informal, lo cual en vez de brindar protección va en desmedro de sus derechos y naturalmente de su calidad de vida.

Como se puede observar, lo que pedían las adolescentes era estudiar en una jornada determinada para así continuar con sus trabajos, sin embargo, se rechazó la posibilidad de combinar la educación con el trabajo, basándose en que el trabajo que realizaban no estaba autorizado conforme a la ley. Es decir, no se tuvo en cuenta la realidad, y la realidad es que las adolescentes solicitaron el amparo de sus derechos de acuerdo con sus necesidades. No se tuvo en cuenta el artículo 12 de la Convención de los Derechos del Niño, en relación con escuchar su opinión para decidir con respecto a su situación, o probablemente la Corte estimó que en este caso, las adolescentes no tienen la madurez suficiente para decidir sobre el asunto y por esta razón, debe ser el Estado a través del aparato judicial quien se encargue de protegerlos, entendiendo como protección, abstenerlos del trabajo.

En el segundo caso, la Corte Constitucional esbozó el siguiente argumento:

...negar el amparo solicitado por la madre del menor, en el presente caso, equivaldría a negarle a éste su derecho a la educación, no tanto por el hecho de que sus condiciones económicas le impidan tener acceso a los ciclos de educación formal en el horario escolar tradicional, sino por el hecho de que en su lugar de residencia no existen las condiciones necesarias para que él continúe sus estudios. Así las cosas, es claro que existe una deficiencia en la prestación del servicio público de educación en la zona rural del municipio de Tarquí, que obliga a los jóvenes con grado de escolaridad secundaria superiores al grado 7° a buscar alternativas diferentes para completar su educación básica y media vocacional. Por este motivo, la Corte concederá el amparo solicitado por la madre de José Alverson, para que a dicho menor se le permita ser matriculado en el Colegio Nocturno Jacinto Vásquez Ochoa, en el ciclo de educación para adultos correspondiente al grado 8° de educación secundaria y los siguientes, según sus avances académicos...

... la Corte hará un llamado a la familia del menor José Alverson para que evite que el menor trabaje, más aún, en cuanto se refiere al trabajo como jornalero en las fincas aledañas a la suya. Ello por cuanto como se señaló anteriormente, el trabajo infantil, sin previa autorización del inspector del trabajo o de la primera autoridad local, está prohibido por la legislación colombiana. Al respecto vale recordar que es la familia, en primera instancia, la encargada de velar por el efectivo goce de los derechos por parte de los menores, de manera que es deber de ella, en el caso bajo estudio, velar por que el menor se desarrolle en un

ambiente apropiado para su desarrollo psicológico e intelectual, y no ingrese tempranamente al mercado laboral.

Lo anterior, por supuesto, no obsta para que el menor participe de las tareas propias de la parcela de propiedad de su familia, siempre que tal función no le impida su pleno desarrollo como infante y el disfrute pleno de sus derechos, en especial, para que como en el caso bajo examen, no interfiera con el ejercicio de su derecho a la educación. Los trabajos agrícolas de los menores de edad, en las zonas rurales, cuando éstos no son excesivos y por el contrario contribuyen a su proceso de crianza y formación personal, son admitidos expresamente en el numeral 3 del artículo 5 del convenio 138 de la OIT (que regula la edad mínima de admisión al empleo), según el cual “[l]as disposiciones del presente Convenio deberán ser aplicadas, como mínimo a: minas, (...) y plantaciones y otras explotaciones agrícolas que produzcan principalmente con destino al comercio, con exclusión de las empresas familiares o de pequeñas dimensiones que produzcan para el mercado local y que no empleen regularmente trabajadores asalariados.

Nótese como, en el caso precedente la Corte también hace referencia a la falta de autorización de la primera autoridad municipal para desempeñar el empleo como jornalero. Sin embargo, también realiza un análisis del trabajo que desarrolla el joven, que no hizo con el caso de las adolescentes. De cualquier manera, no se entiende como la Corte se refiere que el adolescente no puede trabajar en las parcelas aledañas, citando el Convenio 138 de la OIT, cuando es claro que este hace referencia a la edad mínima para trabajar establecida en los 15 años, como es el caso examinado. Esto demuestra que, como lo afirma la misma Corte, el alto tribunal constitucional está enfocado en evitar que los adolescentes trabajen y de igual manera hace un llamado a la familia para evitar que lo hagan, cuando también habría podido realizar el llamado de atención para que el joven y su familia acudan ante la autoridad correspondiente y soliciten la autorización para trabajar, de manera que exista una vigilancia frente a las condiciones en que se encuentra el adolescente y en relación con sus derechos laborales. De hecho la Corte había podido oficiar a la primera autoridad municipal para que realizara la correspondiente intervención.

En la Sentencia T-147 de 2009 un adolescente presenta acción de Tutela contra su empleador, quien lo despidió, según el adolescente sin justa causa, aduciendo robo. Solicita el joven que se tutelen sus derechos: al mínimo vital, a la honra y al buen nombre. En este caso la Corte Constitucional resolvió confirmar los fallos de primera y

segunda instancia que denegaron la tutela al adolescente, por considerar que existe otro medio de defensa para exigir acreencias laborales. Entre otros, los fundamentos de la Corte Constitucional fueron:

...Tampoco obra prueba que determine si realmente el actor, cuando todavía no cumplía la mayoría de edad estaba autorizado por la autoridad respectiva para laborar como repartidor de leche; sólo aparece la afirmación en el escrito de tutela de que su padre “solicitó el respectivo permiso de trabajo ante la Notaría segunda del municipio de Chinchiná Caldas...

No es este el escenario para establecer, cuantificar y ejecutar el pago de obligaciones pecuniarias controvertidas y de litigiosa determinación, ni de qué manera su falta de pago pueda estar afectando el mínimo vital de un joven que como se observa en el escrito de revisión, “cuenta con el apoyo de sus padres quienes le brindan techo y comida producto de la pensión de su madre y el trabajo de su padre, pudiendo esperar el curso normal de un proceso.

De la jurisprudencia de la Corte Constitucional se desprende que en varias oportunidades se hizo referencia a no tutelar derechos a los adolescentes aduciendo dentro de los considerandos el no haber aportado el respectivo permiso por parte de la autoridad correspondiente, con lo cual podemos evidenciar que son pocas las ocasiones en que los adolescentes en compañía de sus progenitores acuden ante la autoridad para solicitar el permiso, es decir, que este mecanismo no ha sido realmente estratégico para proteger a los jóvenes, quienes optan por pasar de alto este requisito, dedicándose a trabajar de manera informal.

Recientemente, la Corte Constitucional mediante Sentencia T-546 de 2013 resolvió el siguiente problema jurídico:

Corresponde a esta Sala establecer si ¿las instituciones educativas demandadas están vulnerando los derechos fundamentales a la educación, a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad de Michel Steven Osorio Jaramillo y de la menor de edad Jineth Vanessa González Taborda, al negarles un cupo escolar en el horario sabatino por no tener 18 años de edad, desconociendo que deben trabajar durante la semana para el sostenimiento de sus familias?

Para resolver el caso concreto la Sala hará alusión a: i) la parte general del derecho fundamental a la educación; ii) el derecho de los niños a recibir una educación de acuerdo a

sus necesidades; iii) el marco jurídico del trabajo infantil; iv) la regulación normativa de la educación para adultos. Posteriormente se pasará a analizar y resolver el caso concreto.

En el primer caso se trataba de un joven que estaba próximo a cumplir la mayoría de edad, Michel Steven Osorio, quien necesitaba trabajar para poder aportar económicamente a las necesidades de su hogar, pues él y su madre, cabeza de familia, estaban atravesando por una difícil situación económica.

En el momento de proferirse el fallo, el joven había alcanzado la mayoría de edad y se encontraba estudiando en horario diurno semanal.

De lo anterior, vale la pena resaltar que para este caso la Corte Constitucional para poder amparar el derecho no hizo referencia al requisito previo de solicitar la autorización para trabajar. En relación con poder garantizar al joven el derecho a estudiar y trabajar, el alto tribunal realizó el siguiente pronunciamiento:

En segundo lugar y sin perjuicio de lo anterior, se advierte que la Sala no puede ser indiferente ante tres circunstancias importantes, y que por tanto, deben ser tenidas en cuenta para resolver el caso concreto. Éstas son: i) la pretensión de la presente acción de tutela fue que se le permitiera a Michel Steven trabajar y estudiar al mismo tiempo, pero como sólo se le ha amparado su derecho a la educación, se puede decir que actualmente está recibiendo un servicio incompatible con sus necesidades económicas; ii) Michel Steven y su madre atraviesan una difícil situación económica, pues él era quien trabajaba durante la semana para el sustento de los dos, ya que ella, quien es madre cabeza de familia, se encuentra desempleada; y iii) a pesar de que en la acción de tutela la agente oficiosa manifestó que el agenciado no podía estudiar en el horario diurno por razones de trabajo, en la actualidad el accionante asiste cumplidamente a sus clases en dicho horario.

En virtud de las consideraciones anteriores, y teniendo en cuenta que en el presente caso se le pueden proteger ambos derechos fundamentales al agenciado, es decir, el derecho a la educación y el derecho al trabajo, como garantías constitucionales que gozan de especial protección, la Sala procederá a tutelar estos derechos, ordenándole a la Institución Educativa Santa Teresa de Jesús con sede en Ciudad de Armenia que le otorgue, para el siguiente periodo lectivo, un cupo para el grado once en el horario sabatino y en el horario semanal diurno al joven Michel Steven Osorio Jaramillo, para que discrecionalmente elija entre seguir estudiando en la jornada diurna o si por el contrario quiere hacerlo en el horario sabatino.

Hasta aquí se destaca que la Corte Constitucional realizó un énfasis especial en que los jóvenes pudieran trabajar, sin que por esta razón tengan que sacrificar su derecho a estudiar.

Finalmente, la Corte Constitucional al realizar una valoración de los dos casos, el del joven que alcanzó la mayoría de edad, ya mencionado y el de la adolescente de 16 años, llegó a las siguientes conclusiones:

- i) Las normas que regulan la no inclusión de niños en los establecimientos educativos para adultos, bien sean en el ciclo de educación básica o media (artículos 16, 17 y 23 del Decreto 3011 de 1997), contienen requisitos que persiguen, por regla general, un fin constitucional, el cual es garantizar que los menores de edad reciban una educación acorde a sus necesidades y realidades culturales y sociales.
- ii) Debido a que el trabajo infantil debe erradicarse, y una forma de trabajo infantil es todo aquel que interrumpe la escolarización de los niños, o que toma más tiempo o es más pesado que el ciclo escolar, entonces, prima facie, la autorización para que un niño trabaje la mayor parte del tiempo y apenas valide los cursos en ciclos acelerados de enseñanza, no se debe permitir. Esto, salvo que en un ejercicio concreto de ponderación, se demuestre que impedirlo vulneraría gravemente la supervivencia del niño.
- iii) Sin embargo, cuando se trate de menores de edad inmersos en **circunstancias excepcionalísimas y especiales**, se les debe permitir el acceso al servicio de educación, sin importar si es con personas adultas. Ello por cuanto se debe preferir que estos niños estudien, aunque sea en un ciclo de formación de adultos, a que no lo hagan.

Respecto a este punto, la Sala aclara que frente al caso de Michel Steven Osorio Jaramillo (expediente T-3873999), si bien se precisó la circunstancia excepcional y especial que hacía procedente la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad del artículo 23 del Decreto 3011 de 1997-la cual es la necesidad que tiene de trabajar durante la semana para sostener a su familia, pues su madre es cabeza de familia y se encuentra desempleada-, ésta no se aplicó por cuanto Michel Steven ya cumplió la mayoría de edad, evento que le permite acceder al cupo en el horario sabatino sin ningún problema.

En cuanto al caso de la niña Jineth Vanessa (expediente T-3890853), la Sala, frente a las circunstancias especiales y excepcionalísimas en que ésta se encuentra- como lo es tener 16 años y encontrarse en la necesidad de estudiar los sábados para cuidar de su hijo, quien también es menor de edad, ya que no cuenta con la ayuda de ningún familiar para atender al niño-, hace procedente la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad de los artículos 16 y 17 del Decreto 3011 de 1997, pues el mero requisito de la edad en este caso, desconoce que la menor de edad atraviesa por una situación particular que la obliga a tener que asistir a un colegio con adultos, hasta tanto no se tomen medidas que le permitan continuar con sus estudios en un ciclo de educación regular.

Finalmente, las circunstancias especiales y excepcionalísimas en que se encuentren los menores de edad que soliciten estudiar en instituciones u horarios en los que se imparta educación para adultos, deben ser valoradas muy cuidadosamente por las diferentes autoridades estatales y por los jueces de la República, pues se debe recordar que el Estado debe hacer todo el esfuerzo porque los niños terminen su ciclo de educación en la jornada regular para su edad.

Así las cosas, conforme a lo expuesto en precedencia, la Sala ordenará:

- i) A la Institución Educativa Santa Teresa de Jesús con sede Armenia, que le otorgue para el siguiente periodo lectivo, un cupo para el grado once en el horario sabatino y en el horario semanal diurno al joven Michel Steven Osorio Jaramillo (expediente T-3873999), para que discrecionalmente elija entre seguir estudiando en la jornada diurna o si por el contrario quiere hacerlo en el horario sabatino.
- ii) A la Secretaría de Educación de Bello (expediente T-3890853), que evalúe y ofrezca a la menor de edad, para el próximo periodo lectivo, diferentes opciones que le permitan terminar sus estudios en el Colegio León XIII en el ciclo de educación regular. Sólo si es imposible encontrar otra alternativa que garantice que la niña continúe en el ciclo de formación regular, la Secretaría de Educación de Bello le concederá, para el próximo periodo lectivo, un cupo para cursar el grado décimo en el horario sabatino en el Colegio León XIII de Bello, Antioquia.
- iii) Las órdenes dictadas deben hacerse efectivas en el siguiente periodo lectivo, por cuanto este año escolar está próximo a culminarse, entonces, mal haría la Sala si ordenara la inclusión como estudiantes, bien sea en el ciclo de educación regular

o en el ciclo de educación para adultos-en el horario sabatino- a los agenciados, pues ello implicaría que tendrían que acoplarse a un curso que está avanzado respecto a las actividades curriculares.

- iv) Respecto al caso de la niña Jineth Vanessa González Taborda (expediente T-3890853), la Sala precisa que, dado que lo pretendido es salvaguardar su derecho fundamental a la educación, lo que indirectamente repercute en las garantías fundamentales del niño Emanuel Andrés Tamayo González, se instará al ICBF y a la Defensoría del Pueblo que acompañen a la Secretaría de Educación de Bello para que tome las medidas necesarias para que preferentemente la niña Jineth Vanessa termine sus estudios en el ciclo de educación regular. Sólo ante la imposibilidad de ello, se permita su asistencia a la jornada sabatina con las personas adultas.
- v) Por otra parte, como se encuentra demostrado en el curso del proceso, la menor de edad Jineth Vanessa González Taborda no se encuentra trabajando por cuanto no ha solicitado el respectivo permiso ante la autoridad competente, y la decisión que aquí se toma busca proteger su derecho a la educación, más no arraigar el trabajo infantil, por lo que se aclara que este fallo no autoriza que la menor de edad acceda a la vida laboral, sino que pueda terminar su proceso educativo, permitiéndosele a su vez cumplir sus obligaciones como madre, pues tal como quedó demostrado, ningún integrante de su grupo familiar puede colaborarle con las labores de atención y cuidado de su hijo.

Se considera que en este caso la Corte Constitucional es clara en exponer la posición de erradicar el trabajo infantil, a pesar de hacer un profundo análisis de los tratados internacionales, , de igual manera hizo referencia a la realidad económica actual de la sociedad colombiana, lo que hizo necesario que la legislación permitiera a los adolescentes entre 15 y 17 años trabajar, garantizó al joven mayor de 18 años la posibilidad de armonizar su posibilidad de trabajar con la posibilidad de estudiar.

El alto tribunal fue categórico al no permitir a los adolescentes menores de 18 años, la opción de estudiar o validar en ciclos de aceleración, si esta posibilidad interrumpe los estudios. Queda claro entonces, que es casi imposible que los adolescentes puedan trabajar y estudiar al mismo tiempo, es decir que categóricamente se les obliga a asistir a una educación formal en horario diurno.

Vale la pena preguntarse, que hubiera pasado si al momento de proferirse el fallo de la Corte el joven Michel Steven no hubiera cumplido la mayoría de edad, a pesar de encontrarse en las mismas circunstancias de dificultad económica y con la necesidad de aportar dinero para su familia y para él mismo, ¿habría contado con la misma suerte de recibir el amparo de sus derechos en dichas circunstancias? Según lo expuesto por el alto tribunal, se habría exigido la autorización del Ministerio de Trabajo para poder laborar, y sólo con este requisito le habrían otorgado el derecho a estudiar en un horario diferente al diurno, entre semana. Sin embargo, si el joven hubiese realizado antes el trámite de solicitar la autorización para trabajar, habría tenido que presentar su certificado de estudios y entonces, al corroborar la autoridad administrativa que el joven se hallaba estudiando en horario diurno, entre semana, tendría que haberse negado la autorización para estudiar pues se vería obligado a faltar al estudio.

De otra parte, la adolescente Jineth Vanessa fue amparada en su derecho a la educación para estudiar los sábados mientras cuida a su hijo, pero la Corte Constitucional hace la advertencia, instando a Defensoría del Pueblo y al ICBF para que la adolescente pueda terminar sus estudios en horario normal. Vale la pena aquí analizar donde la Corte señala que la finalidad no es “*arraigar*” el trabajo infantil. El alto tribunal ha podido realizar más bien un llamado a las autoridades encargadas de salvaguardar los derechos de esta adolescente, para evitar que fuera víctima de explotación laboral brindándole las herramientas para conocer y cumplir sus derechos, máxime, porque dentro de las pruebas que se conocieron, la adolescente en entrevista manifestó: *yo no puedo trabajar*, es decir, que la adolescente por tener menos de 18 años asume que no puede trabajar.

Se destaca que, de acuerdo con la obligación de corresponsabilidad consagrada en el artículo 44 de la Constitución Política, al ser un mandato la obligación de garantizar derechos a la familia, la sociedad y el Estado, no se entiende cómo el Juez Constitucional no explica a la adolescente que en caso de querer trabajar, la legislación lo permite y que para ello deberá acudir a la oficina del Ministerio de Trabajo.

Por el contrario, la Corte es enfática al negar toda opción de trabajo a esta adolescente, lo cual contradice la legislación civil, que en su artículo 117 permite que los jóvenes menores de dieciocho años puedan contraer matrimonio, con el consentimiento de sus padres. En este caso, la adolescente se encuentra conviviendo con

el padre de su hijo y la familia de éste, si bien, es claro que debe haber también responsabilidad de los papás de la adolescente, del padre del bebé e incluso de la familia del progenitor del niño, de quienes se dijo aportan económicamente al bebé, también debe respetarse el libre desarrollo de la personalidad, a la joven que ha querido asumir la responsabilidad que conlleva la maternidad, a pesar de su corta edad.

Ahora bien, vale la pena traer a colación el estudio de Klevens (2011), quién entrevistó en Bogotá, a 3.157 mujeres que declararon haber sido agredidas alguna vez por su pareja:

Las 3.157 mujeres que declararon vivir con un compañero íntimo tenían entre 14 y 46 años de edad, con una media de 24,9 años. Además tenían en promedio, 7,6 años de estudio formal. De ellas, 74,7% tenían uno o dos hijos, y 91% vivían además con otros familiares además de los hijos y la pareja. El ingreso familiar total de 63% era igual a un salario mínimo (US\$ 145) o menor (p. 78).

El estudio muestra los factores que inciden en el maltrato a las mujeres. Es claro que cuando se tiene acceso a la educación hay mayores posibilidades de impedirlo, por lo tanto, es loable la intención de garantizar el derecho a la educación a esta madre adolescente. No obstante, encontrándose la adolescente en situación de convivencia con la familia de su compañero, el padre de su hijo, hay un factor de dependencia. Es más, quien instauró la acción de tutela fue la misma suegra en representación de la adolescente y de su nieto, lo cual es una muestra que evidencia el apoyo que esta señora brinda a la adolescente y al niño.

Ahora bien, en la Acción de Tutela se hubiera podido solicitar que el Estado garantizara al niño un cupo en un hogar comunitario mientras su progenitora asistía al estudio, pero lo que se solicitó fue la posibilidad de continuar con sus estudios el día sábado.

A la referida adolescente le quedan dos años para acceder a la mayoría de edad, de manera que mientras ello ocurre, su hijo puede estar vinculado a un jardín u hogar comunitario y la joven podría continuar sus estudios los sábados y emplearse entre semana en horario diurno con el fin de acceder a una independencia económica que le permita sufragar sus gastos y los de su familia, lo que incluso le podría permitir independizarse junto con el papá de su hijo lo que reduciría los factores que inciden en la violencia intrafamiliar.

Ochaitá y Espinosa (2004) afirman que “En general, desde la perspectiva jurídica, la minoría de edad supone la incapacidad general de obrar, cuyas consecuencias han sido notables en la legislación. Así se ha hecho mucho más hincapié en lo que los niños no son capaces de hacer que en el análisis de sus capacidades” (p. 424).

Como ya se ha señalado, algunos adolescentes que pertenecen a organizaciones de trabajadores se han movilizadado para exigir un trabajo digno. La propuesta que aquí se presenta consiste en brindar herramientas a estos jóvenes y organizarlos para que exijan el derecho al trabajo digno a través de la Acción de Tutela.

Teniendo esto presente, la Comisión Nacional del Servicio Civil, en la Ley 909 de 2004 ha asignado dentro de sus funciones “a. Establecer de acuerdo con la ley y los reglamentos, los lineamientos generales con que se desarrollarán los procesos de selección para la provisión de empleos de carrera administrativa de las entidades a las cuales se aplica la presente ley”, es decir, es la encargada de trazar los lineamientos de procesos de selección de la mayoría de entidades públicas del país.

Al consultar la página de la Comisión Nacional del Servicio Civil www.cnsc.gov.co, se observa que en todos los procesos de selección convocados a través de esta entidad, se establece como requisito ser ciudadano colombiano. El artículo. 98 de la Constitución Política cuando afirma, ser mayor de 18 años, está discriminando a los adolescentes que aún no cumplen la mayoría de edad, pues se les niega la posibilidad de concursar para acceder a empleos que garantizan salarios superiores al salario mínimo, prestaciones sociales, estabilidad, capacitación, posibilidades de ascender, entre otros beneficios. Sin embargo al consultar los requisitos específicos para cada cargo encontramos casos similares, como el siguiente:

En la convocatoria del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, para concursar a un cargo de auxiliar administrativo cuyo número del empleo es el 204010, exigen los siguientes requisitos de estudio: aprobación de tres años de educación básica secundaria y no experiencia³.

Según la teoría de Arango (2002): “Cuando la falta de reconocimiento de la posición jurídica pretendida por el individuo le hace daño de manera injustificada, entonces tal posición jurídica debe ser reconocida. De no ser así, el individuo no sería tomado en

³ Disponible en http://201.234.78.176/Qry_Opec/fRconsultaOpec.aspx?CodPerfil=204010

serio” (p.75). Un adolescente que se encuentre en edad de trabajar y tenga los requisitos para acceder al empleo antes mencionado, es decir haber aprobado tres años de educación básica secundaria, puede a través de Acción de Tutela exigir que se ampare su derecho a acceder a un trabajo, en condiciones igualdad, dignas y justas como en el ejemplo anterior, a la convocatoria del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República.

Se cita como precedente una de las sentencias a las que hicimos referencia en el primer capítulo: T- 475 de 1992:

...la escogencia de un oficio es una libertad civil de primer orden. Esta libertad constituye un derecho fundamental de aplicación inmediata que vincula a todas las autoridades. La libertad de opción para ocuparse en una determinada actividad o curso de acción es una manifestación específica del derecho al libre desarrollo de la personalidad y, como tal, goza de una doble protección como derecho a la autodeterminación laboral y como derecho a desarrollar libremente las vocaciones, aptitudes o habilidades personales.

En este caso, debe reconocerse que cuando se establece el requisito de ciudadanía para acceder a la convocatoria, se está limitando el derecho fundamental consagrado en el artículo 26 de la Constitución Política “Toda persona es libre de escoger profesión u oficio...”

Ahora bien, teniendo en cuenta que según el artículo 67 de la Constitución Política, “...El Estado, la sociedad y la familia son responsables de la educación que será obligatoria entre los cinco y los quince años de edad y que comprenderá como mínimo, un año de preescolar y nueve de educación básica”, es desproporcionada la exigencia del requisito de la ciudadanía para ocupar un cargo público, máxime cuando los adolescentes responden ante la ley penal desde los 14 años, de acuerdo con el Código de Infancia y adolescencia, razón por la cual no es comprensible que se exija responsabilidad a los adolescentes, cuando parecen encontrarse a la deriva, frente al acceso a oportunidades de educación y empleo.

A colofón de lo explicado, es clara la posibilidad que tienen los adolescentes de acceder a la Acción de Tutela para exigir el poder acceder a disfrutar de un empleo en condiciones de igualdad y dignidad, realizando para ello una diferenciación positiva, teniendo en cuenta que por su edad son la población más vulnerable dentro de quienes se encuentran en edad de trabajar.

6. Propuesta de Garantía del Derecho al Trabajo Digno de los Adolescentes en Colombia

El derecho al trabajo, en el contexto de la teoría de los derechos sociales fundamentales propuesta por Arango (2002) es exigible en el Estado colombiano. Por ser un derecho social fundamental, para exigirlo se debe evaluar siempre de la mano con el derecho a la igualdad material, es decir, por medio de una discriminación positiva en la que se demuestre que la persona que exige el derecho, merece una especial protección teniendo en cuenta la particular situación de vulnerabilidad en la que se encuentra.

Hasta el momento, se ha demostrado que los adolescentes trabajadores colombianos se encuentran en particular situación de vulnerabilidad, pues la legislación nacional e internacional ha buscado proteger al adolescente trabajador, pero la informalidad y la dedicación a trabajos indignos se encuentra en la clandestinidad y aquella, la legislación, no responde a las realidades económicas, sociales y culturales de los adolescentes.

Además, al hablarse de protección y no garantizar el derecho a acceder a un trabajo decente, se está ocasionando el efecto contrario, es decir, que los jóvenes permanezcan en la informalidad. De igual manera, ha quedado demostrado que en Colombia, el Estado, a través de su legislación específica para adolescentes trabajadores, se muestra permisivo frente al trabajo indigno al mantener en su legislación la reglamentación del contrato de aprendizaje.

A colofón de lo explicado, la propuesta que se adopta en aras de garantizar el derecho al trabajo digno a los adolescentes colombianos, se desarrollará a partir del estudio de las necesidades de los adolescentes, específicamente en relación con el trabajo, al reconocer a los adolescentes como sujetos de derechos, y con capacidad para reconocer y reclamar sus derechos.

6.1. Adolescentes y Necesidades

La evolución de la legislación para los niños, niñas y adolescentes colombianos, desde su perspectiva, ha pretendido dar respuesta a las necesidades creadas por los adultos.

En este apartese busca abordar la Teoría de las Necesidades expuesta por Max-Neef (1996):

En el contexto de nuestra propuesta debe entenderse, como ya quedó dicho, que las necesidades no sólo son carencias sino también y simultáneamente potencialidades humanas individuales y colectivas.

Los satisfactores, por otra parte son formas de ser, tener, hacer, estar, de carácter individual o colectivo, conducentes a la actualización de necesidades.

Bienes económicos, por último, son objetos y artefactos que permiten afectar la eficiencia de satisfactores, alterando así el umbral de actualización de una necesidad, ya sea en sentido positivo o negativo (p. 41).

Al revisar la matriz de necesidades y satisfactores propuesta por Max-Neef (Anexo 1), se evidencia que la mayoría de necesidades humanas se satisfacen a través del trabajo. De ahí su importancia para la vida de los seres humanos. El autor plantea diferentes ejemplos y ejercicios que llevan a analizar las diferentes necesidades y la forma de satisfacerlas teniendo en cuenta: “a) violadores o destructores; b) pseudo-satisfactores; c) satisfactores inhibidores; d) satisfactores singulares; y e) satisfactores sinérgicos” (p. 43).

A continuación se realiza el ejercicio específicamente con el trabajo como satisfactor de necesidades para los adolescentes entre 15 y 17 años de edad:

Violadores o Destructores:

Los violadores o destructores son elementos de efecto paradójal. Aplicados con el pretexto de satisfacer una determinada necesidad, no sólo aniquilan la posibilidad de su satisfacción en un plazo inmediato o mediato, sino que imposibilitan además la satisfacción adecuada de otras necesidades. Parecen estar vinculados, por lo menos preferencialmente, a necesidades de protección (p. 43).

Supuesto satisfactor	Necesidades que se pretende satisfacer	Necesidades cuya satisfacción imposibilita
Subsidios	Subsistencia	Creación
Contrato de aprendizaje	Subsistencia Entendimiento	Protección, identidad, libertad
Penalización por inasistencia alimentaria	Subsistencia Protección	Afecto

Requisito de autorización para trabajar por parte del ministerio de trabajo.	Protección	Subsistencia Entendimiento Participación Creación Identidad Libertad
Medida de protección para adolescentes en situación de explotación laboral (alejamiento de la situación de peligro, medida consagrada en el art. 53 numeral 2 de la ley 1098 de 2006: ubicación en institución especializada)	Protección	Entendimiento Participación Creación Identidad Libertad Afecto
Requisito de certificado de estudios para autorizar trabajo de adolescentes	Protección Entendimiento	Participación Creación Identidad Libertad Subsistencia
Falta de oferta de puestos de trabajo para adolescentes	Protección Entendimiento	Participación Creación Identidad Libertad Subsistencia

Pseudo- Satisfactores:

Los pseudo-satisfactores son elementos que estimulan una falsa sensación de satisfacción de una necesidad determinada. Sin la agresividad de los violadores o destructores, pueden en ocasiones aniquilar en un plazo mediano, la posibilidad de satisfacer la necesidad a que originariamente apuntan. Su atributo especial es que generalmente son inducidos a través de propaganda, publicidad u otros medios de persuasión (p. 44).

Satisfactor	Necesidad que aparenta satisfacer
Subempleo	Subsistencia
Trabajo informal	Subsistencia

Satisfactores Inhibidores:

Los satisfactores inhibidores son aquellos que por el modo en que satisfacen (generalmente sobre satisfacen) una necesidad determinada y dificultan seriamente la posibilidad de satisfacer otras necesidades. Su atributo es que, salvo excepciones, se hallan ritualizados, en el sentido de que suelen emanar de hábitos arraigados (p. 45).

Satisfactor	Necesidad	Necesidades Cuya Satisfacción se Inhibe
Familia sobre Proveedora	Subsistencia	Entendimiento Libertad

		Participación Creación Identidad
--	--	--

Satisfactores Singulares:

Los satisfactores singulares son aquellos que apuntan a la satisfacción de una sola necesidad, siendo neutros respecto de la satisfacción de otras necesidades. Son muy característicos de los planes y programas de desarrollo y cooperación (p. 46).

Satisfactor	Necesidad que satisface
Comedores comunitarios	Subsistencia

Satisfactores Sinérgicos:

Los satisfactores sinérgicos son aquellos que, por la forma en que satisfacen una necesidad determinada, estimulan y contribuyen a la satisfacción simultánea de otras necesidades. Su principal atributo es el de ser contra hegemónicos en el sentido de que revierten racionalidades dominantes tales como las de competencia y coacción (p.46)

Satisfactor	Necesidad	Necesidades cuya satisfacción estimula
Oferta de puestos de trabajo en el estado para los adolescentes	Subsistencia	Libertad Entendimiento Participación Creación Identidad
Estímulo de reducción de impuestos a empresas privadas que contraten adolescentes	Subsistencia	Libertad Entendimiento Participación Creación Identidad
Estímulo para creación de empresas familiares	Subsistencia	Libertad Entendimiento Participación Creación Identidad Afecto
Educación en los colegios y enseñar propuestas de producción y formación de empresa a adolescentes y sus familias	Entendimiento	Libertad Subsistencia Participación Creación Identidad Afecto

Enseñar a los adolescentes y población en general a conocer y exigir los derechos laborales de la población adolescente.	Entendimiento	Libertad Subsistencia Participación Creación Identidad Afecto Ocio
--	---------------	--

En el anterior ejercicio se plasmaron las necesidades de los adolescentes que se satisfacen mediante el derecho al trabajo. Aunque la propuesta de Max-Neef es realizar la construcción de la matriz con la comunidad, teniendo en cuenta la inclusión de un alto grado de participación y lo más diversa posible, se intentó recoger las necesidades de este grupo poblacional y la manera cómo estas han procurado satisfacerse para evaluar su impacto.

El ejercicio nos ha llevado a construir una propuesta de satisfactores de necesidades sinérgicos de manera que se satisfagan efectivamente las necesidades de subsistencia y entendimiento, pero a su vez lleven a la satisfacción de otro gran número de necesidades. Tan sólo realizando el ejercicio se ha logrado incluir todas las necesidades abordadas en la matriz.

Se considera esta propuesta como un aporte y un ejemplo de satisfacción de necesidades para la población adolescente, sin embargo, el ejercicio puede ser tenido en cuenta para construir una propuesta en la que participen los adolescentes de diferentes esferas culturales, tanto de población urbana, como rural, indígena, Rom, afrodescendientes, estudiantes, bachilleres de todos los estratos, etc., de manera que sean los mismos jóvenes quienes identifiquen y evalúen la forma de satisfacer sus necesidades para generar estrategias que permitan construir satisfactores de necesidades sinérgicos.

Lo que sí es claro, es que abordar la construcción de satisfactores de necesidades sinérgicos requiere avanzar de propuestas de tipo proteccionista a propuestas que permitan acceder a un amplio mundo de posibilidades, de manera que el ser humano logre de manera libre su realización como persona.

6.2. Reconocimiento de los Adolescentes como Sujetos de Derechos

Después de realizar la propuesta de necesidades sinérgicas para la población adolescente y asumiendo que el trabajo logra convertirse en un importante e

imprescindible satisfacer de un gran número de necesidades, se pasará a abordar el reconocimiento de los adolescentes como sujetos de derechos con capacidad de ser conscientes de sus necesidades y expresarlas. Es por ello que en la construcción de políticas públicas y legislación, se debe incluir a todos los sectores de la población adolescente, considerando un carácter diferencial, es decir, se deberá hacer un llamado a quienes se encuentran sin escuela, a quienes trabajan, a quienes se enfrentan a la problemática de la calle, a quienes han sido infractores de la ley penal, a los desvinculados de las peores formas de trabajo infantil y a la población rural, entre otros.

De esta manera, sólo reconociendo las diferencias y escuchando la voz de los adolescentes, se podrá construir políticas públicas acordes con la realidad.

El reconocimiento de los adolescentes como sujetos de derechos, es un tema que se ha venido desarrollando desde la Convención de los Derechos del Niño, sin embargo, sólo hasta hace se ha tomado en serio. Ochaita y Espinosa (2004), desarrollan y explican mediante su investigación, cómo los niños, niñas y adolescentes han sido tenidos en cuenta como sujetos de derechos, para ello, al citar a Peces-Barba (1987) afirman:

Como sabemos, las primeras declaraciones europeas de derechos humanos no incluían ni a los niños –ni a las mujeres- entre los sujetos de esos derechos. Sin embargo, la primera declaración americana, El cuerpo de libertades de la Bahía de Massachusetts, redactada en 1641, suele ser considerada como el primer antecedente de concepto actual de derechos del niño. Este documento no sólo refleja la idea de que la infancia debe ser objeto de protección, sino que además se adelanta en la consideración activa de esta: concretamente en su artículo 83 recoge el derecho que tiene el niño a quejarse ante la autoridad, en el caso de que sus padres le traten con severidad excesiva (p. 422).

De acuerdo con lo anterior, han sido los adultos quienes han liderado las transformaciones en relación con los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Ahora se requiere que los adolescentes sean apoyados y empoderados para que tengan la oportunidad de expresar sus opiniones y construir cambios sociales teniendo en cuenta sus propias perspectivas de vida. Sólo con la participación activa de este grupo poblacional, se podrá incidir en la formulación de políticas públicas coherentes con las necesidades y expectativas de las necesidades de este grupo etareo. Al respecto afirma García (1999):

La lucha por los derechos de los niños y de los adolescentes, a diferencia de otros grupos de excluidos, no ha sido una lucha propia sino que ha quedado y queda dependiente del discurso y del actuar de los adultos. Esta anomalía puede parecer una paradoja si pensamos que los adultos son los que ejercitan el poder sobre los niños y frente a los cuales se dirige la demanda de igualdad, de libertad, de integridad física y moral y de respeto a favor de los derechos de los niños.

Reivindicaciones semejantes han tenido éxito en los otros grupos, cuando se han dado las siguientes condiciones: 1). Cuando han sido liderados por sujetos que forman parte del grupo o de un sector significativo del mismo; 2). Cuando han sido liderados en forma colectiva y pública y 3). Cuando las reivindicaciones han transformado las necesidades en derechos; y finalmente 4). Cuando han existido acciones orientadas a contestar el poder de los grupos antagónicos. Así, la lucha de las mujeres se ha dirigido contra el poder de los hombres; los de las personas de color contra el poder de los blancos; los de los trabajadores contra el poder de los propietarios del capital (p.45).

Por lo anterior, es claro que para que los adolescentes sean tenidos realmente en cuenta como sujetos de derechos, se requiere una transformación cultural que claramente no se dará de la noche a la mañana, máxime, cuando persiste la lucha contra la educación basada en el autoritarismo y el adiestramiento. Hay padres y madres de familia que todavía se resisten a escuchar a sus hijos, a tenerlos en cuenta para la toma de decisiones en el hogar, pues se teme perder autoridad.

La situación en la escuela no presenta muchas diferencias con la situación del hogar, donde persiste la postura de maestros que se niegan a escuchar la voz de los niños, las niñas, y mucho menos de los adolescentes, quienes son vistos como una población problema que quiere hacer su voluntad. Basta simplemente con revisar el número de Acciones de Tutela en las que la Corte Constitucional ha amparado a los adolescentes el derecho consagrado en el artículo. 16 de la Constitución, es decir, el libre desarrollo de la personalidad.

A pesar de que el derecho al libre desarrollo de la personalidad está amparado en el caso de adolescentes que desean llevar el cabello largo y la jurisprudencia ha sido clara al respecto, la mayoría de colegios siguen consignando en sus manuales de convivencia esta prohibición.

Éste es tan sólo un ejemplo del autoritarismo del que son víctimas los adolescentes. Por ello, la transformación cultural sólo puede darse a través de educar a los adolescentes sobre sus derechos, lo cual exige que los maestros se sensibilicen desde las aulas.

De igual manera en el mundo actual, máxime cuando se trata de la población adolescente, la educación requiere acudir a diferentes medios como la televisión, la radio, las redes sociales, Internet, programación de conciertos y actividades propias de su interés. Una vez los adolescentes sean conscientes de sus derechos podrán hacerlos efectivos y realizar las transformaciones de acuerdo con sus expectativas.

6.3. Exigibilidad del Derecho al Trabajo por parte de los Adolescentes a Través de la Acción de Tutela.

Teniendo en cuenta que la Ley 1098 de 2006, permite a los adolescentes mayores de quince años trabajar, estos pueden exigir su derecho de acceso a un empleo en condiciones de igualdad, mediante la Acción de Tutela.

Para ello se tiene en cuenta los artículos 13 y 44 de la Constitución Política. El primero, reconoce el derecho a la igualdad material Como afirma Cárdenas (2011):

Los sujetos de especial protección se han identificado por su evidente propensión a ser vulnerados, gracias a ciertas condiciones que los dejan proclives a actos discriminatorios o que los ponen en desventaja o debilidad manifiesta frente a sus congéneres. Estas condiciones cualifican a esos sujetos y puede corresponder a factores naturales o exógenos que vienen aparejados de ciertas situaciones socioeconómicas (p.29)

Cuando hay una oferta para laborar que exige unas calidades particulares como por ejemplo ser bachiller, pero además se requiere ser ciudadano o mayor de 18 años, el adolescente podría invocar la Acción de Tutela para solicitar que se ampare su derecho al trabajo, a la igualdad material y al libre desarrollo de la personalidad. El adolescente podrá exigir en este caso una acción negativa, y solicitar al Juez de Tutela que ordene a la autoridad que promueve la convocatoria, retirar el requisito discriminatorio que le impide acceder en condiciones de igualdad a optar por el empleo convocado.

De igual manera, adolescentes con dificultad de recursos económicos pueden solicitar ser tenidos en cuenta para ocupar un puesto de trabajo, considerando que

además deben estar capacitados para ocuparlo, teniendo en cuenta, además, que el trabajo les permitirá satisfacer un gran número de necesidades.

De la misma manera, si los adultos han podido invocar la Acción de Tutela para exigir su derecho al trabajo, al estar los adolescentes en edad de trabajar, podrán también realizar la exigencia, encontrándose, por ejemplo, en las mismas circunstancias de los adultos referidos en las sentencias por medio de las cuales les ha sido amparado el derecho al trabajo por la Corte Constitucional.

De otra parte, el adolescente podría invocar su derecho al trabajo en situaciones específicas en que le ha sido negado por razones de edad mediante el mecanismo de Acción de Tutela, porque claramente se ha realizado una discriminación que vulnera derechos fundamentales.

Además de lo anterior, teniendo en cuenta los requisitos exigidos para poder solicitar la autorización ante el Ministerio de Trabajo, se deduce que son muchas las ocasiones en que no se concede el referido permiso. Ante la imposibilidad de cumplir rápidamente con alguno de los requisitos o demostrando una situación particular, como, por ejemplo, el caso de adolescentes que son padres de familia y deben responder por sus hijos o cuando se trata de adolescentes que por alguna circunstancia se ven en la necesidad de responder económicamente por sus hermanos o por otro miembro de su familia.

Sin embargo, como evidenciamos en las Jurisprudencias de la Corte Constitucional en relación con el derecho al trabajo invocadas por adolescentes, se les ha cerrado la puerta al no contar con el permiso. La Corte ha debido tener en cuenta el contrato realidad y oficiar a la autoridad competente para realizar la supervisión necesaria.

Además, muchos de los adolescentes pueden ser poco conscientes de la posibilidad de trabajar una vez cumplidos los quince años de edad y, como ya fue explicado, por esta razón acuden a trabajos informales o ilegales.

Teniendo en cuenta la situación de vulnerabilidad actual de los adolescentes y debido a su falta de conocimientos, se requiere enseñar a niños, niñas y jóvenes adolescentes, sus posibilidades y derechos, de manera que puedan acudir al Juez de Tutela para exigir amparo en el momento de encontrarlos amenazados.

De otra parte, en los fallos de tutela se deberá tener en cuenta no sólo al adolescente como sujeto de derechos con capacidad de decidir sobre las situaciones que le afectan sobre su propia vida, sino que además, basados en el artículo 44 de la Constitución Política, los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás, y por esta razón se deberá realizar un análisis minucioso de cada caso concreto, solicitando concepto a trabajadores sociales, psicólogos, médicos etc., quienes podrán realizar un estudio en aras de determinar si el trabajo que desea realizar el adolescente contribuye con su formación y proyecto de vida, o por el contrario es negativo en su proceso de formación.

6.4. Garantía del Derecho al Trabajo a los Adolescentes a Través de la Legislación y Políticas Públicas

Por último, teniendo en cuenta el enfoque aplicado, queda claro que el derecho al trabajo, por ser un derecho fundamental, puede exigirse mediante la Acción de tutela, pero que, además, desde sus raíces a nivel internacional es un derecho económico, social y cultural y es obligación del Estado construir políticas públicas para garantizar progresivamente el derecho de acceder al empleo.

Por lo tanto, el derecho al trabajo en condiciones dignas para los adolescentes colombianos, debe ser entendido como un mandato de optimización, Rodríguez de Santiago (2007), define los mandatos de optimización como: “principios que imponen que la decisión valorativa que contienen los preceptos constitucionales, se realice en cada momento, en la medida de lo jurídica y tácticamente posible” (p. 43).

En el caso de los adolescentes, es perentorio que el Estado al reconocer que la forma de satisfacer la mayoría de necesidades mediante el trabajo se presenta en gran parte en la población adolescente, es necesario construir políticas públicas exclusivas para garantizar el derecho al trabajo digno de este grupo atareo. Deberá tenerse en cuenta la generación de puestos que permitan a los adolescentes desarrollar su labor en condiciones de trabajo decente.

De otra parte, en los colegios se debe enseñar a los jóvenes adolescentes a buscar oportunidades y prepararlos para desempeñar oficios que contribuyan a su formación y a su proyecto de vida, teniendo en cuenta que no todos podrán acceder a la Universidad. De igual manera, se debe enseñar en perspectiva de garantía de derechos, de manera tal

que los adolescentes no tengan que esconderse para trabajar, sino por el contrario, puedan exigir y hacer parte de la población productiva de la sociedad, sin que su labor sea vista como un medio para satisfacer a los adultos.

Como ya se ha advertido, el desarrollo de la legislación ha venido incorporando condiciones para que los adolescentes puedan acceder al empleo, en razón a la evolución de la ley conforme a la política pública de eliminación del trabajo infantil y adolescente. Desde la Ley 79 de 1926, artículo 26, se daba un margen a los adolescentes para poder laborar, aunque, como ya se ha afirmado, se quedaba corta en establecer algunas garantías para evitar la explotación laboral:

La oficina nacional del trabajo proveerá gratuitamente de una libreta a todos los menores a que se refieren los artículos que reglamentan el trabajo, en la que constará su nombre y apellido, edad, ocupación, horario de trabajo, así como el nombre y apellido, profesión y domicilio de sus padres o encargados. En esta misma libreta se hará constar por la autoridad correspondiente si el menor ha cumplido la obligación escolar o si ha recibido la enseñanza primaria. Una planilla de estos datos será enviada a la autoridad encargada de la aplicación de la ley.

Una estrategia como esta brinda una mayor libertad, al permitir a los adolescentes acceder al empleo pero a la vez protege la vigilancia de la relación laboral. Tratándose de adolescentes y teniendo en cuenta los avances de la tecnología, se propone una reforma a la Ley 1098 de 2006, artículo 112, de manera que se promueva un incentivo para que los adolescentes que se encuentran inmersos en una relación laboral puedan acudir directamente al Ministerio de Trabajo. Al inscribir el contrato realidad en la base de datos pueden generarse incentivos, como por ejemplo, la inscripción en cursos relacionados con la labor que realizan y su correspondiente certificación, así como tarjetones de acceso a parques de diversiones, cursos en artes u otras disciplinas.

Se requiere la implementación de políticas públicas incluyentes, de manera que, de la misma forma como se ha logrado establecer en el imaginario colectivo que los niños, niñas y adolescentes deben asistir al colegio, y en forma tal que la educación les ayude a superar la pobreza a ellos y sus familias, de igual manera se tenga en cuenta que a la edad de 15 años hay quienes pueden optar por trabajar, o por trabajar y estudiar, así, en el caso de que los adolescentes opten por la opción de trabajar, tendrán derecho a desarrollar su labor dignamente con todas las garantías laborales, máxime cuando, de

acuerdo con el artículo 44 de la Constitución Política, sus derechos prevalecen sobre los derechos de los demás.

También, dentro de la política pública se deben generar estrategias que permitan al adolescente participar en la construcción de la sociedad, para ello es posible citar la propuesta de García (1999):

Mi tesis es que si en lugar de una interpretación fragmentaria y estática utilizamos una interpretación sistemática y dinámica de la Convención, desarrollando su espíritu con el debido respeto de su letra, resultará que el niño, en cualquier fase de su desarrollo, incluso el niño pequeño, tiene una ciudadanía plena (p. 50).

Con lo anterior, García realiza un llamado de manera que no sólo se escuche al niño, sino que sea tenido en cuenta, que pueda interactuar con las demás personas de la sociedad, de manera que su opinión genere transformaciones desde su perspectiva. La tesis que plantea el autor es verdaderamente garantista para los niños, niñas y adolescentes. La segunda tesis, también se encamina a un verdadero reconocimiento de los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos:

Consiste en que el reconocimiento de la diferente identidad se expresa en la forma específica, privilegiada y más intensa con la cual, con respecto a los adultos, se le reconocen al niño los derechos civiles y de libertad, los económicos, sociales, culturales, procesales y, en particular los derechos comunicativos de libertas. Estas diferencias ventajosas para los niños son reconocidas, en parte, tomando en consideración las necesidades especiales de protección y de cuidado que el preámbulo de la Convención recoge de la Declaración de los derechos del niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, adoptada en 1959. Pero ellas también pueden ser interpretadas a la luz de las prerrogativas positivas del niño y de sus capacidades y no solamente de su debilidad y de su falta de madurez física y mental (p. 52).

Con la segunda tesis expuesta por García, se nota como la interpretación de la Convención, en la mayoría de derechos se realiza desde un punto de vista negativo, es decir, lo que no se debe hacer para contradecir o vulnerar el derecho del niño, niña o adolescente, mucho más en el caso del derecho al trabajo, el cual no se reconoce como un derecho. Pareciera en términos de la Convención, que se reconoce como una libertad, debido a que se permite trabajar tan sólo a los mayores de 15 años, salvo las

excepciones ya relatadas. Sin embargo, como ya se ha evidenciado, se reglamenta con el fin de proteger al adolescente.

De lo anterior, es posible colegir que el trabajo para los adolescentes no es un derecho sino una posibilidad. Reconocerlo como derecho implica asumir la segunda tesis de García a la que se hace referencia, implica reconocer que el adolescente tiene las capacidades para desarrollar un oficio que le permita sentirse útil a la sociedad, pero que además le garantice su subsistencia y probablemente la del núcleo familiar.

En relación con lo afirmado hasta el momento, aún falta avanzar en la cultura de garantía de derechos para los adolescentes. Para ello, como ya se afirmó, los protagonistas deben ser los mismos adolescentes, pero el adulto debe desarrollar un rol muy importante en este aspecto en aras de contribuir con la evolución real en los derechos de los adolescentes. Para ello, como lo afirma García:

El ejercicio del derecho a ser escuchado, en la forma de la realización del deber de los adultos a aprender de los niños, puede ser considerado también como una forma de representación del niño en la democracia política o en lo social. El vínculo de comunicación y de reciprocidad entre adultos y niños determina la calidad y la legitimidad de las decisiones que los adultos adoptan a nombre colectivo. (p. 54).

6.4.1. Legislación Protección en el Trabajo para los Adolescentes de América Latina

A lo largo de la presente investigación se ha afirmado que la teoría proteccionista en relación con la infancia y la adolescencia, es una teoría mundial. Es claro que las obligaciones asumidas por Colombia en relación con la protección a los niños, niñas y adolescentes, han sido asumidas también por la mayoría de países del mundo. A continuación se realizará una comparación entre diferentes legislaciones latinoamericanas, con el ánimo de identificar la legislación más garantista en relación con la reglamentación del trabajo para adolescentes.

Luego de realizar la lectura de las legislaciones de infancia y adolescencia en los diferentes países latinoamericanos, se concluye que la mayoría son muy parecidas a la colombiana. Sin embargo se identifican algunas más garantistas con los adolescentes, a saber:

6.4.1.1. Código del Niño, Niña y Adolescente en Bolivia

Esta legislación dedica 32 artículos a la reglamentación del trabajo del adolescente, los cuáles van desde el artículo 124 hasta el 154, mientras que Colombia sólo dedica seis artículos a este propósito.

En la legislación colombiana es evidente que su espíritu procura evitar que los adolescentes trabajen, así en la Ley 1.098 en su artículo 113 “Autorización del trabajo para los adolescentes”, se exponen los requisitos para solicitar la autorización, requisitos que hacen que esta sea poco usual.

Del articulado boliviano se destaca que dedica un título a la reglamentación del derecho al trabajo. El sólo título deja ver que en Bolivia es realmente viable que los adolescentes trabajen. Si bien, no reconoce la posibilidad de trabajar o de acceder a ocupar un puesto de trabajo como derecho en sí, si titula esta parte como “Derecho a la protección en el trabajo”.

Este título, es una muestra de que la legislación laboral para adolescentes en Bolivia es mucho más garantista, pues la protección laboral es un derecho. Así mismo, se convierte en una obligación a cargo de las Defensorías, teniendo en cuenta que son éstas, quienes tienen la visión y la preparación para proteger al adolescente. En el caso colombiano, el Defensor de Familia lo que puede hacer es solicitar el permiso para que el adolescente pueda trabajar. A nuestro juicio, el Defensor tiene las calidades para ser quién expida directamente la autorización para trabajar, incluso, podría ordenar como medida de protección para el adolescente, la vinculación a un puesto de trabajo en concordancia con sus capacidades y gustos, y en especial, con su proyecto de vida. Por lo tanto, esta es realmente la autoridad indicada para abordar el tema, o las Comisarías de Familia, considerando que además cuentan con un equipo interdisciplinario idóneo para evaluar la pertinencia o no del trabajo del adolescente.

Es también mucho más garantista la legislación Boliviana al no exigir al adolescente trámites, pero en cambio sí desarrolla una exhaustiva reglamentación. No exige como requisito estudiar, sin embargo reglamenta que el empleador garantice al adolescente que pueda terminar sus estudios. También establece garantías en relación con el salario y la seguridad social. Enumera los oficios a los cuáles no se puede vincular el adolescente, las clases de trabajo que puede desarrollar, la relación de dependencia, trabajador, familiar e independiente, en cada caso explicando las garantías y obligaciones de empleadores y del Estado. De igual manera establece, en el caso de los

adolescentes que estudian y trabajan, el derecho a disfrutar de vacaciones, que de preferencia deben coincidir con las vacaciones escolares.

6.4.1.2. Código de los Niños y Adolescentes Perú

A partir del año 2000 la legislación peruana en la materia en el capítulo II hace referencia a los derechos económicos, sociales y culturales. En el artículo 22 establece el derecho a trabajar, con restricciones que el mismo código impone: “Siempre y cuando no exista explotación económica y su actividad laboral no importe riesgo o peligro”.

En el artículo 19 establece lo relacionado con los horarios para el trabajo:

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

Por su parte el artículo 40 dispone: “Los niños y adolescentes que trabajan participarán en programas dirigidos a asegurar su proceso educativo y su desarrollo físico y psicológico...”

Los artículos 47 al 68, desarrollan lo relacionado con el Régimen laboral para los adolescentes, el cual es muy parecido al colombiano. Por ejemplo, el adolescente requiere autorización para trabajar y esta autorización sólo puede ser expedida “si el trabajo no perturba la asistencia regular a la escuela, certificado médico”.

Con lo anterior, igual que en el caso colombiano, al establecerse la necesidad de solicitar autorización para trabajar, puede ocurrir que para evitar el trámite se acuda a trabajo informal o ilegal. Se destaca que el artículo 68 establece la obligatoriedad para los municipios de crear programas especiales de capacitación para el trabajo y orientación vocacional para los adolescentes trabajadores.

Nótese como el código peruano es el único en reconocer el trabajo como un derecho y creemos que se ha consagrado de esta manera debido a las constantes luchas de Ifejant en Perú. Muy seguramente ha sido un logro después de muchas batalla, sin embargo, se nota que a pesar de estar consagrado como derecho para los adolescentes, cuenta con

varias disposiciones que limitan el ejercicio, en parte, el tener que solicitar la autorización para trabajar.

Conforme lo anterior, el código peruano reglamenta el derecho al trabajo de los adolescentes, establece obligaciones para el Estado, al instarlo a desarrollar programas especiales de capacitación para esta población. Esta obligación es bien importante, pues la educación y el aprendizaje no se realizan únicamente a través de la educación formal. En realidad, siempre se debe buscar, indagar y evaluar según la vocación del joven y realizar acompañamiento, de manera que pueda desempeñarse en un área de su interés y agrado.

Para finalizar, teniendo en cuenta que es obligación del Estado promover el acceso al empleo de manera progresiva, una vez se establezca que el adolescente mayor de 15 años tiene derecho a trabajar, le corresponderá desarrollar programas de oferta de empleo para los adolescentes y garantizar capacitación a los que laboran.

Hoy en día el Ministerio de Trabajo se dedica a otorgar permisos cuando se cumplen los requisitos establecidos en la ley, sin embargo, este organismo debería realizar acompañamiento a los adolescentes trabajadores.

Por lo tanto, se propone pasar de un régimen de protección a un régimen de garantía de derechos, de manera que las instituciones en vez de prohibir, vigilar y castigar se dediquen a realizar acompañamiento, generar espacios para que los adolescentes se puedan reunir con otros adolescentes para hablar de sus derechos y expectativas y así movilizarse de manera organizada. De igual forma, generar aprendizajes entre quienes están en la misma situación.

También se requiere de un acompañamiento integral a cargo de un equipo interdisciplinario que asesore a estos jóvenes en su proyecto de vida y les enseñe a administrar el dinero, de manera que el trabajo contribuya a su desarrollo integral.

De otra parte, en relación con las medidas de protección, cuando los adolescentes se encuentran en situación de explotación laboral, la intervención de la autoridad administrativa es determinante para retirar al adolescente de la labor. Hoy por hoy, como en su familia se permitió esta explotación, el adolescente es ubicado en una Institución de Protección. Lo que debería hacerse antes de recurrir a esta medida, es citar a la familia y al empleador, de manera que se asuman los deberes que tienen con

los adolescentes y propiciar una conciliación que garantice sus derechos, así como realizar un acompañamiento y ofrecer vigilancia para que se cumpla el acuerdo. La intervención también debería brindar asesoría y ofertas de trabajo que garanticen al adolescente sus derechos laborales y capacitación permanente.

7. Conclusiones

Según las teorías de garantía de derechos fundamentales de Rodolfo Arango, Abramovich y Curtis (2006), los derechos deben ser exigibles, incluso los derechos económicos, sociales y culturales, a los que Arango denomina, derechos sociales fundamentales.

Realizado el análisis teórico de estos exponentes, por ser el derecho al trabajo, un derecho económico, social y cultural, puede exigirse ante el juez. Para ello Arango (2005) propone se invoque por el individuo “Cuando la falta de reconocimiento de la posición jurídica pretendida por el individuo le hace daño de manera injustificada, entonces tal posición jurídica debe ser reconocida” (p. 27).

Para el caso colombiano, y teniendo en cuenta que la Constitución Política establece el derecho al trabajo como derecho fundamental, se puede invocar la protección del derecho en los derechos fundamentales mediante la Acción de Tutela, mecanismo constitucional que permite proteger el derecho fundamental al trabajo.

De acuerdo con lo anterior, una vez revisada la jurisprudencia de la Corte Constitucional en relación con la garantía del derecho al trabajo, se evidenció que en varios casos éste fue tutelado cuando se demostró no ser reconocido o al negarse un puesto de trabajo, ya que en todas estas situaciones el individuo sufría daños de manera injustificada, razón por la cual fueron amparados.

Se evidenció que en la mayoría de sentencias de la Corte Constitucional, el Juez ordenó al Estado y a particulares abstenerse de realizar una acción, teniendo en cuenta que con ella se vulneraba el derecho fundamental al trabajo.

Revisada la Jurisprudencia de la Corte Constitucional desde 1991 hasta nuestros días, sólo se encontró una sentencia que ordena crear un puesto de trabajo para una persona con discapacidad. En este caso la Corte amparó el derecho fundamental, aclarando la necesidad de incluir socialmente a personas discapacitadas. Se constató que sí es posible exigir mediante la Acción de Tutela, la creación de un puesto de trabajo cuando el individuo con alguna limitación, al no poderse emplear sufre un grave daño o un daño injustificado que corresponde al Estado remediar.

El enfoque de protección a los adolescentes adoptado en Colombia y en la mayor parte del mundo, no ha sido suficiente. En el caso de la protección contra la explotación laboral no ha logrado los objetivos que se había propuesto, porque al tratarse de obligaciones asumidas por el Estado colombiano a nivel internacional, estas deben ser

adaptadas a la situación colombiana dado que no se corresponden con la realidad del país. Muchos adolescentes colombianos trabajan porque necesitan responder económicamente por ellos mismos y por otras personas. En los análisis realizados por Naciones Unidas, se identifica que muchos adolescentes desean trabajar, porque además el trabajo contribuye a su formación y a su proyecto de vida.

Al exigir a los adolescentes trámites dispendiosos para contar con la autorización para trabajar, se ha creado el efecto contrario, esto es, que los jóvenes pasen por alto este requisito y acudan a trabajos de manera informal o ilegal.

De igual manera, las investigaciones de varios organismos gubernamentales y no gubernamentales han demostrado que en Colombia hay un alto porcentaje de adolescentes dedicados a trabajar en condiciones indignas, generalmente en subempleos o en trabajos informales, lo cual demuestra que el enfoque de protección a los adolescentes no ha sido suficiente. Por lo tanto, se requiere replantear esta teoría y se propone avanzar hacia la garantía del derecho al trabajo digno de los adolescentes en Colombia.

En la presente investigación se evidenció que la legislación del Estado colombiano, ha cerrado las puertas a los adolescentes para acceder al empleo formal. Tan sólo prevé la jurisprudencia el acceso al empleo como aprendiz, es decir, recibiendo un salario inferior al mínimo establecido por el gobierno nacional. Esta práctica ha sido asumida por diferentes países de Latinoamérica, a todas luces una práctica discriminatoria, a no ser que el adolescente trabaje menos de 48 horas semanales, caso en que se podría justificar el pago de un ingreso inferior al salario mínimo. Las Naciones Unidas han hecho referencia a esta práctica de contrato de aprendizaje, porque con ella se vulneran garantías de derechos laborales en condiciones de igualdad para adolescentes y jóvenes. Además, esta práctica no contribuye a la superación de la pobreza, debido a que los adolescentes pueden acostumbrarse a recibir salarios bajos.

Revisada la Jurisprudencia de la Corte Constitucional en relación con la garantía del derecho al trabajo a los adolescentes colombianos, se encuentra que en todos los casos la Corte hace referencia a que no está probada la existencia del trabajo, puesto que no aparece el permiso laboral otorgado por la autoridad competente para ello. Los adolescentes, en muy pocas ocasiones acuden a la autoridad competente para solicitar la autorización para trabajar, lo que permite concluir que esta práctica no ha sido efectiva y al contrario, la exigencia de un gran número de requisitos ocasiona que los adolescentes acudan a otras formas de trabajo que desarrollan en la clandestinidad.

De otra parte, al hallar una Jurisprudencia tan escasa sobre este respecto, se evidencia que los adolescentes, en muy pocas ocasiones han acudido a la Acción de Tutela como mecanismo para amparar sus derechos. Por esta razón, corresponde al Estado avanzar en la forma de prevenir la explotación laboral, lo cual se produce mediante los medios de comunicación, enviando un mensaje para que la población denuncie cuando un niño, niña o adolescente se encuentra en situación de explotación laboral.

A partir de lo anterior, presentamos la siguiente:

PROPUESTA PARA FORMULAR UNA POLÍTICA PÚBLICA EN PERSPECTIVA DE GARANTÍA DEL DERECHO AL TRABAJO DIGNO DE LOS ADOLESCENTES

Proponemos replantear la política pública actual teniendo en cuenta que en el presente estudio se ha demostrado, no ha sido suficiente, al encontrarse enfocada en proteger al adolescente trabajador, pues no se ha logrado erradicar la explotación laboral de los adolescentes, ni siquiera alcanza a tenerse controlada esta problemática, es por ello que para avanzar hacia la garantía del derecho al trabajo Digno de los Adolescentes en Colombia se requiere, contar con unos mínimos que nos permitan avanzar en la materia, nos permitimos enumerarlos y explicarlos brevemente a continuación:

1. Reconocer a los adolescentes como sujetos de derechos: implica contar con adolescentes, realizando convocatoria a través de medios de comunicación, de manera que contribuyan con diferentes propuestas, representantes de organizaciones juveniles, estudiantes, trabajadores, población vulnerable, entre otros, de esta manera se propone la planeación, formulación, ejecución, evaluación, se realice de manera participativa con los diferentes actores.
2. De la política pública actual se resalta el compromiso de organizaciones públicas y privadas en la ejecución, sin embargo debe ampliarse a las organizaciones juveniles.

3. Teniendo en cuenta que en esta investigación se ha hecho evidente la necesidad de un trabajo digno de los adolescentes, el objetivo tentativo que debería llevar la nueva propuesta, debería ser: Garantizar a los adolescentes que desean trabajar, un trabajo en condiciones dignas, equitativas y justas, así como acompañamiento y asesoría psicosocial y legal de manera que contribuya efectivamente al desarrollo de sus proyectos de vida.

4. Para garantizar que los adolescentes puedan acceder a empleos dignos se requiere que desde el Estado se genere una oferta variada de empleos que abarque la franja etaria de los 15 a 17 años, de edad, de igual manera eliminar el requisito de tener 18 años para acceder a las convocatorias públicas, teniendo en cuenta que el mismo, es excluyente por razones de edad, contradice el art. 115 de la ley 1098 de 2006 que les permite trabajar.

5. Comprometer a las Empresas Privadas que participan en la ejecución de la Política Pública, ya no en evitar contratar adolescentes, sino en garantizar a los adolescentes que empleen, un trabajo en condiciones, dignas, equitativas y justas.

6. En la formulación se deberán tener en cuenta factores y variables que identifiquen las necesidades de los adolescentes, teniendo en cuenta el género, etnia, pertenencia a población rural o urbana, nivel socio económico, escolaridad, razones de deserción escolar, habilidades para la vida, desvinculados del conflicto armado, capacidades diversas, entre otras, de manera que se garantice el desarrollo de líneas de empleo con carácter diferencial.

7. Abordar dentro de las líneas de acción, la educación, teniendo en cuenta la generación y fortalecimiento de habilidades para la vida, entendiendo, capacidades, intereses, gustos de los adolescentes, incluyendo la formación para el trabajo, el aprendizaje y empoderamiento de sus derechos y las posibilidades para hacerlos exigibles.

8. Fortalecer los Consejos Locales de juventud (Decreto 1581 de 2009, de manera que en cada uno de ellos siempre esté presente un representante de los adolescentes trabajadores.

9. La participación de los adolescentes en la planeación, ejecución y evaluación de los temas que les atañen debe ser transversal, por ello se debe tener en cuenta siempre esta población en las convocatorias que se realizan para formulación de Acuerdos, Ordenanzas, Leyes, especialmente aquellas en las que son ellos y ellas la población objetivo de la misma, por lo tanto la directa llamada a ser escuchada,

teniendo en cuenta siempre sus propuestas, establecer mecanismos para desarrollarlas.

10. Vincular a los medios de comunicación en relación con la responsabilidad que tienen de brindar una información amplia, clara y accesible para todos los adolescentes de manera que aprendan sus derechos, en concreto a acceder a un trabajo digno, a exigir la no discriminación e incluso la discriminación positiva para acceder al empleo y los derechos que se deben garantizar en el empleo.

Referencias Bibliograficas

- Abramovich V. y Curtis Ch. *Apuntes sobre la exigibilidad de Derechos Sociales, en Derechos Sociales Instrucciones de uso*. Fontamara, México, 2003.
- Alexy, R. *Los derechos fundamentales. En: tres escritos sobre derechos fundamentales y la teoría de principios*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.
- Alexy, R. *Teoría de los derechos fundamentales, Traducción de Carlos Bernal Pulido, Centro de estudios Políticos y constitucionales*. Madrid, 2008.
- Arango, R. *El concepto de los derechos sociales fundamentales. Universidad Nacional de Colombia*. Bogotá, Legis, 2005.
- Arango, R. La jurisdicción social de la tutela en Colombia. Conferencia presentada en el *Seminario Corte Constitucional 10 años, Balances y Perspectivas*, Universidad de Medellín, 2002.
- Baratta, A. Infancia y Democracia, en *Infancia Ley y Democracia en América Latina*. Bogotá, 1999.
- Bernal C. *El Neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia. 2009.
- Bokser, M. *Atributos y derechos de niños y jóvenes*. Editorial Lumen- Humanitas, Argentina, 1996.
- Bonilla, R. Salario mínimo, estructura ocupacional e ingresos en Colombia, en *Diálogo pendiente volumen II, Políticas de empleo, salarios y vivienda*. Planeta Paz. Bogotá. 2007.
- Cárdenas, B. *Contornos jurídico-fácticos del estado de cosas inconstitucional*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2011.
- Carta de la Organización de los Estados Americanos, suscrita en Bogotá Colombia el 30 de abril de 1948 en la Novena Conferencia Internacional Americana.
- Cepeda, M. *Polémicas Constitucionales*. Legis, Bogotá, 2007.
- Cotino, L. *Aproximación a los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978* (en línea). Disponible en www.portafolio.org/inicio/repositorio//Cuadernos/cuaderno-4/Lorenzo%20Cotino520Hueso.pdf. 2010.
- Convención Internacional de Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de Noviembre de 1989. Ratificada por Colombia, mediante Ley 12 de 1991.
- Convenio 138 sobre la edad mínima de admisión al empleo adoptado por la organización Internacional del Trabajo el 26 de junio de 1973 en Ginebra (Suiza). Ratificado por Colombia mediante la Ley 115 de 1999, declarada exequible junto con el Convenio mediante Sentencia N. C-325 de 2000.
- Convenio 182 de la OIT Ratificado por Colombia el 21 de noviembre de 2001 mediante ley 704 de 2001.

- Courtis C. Prohibición de la cláusula de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios, en *Ni un paso atrás La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*. Editores del Puerto, Argentina, 2006.
- Cussiánovich A. *Ensayos Infancia Sujeto de Derechos y Protagonista*. Ifejant. Perú, 2006.
- Durán, E. y Torrado, M. *Derechos de los niños y las niñas debates realidades y perspectivas*. Universidad Nacional de Colombia. Centro de Estudios Sociales, Bogotá, 2007.
- Durán E. y Valoyes, E. *Monitoreo de derechos de la niñez y la adolescencia. Reflexiones sobre lo aprendido*. Instituto Iberoamericano para el desarrollo y la innovación educativa IDIE. Universidad Nacional de Colombia. Facultad de Ciencias Humanas. Centro de Estudios Sociales- CES. Observatorio sobre Infancia, Bogotá. 2010
- Gaceta Constitucional No. 6, Febrero 18, 1991.
- Gaviria A. *Ley 789 de 2002 ¿Funcionó o no?* Documento CEDE 2004-45. Universidad de los Andes, Colombia, 2004.
- García, E. Infancia Ley y Democracia una cuestión de justicia, en *Infancia, Ley y Democracia en América Latina*. Temis, Bogotá, 1999.
- Galvis L. *Reflexiones en torno a la titularidad de los derechos, en Derechos de los niños y las niñas. Debates realidades y perspectivas. Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2007.*
- Ghiotto, Luciana y Pascual Rodrigo. *Trabajo digno versus trabajo decente, acerca de una nueva concepción del trabajo*. En Voces en el Fénix. Universidad de Buenos Aires. 2013
- Gómez Da Costa A.. *Pedagogía y Justicia. En Infancia, Ley y Democracia en América Latina*. Temis, Bogotá, 1999.
- Ferrer, M. *Derechos humanos en población: indicadores para un sistema de monitoreo. Serie población y Desarrollo No. 73*. Santiago, Cepal/Celad, 2007.
- Flórez, C. y Méndez, R. *Comité Interinstitucional para la erradicación del trabajo infantil y la protección del joven trabajador*. Colombia 1996, Edición 1998,
- Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, UNICEF. Estado Mundial de la Infancia 2011. *La adolescencia una época de oportunidades*, Nueva York, 2011.
- Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, UNICEF. *Adolescencia una etapa fundamental*. Nueva York, 2002.
- Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, UNICEF. *Estado mundial de la infancia 2012 niñas y niños en un mundo urbano*, Nueva York, 2012.
- Herrán, M. Los grandes olvidados, en *Los niños del Aplauso*. Fundación Antonio Restrepo Barco, Bogotá, 1999.

- Instituto Interamericano de Derechos Humanos, *Protección Internacional de los Derechos Económicos Sociales y Culturales. Sistema Universal y Sistema Interamericano*. Editorama S.A, Costa Rica, 1995.
- Kelsen, H. *La garantía jurisdiccional de la Constitución*. Traducción de Tamayo y Salmorán, Rolando, Universidad Nacional Autónoma de México, 2001
- Klevens, J. Violencia Física contra la mujer en Santa Fe de Bogotá: prevalencia y factores asociados, en *Rev Panam Salud Pública/ Pan Am J Public Health* 9(2), 2001.
- Londoño, B., Castro, E.; Restrepo, O. y Pinzón A. *La efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales en el contexto colombiano*, Bogotá, 2004.
- Marx, C. *Manuscritos Económico-filosóficos de 1.844*. Editorial Grijalbo, México D.F,1975.
- Max-Neef A. y HM. *Desarrollo a escala humana una opción para el futuro*. Edición de Proyecto 20 Editores Medellín. Colombia, 1996.
- Ochaita, E.y Espinoza, M. *Necesidades y derechos en el marco de la Convención de Naciones Unidas sobre derechos del Niño*. 2004.
- Ochaita, E.y Espinoza, Hacia una teoría de las necesidades infantiles y adolescentes. España. MacGrau Hill. 2004.
- OIM. Migraciones con fines de empleo y trabajo infantil en América Latina
- OIT. Convenio 182, adoptado el 17 de junio de 1999, fecha de entrada en vigor el 19 de noviembre de 2000, adoptado por Colombia mediante ley 704 de 2001, declarada exequible junto con el Convenio mediante Sentencia C-535 de 2002.
- Organización Internacional del Trabajo, OIT. *Trabajo decente y juventud en América Latina avances y propuestas*. Lima:/OIT Oficina Regional para América Latina y el Caribe, 2010.
- Organización Internacional del Trabajo, OIT. *Tendencias mundiales del empleo juvenil 2012*, OIT, Ginebra, Suiza, 2010.
- Pacto Internacional de Derechos Sociales Económicos y Culturales del 16 de diciembre de 1996. Ratificado por Colombia el 29 de octubre de 1969.
- Pérez, A. y Muñoz, J. Desarrollo de los Tribunales de Menores en Colombia: Tendencias y Perspectivas, en, *Del Revés al Derecho La condición jurídica de la Infancia en América Latina*. Editorial Galerna. Buenos Aires, 1992.
- Rodríguez de Santiago, J.. *La administración del Estado Social*, Madrid, Marcial Pons, Ediciones jurídicas y sociales, 2007.
- Romero, A. Luces, Cámara...Acción, en *Los niños del Aplauso*. Fundación Antonio Restrepo Barco, Bogotá. 1999.
- Roth, A. *Discurso sin compromiso- La política pública de Derechos Humanos en Colombia*. Ediciones Aurora, 2006.

Salazar, M. Qué rico ser famoso, pero ¿Y mis derechos?, en *Los niños del Aplauso*. Fundación Antonio Restrepo Barco, Bogotá, 1999.

Sen, A. *La idea de la justicia*. Traducción de Hernando Valencia Villa. Taurus Pensamiento, Bogotá, 2010

Uprimny, R. y García, M. Corte Constitucional y Emancipación Social en Colombia, en *Emancipación social y violencia en Colombia*, Bogotá, Grupo Editorial Norma, 2004

Uprimny, R.; Pérez, L. y Rodríguez, C. *Dejusticia*, Bogotá. 2008

FUENTES ELECTRÓNICAS

[http:// 201.234.78.176/Qry_Opec/fRconsultaOpec.aspx?CodPerfil=204010](http://201.234.78.176/Qry_Opec/fRconsultaOpec.aspx?CodPerfil=204010)

<Http://molacnats.org>. Pronunciamento de los niños, niñas y adolescentes trabajadores frente a las diversas manifestaciones del 12 de Junio, día en contra del trabajo infantil.

<Http://oit.org.pe>. Oficina Internacional del Trabajo. Oficina Regional para América Latina y el Caribe. Proyecto FSAL/ACTRAV “Fortalecimiento de los Sindicatos ante los nuevos retos de la Integración en América Latina.

www.cnsc.gov.co/www.dane.gov.co/danaweb_V09/#twoj_fragment1-4 Mercado laboral. Mayo 2011

FUENTES JURISPRUDENCIALES

Leyes Constitución Política de 1991.

Ley 599 de 2000 por medio de la cual se expide el Código Penal Colombiano.

Ley 1098 de 2006 por medio de la cual se expide el Código de Infancia y Adolescencia. Colombia.

Ley 1010 de enero 23 de 2006

Ley Fundamental de la República Federal de Alemania.

Ley 789 de 2002. Colombia.

Corte Constitucional, Sentencia T-225 de 1992.

Corte Constitucional Sentencia T-475 de 1992.

Corte Constitucional Sentencia T. 372 de 1993.

Corte Constitucional Sentencia T-207 de 1999.

Corte Constitucional Sentencia SU-360 de 1999.

Corte Constitucional Sentencia T-147 de 2000.

Corte Constitucional Sentencia T-108 de 2001.

Corte Constitucional Sentencia T-881 de 2002.

Corte Constitucional Sentencia C-991 de 2004.

Corte Constitucional Sentencia T-881 de 2009.

Corte Constitucional Sentencia T-920 de 2009.

Corte Constitucional Sentencia T-348 de 2012.

ANEXO 1. Matriz De Necesidades Y Satisfactores

Necesidades según categorías axiológicas	Necesidades según categorías existenciales			
	1. Ser	2. Tener	3. Hacer	4. Estar
1. Subsistencia	Salud física salud mental equilibrio solidaridad humor adaptabilidad	Alimentación abrigo trabajo	Alimentar procrear, descansar, trabajar.	Entorno vital, entorno social.
2. Protección	Cuidado adaptabilidad autonomía equilibrio solidaridad	Sistemas de seguros Ahorro Seguridad social, sistemas de salud, legislaciones Derechos trabajo	Cooperar, prevenir, planificar, curar, defender	Contorno vital, contorno social, morada.
3. Afecto	Autoestima, solidaridad, respeto, tolerancia, generosidad, receptividad, pasión, voluntad, sensualidad, humor.	Amistades, parejas, familia, animales domésticos, plantas, jardines.	Hacer el amor, acariciar, expresar emociones, compartir, cuidar, cultivar, apreciar.	Privacidad, intimidad, hogar, espacios de encuentro.
4. Entendimiento	Conciencia crítica, receptividad, curiosidad, asombro, disciplina, intuición, racionalidad.	Literatura, maestros, método, políticas educacionales, políticas comunicacion ales.	Investigar, estudiar, experimentar, educar, analizar, meditar, interpretar.	Ámbitos de interacción formativa, escuelas, universidades, academias, agrupaciones, comunidades, familia.
5. Participación	Adaptabilidad, receptividad, solidaridad, disposición, convicción, entrega, respeto, pasión, humor.	Derechos, responsabilida des, obligaciones, trabajo.	Afiliarse, cooperar, proponer, compartir, discrepar, acatar, dialogar, acordar, opinar.	Ámbitos de interacción participativa, partidos, asociaciones, iglesias, comunidades, vecindarios, familias.
6. Ocio	Curiosidad, receptividad, imaginación,	Juegos, espectáculos, fiestas, calma.	Divagar, abstraerse, soñar, añorar,	Privacidad, intimidad, espacios de

	despreocupación, humor, tranquilidad, sensualidad		fantasear, evocar, relajarse, divertirse, jugar.	encuentro, tiempo libre, ambientes, paisajes.
7. Creación	Pasión, voluntad, intuición, imaginación, audacia, racionalidad, autonomía, inventiva, curiosidad.	Habilidades, destrezas, método, trabajo.	Trabajar, inventar, construir, idear, componer, diseñar, interpretar.	Ámbitos de producción y retroalimentación, talleres, ateneos, agrupaciones, audiencias, espacios de expresión, libertad temporal.
8. Identidad	Pertenencia, coherencia, diferenciación, autoestima, asertividad.	Símbolos, lenguajes, hábitos, costumbres, grupos de referencia, sexualidad, valores, normas, roles, memoria histórica, trabajo.	Comprometerse, integrarse, confrontarse, definirse, conocerse, reconocerse, actualizarse, crear.	Socio-ritmos, entornos de la cotidianeidad, ámbitos de pertenencia, etapas madurativas.
9. Libertad	Autonomía, autoestima, voluntad, pasión, asertividad, apertura, determinación, audacia, rebeldía, tolerancia.	Igualdad de derechos.	Discrepar, optar, diferenciarse, arriesgar, conocerse, asumirse, desobedecer, meditar.	Plasticidad, espacio-temporal.

Max, Neef. Desarrollo a Escala humana (p. 42)